

ORGANIZADORES

Ilton Garcia da Costa
Rogério Cangussu Dantas Cachichi
Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior

COORDENADORES

Roberto Bueno
Valéria Aurelina da Silva Leite
José Leite da Silva Neto

PAZ, DIREITO & FRATERNIDADE

AUTORES PARTICIPANTES

| | |
|-----------------------------------|--|
| Alinne Cardim Alves Martha | Luana Pereira Lacerda |
| Andrea Antico Soares | Marcela Pradella Bueno |
| Andréia Alves Ferrari | Marcela Rodrigues Pimentel |
| Bruno Gofman | Marcelo Rodrigues Francisco |
| Cassiane de Melo Fernandes | Mariana Amaro Theodoro de Almeida |
| Daniela Ramos Marinho Gomes | Marília Rulli Stefanini |
| Fernanda Rosa Barbosa | Melrian Ferreira da Silva Simões |
| Giovanna Rossetto Magaroto Cayres | Ricardo Vilarício Ferreira Pinto |
| Guilherme Domingos de Luca | Sarah Carolina Galdino da Silva |
| Hugo Rafael Pires dos Santos | Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior |
| Ilton Garcia da Costa | Thaís Angélica Sanches Andrade Camargo |
| Leandro Carolli Garcia | Thais Estevão Saconato |

Instituto Memória

**COLEÇÃO
DIREITO E PAZ**

**ITAIPU
BINACIONAL**

CARTA DE MARÍLIA PELA PAZ MUNDIAL

Os organizadores e participantes do Congresso Latino-Americano de Paz, reunidos na cidade de Marília, São Paulo, Brasil, de 19 a 22 maio de 2016, no Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM, mantido pela Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, recordando o dever e a alegria de trabalhar para a paz, transformando ameaças e atitudes violentas em diálogo e respeito, espadas em arados e lanças em foices; reconhecendo que a paz está simbolizada na oliveira; acordaram convocar, com firmeza, respeito e afeto fraterno, a todas as autoridades e aos cidadãos do mundo, para a prática diária dos dez mandamentos para lograr a paz e a justiça duradoura:

1. Renovar a fé em que o amor, o respeito, a gratidão e o cumprimento dos mandamentos do Ser Supremo que nos deu a vida são a base da paz, da realização e da felicidade pessoal e social.
2. Recordar que todas as pessoas participam de uma única família humana e, portanto, devemos agir fraternalmente uns em relação aos outros.
3. Proclamar, promover e cumprir, com firme convicção, o princípio de que o respeito à pessoa humana e a defesa de sua dignidade constituem o objetivo supremo de todas as Nações e Estados.
4. Ser conscientes de que a atenção a princípios e valores morais; o respeito pela identidade, cultura e autodeterminação dos povos; e o cumprimento de deveres e direitos humanos produzem os frutos da liberdade, da justiça e da paz.
5. Compreender que não corresponde à inteligência, à bondade e à prudência humana, em tentar construir novos Estados e sociedades mediante métodos de ódio, violência e terror; tampouco combater tais métodos com mais violência, senão apenas com as armas da lei, da razão e da justiça.
6. Reafirmar que o direito e a justiça obrigam-nos a respeitar as autoridades e os cidadãos; comprometendo-nos com a solidariedade em favor daqueles que sofrem com miséria, abandono e discriminação; sem deixar de considerar o respeito aos direitos humanos de todas as pessoas, sem nenhuma exceção.
7. Reafirmar que o respeito à vida, à dignidade, à liberdade, à segurança, ao meio ambiente, à propriedade, à família e a outros direitos humanos fundamentais consagrados na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH); bem como que os tratados internacionais que defendem os Estados Democráticos de Direito e os regimes democráticos representativos e participativos são a base para a paz e para a justiça.
8. Reconhecer que na família fundamenta-se a formação moral das pessoas; e que a educação deve ter como finalidade principal o livre desenvolvimento da personalidade, a prática das virtudes, o pluralismo, a tolerância, a ciência, o respeito às crenças e o aprendizado da via de solução pacífica dos conflitos.
9. Recordar que todas as pessoas e instituições têm a obrigação moral e legal de viver pacificamente; e que uma das maneiras mais eficazes para o cumprimento de dito propósito é orar todos os dias, acalmar-se, estudar e trabalhar com dedicação, para que reine a justiça e a paz em nossos corações, na família, na sociedade e nos Estados.
10. Convencer-se que é possível o mútuo perdão de erros e dos danos do passado e do presente; e reafirmar a esperança de que se pode alcançar uma conversão e restauração humana, orientada por respeito mútuo, pelo espírito de fraternidade, pela compreensão e pela paz individual e social.

UNIVEM / UENP / UCSS



UCSS
Universidad Católica
Sedes Sapientiae

ORGANIZADORES

Ilton Garcia da Costa
Rogério Cangussu Dantas Cachichi
Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior

COORDENADORES

Roberto Bueno
Valéria Aurelina da Silva Leite
José Leite da Silva Neto

PAZ, DIREITO E FRATERNIDADE

AUTORES PARTICIPANTES

| | |
|-----------------------------------|--|
| Alinne Cardim Alves Martha | Luana Pereira Lacerda |
| Andrea Antico Soares | Marcela Pradella Bueno |
| Andréia Alves Ferrari | Marcela Rodrigues Pimentel |
| Bruno Gofman | Marcelo Rodrigues Francisco |
| Cassiane de Melo Fernandes | Mariana Amaro Theodoro de Almeida |
| Daniela Ramos Marinho Gomes | Marília Rulli Stefanini |
| Fernanda Rosa Barbosa | Melrian Ferreira da Silva Simões |
| Giovanna Rossetto Magaroto Cayres | Ricardo Vilarício Ferreira Pinto |
| Guilherme Domingos de Luca | Sarah Carolina Galdino da Silva |
| Hugo Rafael Pires dos Santos | Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior |
| Ilton Garcia da Costa | Thaís Angélica Sanches Andrade Camargo |
| Leandro Carolli Garcia | Thais Estevão Saconato |

1ª Edição - Curitiba - 2016

Instituto Memória
15 anos

CENTRO DE ESTUDOS DA CONTEMPORANEIDADE

© Todos os direitos reservados

Instituto Memória Editora & Projetos Culturais
Rua Deputado Mário de Barros, 1700, Cj. 117, Juvevê
CEP 80.530-280 – Curitiba/PR.

Central de atendimento: (41) 3016-9042

www.institutomemoria.com.br



Editor: Anthony Leahy

Projeto Gráfico: Barbara Franco

**Conteúdos, revisão linguística e técnica
de responsabilidade exclusiva dos próprios autores.**

ISBN: 978-85-5523-091-2

CACHICHI, R. C. D.
COSTA, I. G. da
LEÃO JÚNIOR, T. M. de A.

Paz, Direito e Fraternidade. Organizadores: Ilton Garcia da Costa, Rogério Cangussu Dantas Cachichi, Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior. Coordenadores: José Leite da Silva Neto, Roberto Bueno, Valéria Aurelina da Silva Leite. Curitiba: Instituto Memória. Centro de Estudos da Contemporaneidade, 2016.

287 p.

1. Direito Constitucional 2. Direitos Fundamentais
3. Fraternidade 4. Paz I. Título. II. Congresso Latino Americano da Paz

CDD: 340

APRESENTAÇÃO

O Congresso Latino-Americano da Paz, realizado nos dias 19 a 22 de maio de 2016 no campus da UNIVEM situado na cidade de Marília/SP, constituiu marco importante na reunião e organização de espaço público de diálogo interdisciplinar; contou com o apoio governamental, acadêmico e institucional de respeitáveis entidades, além de centenas de pesquisadores, estudantes, autoridades e cidadãos em torno do tema da PAZ. Atualmente um tanto esquecida outro tanto incompreendida, a paz é algo que urge debater. Buscar consensos é antes uma obrigação moral de todos, notadamente da academia. Nesse sentido a UNIVEM, a UENP e a UCSS cumpriram esse desiderato com especial distinção e louvor. Mercê de esforço comum, milhares de pessoas tomaram conhecimento dessa iniciativa de multiplicação da cultura da paz, do amor, da compreensão, da tolerância, produzindo já impactos relevantíssimos na comunidade política.

Intensa atividade intelectual, social e artística constou da programação do evento. Conferências, debates, grupos de trabalho, teatro, música e muitas outras manifestações próprias do recôndito humano afloraram em prol da interlocução acadêmica e social direcionada à união da América Latina para fortalecimento da cultura, da justiça e da paz.

A propósito, o leitor tem nas mãos valioso produto resultante desse caminhar obstinado e comprometido. Um ideal pautado e arrimado em torno de virtudes como justiça, fraternidade, coragem e, sobretudo, paz. Cuida-se de obra que congrega trabalhos científicos de profissionais, pesquisadores e estudantes das mais diversas áreas do conhecimento humano que coloriram, a mais não poder, o espaço democrático de discussão durante o Congresso. À evidência, não se poderia esperar um livro exclusivamente jurídico ou filosófico; paz não se resume a nenhuma área específica. Paz sobretudo é assunto humano e, nessa condição, assume também toda a complexidade e vastidão de temas próprios da humanidade, desde o indivíduo em particular até a sustentabilidade global.

Assim, o Congresso não nos legou um, senão vários livros, organizados todos de acordo com as respectivas temáticas, amplas e multifacetadas, dos grupos de trabalho: GT Paz, Constituição e Políticas Públicas; GT Paz e Teorias do Estado; GT Paz e Teorias da Justiça; GT Paz, Educação e Liberdades Religiosas; GT Paz, Direito e Fraternidade; GT Paz, Direito e Política; GT Paz, Iniciativa Privada e Gestão Contábil; GT Paz, Ética Empresarial e Administração; GT Paz, Inovação e Sustentabilidade.

Além dos estudos de doutores, mestres, especialistas, profissionais e estudantes de múltiplos campos, segue-se publicada nesta edição a "*Carta de Marília*", documento que reúne importantes diretrizes para consecução da paz em nosso continente e no mundo.

Por outro lado, imprescindível que é, jamais há de ser esquecida a atuação de líderes da paz como o prof. Dr. Lafayette Pozzoli, prof. Dr. Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior, ambos da UNIVEM, do prof. Dr. Ilton Garcia da Costa da UENP e do prof. Dr. Edgardo Torres López da UCSS. Consigne-se, ainda, por imperativo de gratidão, o apoio dos magníficos reitores da UNIVEM Dr. Luiz Carlos de Macedo Soares, da UENP Dra. Fátima Aparecida da Cruz Padoan e da UCSS Monsenhor Lino Paniza, o Bispo de Carabayllo. Desnecessário dizer ter-se a comunhão de todos entremostrado condição de possibilidade para que tudo isso fosse factível. O mesmo se diga do excepcional trabalho da Editora Instituto Memória; e fica o registro das homenagens ao editor prof. Anthony Leahy.

Com grande satisfação apresentamos portanto ao público em geral o fruto deste belo e árduo trabalho, e fazemos votos de que se multiplique e percuta positivamente em nossa América Latina.

Em nome das entidades de apoio e da Comissão Organizadora do Congresso Latino-Americano da Paz,

Antônio César Bochenek

Presidente da Associação dos Juizes Federais do Brasil - AJUFE

Rogério Cangussu Dantas Cachichi

Membro da Comissão de Organização

PREFÁCIO

Um Congresso pela Paz, organizado por três Universidades da América Latina e realizado no *campus* do Univem - Marília, transformando a cidade na capital latino-americana da Paz. O evento é fruto de discussões entre professores e alunos indignados com uma realidade social que comumente avilta a dignidade humana.

É muito triste saber que a intolerância campeia as mais diversas áreas das relações humanas, assim como é triste tomar conhecimento dos conflitos sociais, das guerras e dos dramáticos atentados terroristas, em que bombas atingem grupos de pessoas inocentes, na maioria das vezes distantes de sectarismos ou de preconceitos que, na visão dos seus algozes autores, justificam a natureza bruta dos seus atos.

Não importa o credo, as crenças, a cor da pele ou os limites territoriais que separam homens e mulheres por raças, países e continentes, estando sob esta ou aquela bandeira de uma nação, mas sim o fato de que somos todos habitantes do grande planeta azul Terra, onde há recursos abundantes para saciar a sede e a fome de todos. Passamos por um momento histórico em que as forças das circunstâncias nos obrigam a tomar uma atitude mais proativa e a abrir os olhos para o que acontece além dos nossos pequenos mundos, em que muitas vezes nos encerramos por comodismo ou por falta de vigilância própria. A condição da consciência individualista, da disputa do poder, da indiferença social, deve, agora, ser substituída pela tomada de consciência coletiva.

Avançamos muito nas questões tecnológicas, não há dúvidas sobre isso. Tomamos conhecimento em segundos de fatos que ocorrem do outro lado do planeta e este imediatismo virtual deveria ser uma grande alavanca dos nossos sentimentos mais profundos, fazendo aflorar mais a nossa afetividade e a solidariedade. É triste ver que ainda temos nações em que os direitos das mulheres não são respeitados, em que as condições básicas de saúde e sanitárias ainda perecem no tempo, favorecendo a proliferação de doenças que já podiam ter sido extirpadas da nossa sociedade.

Além destes pontos, sabemos que há muitos outros fatores que podem ser trabalhados em conjunto, e por estas e outras razões as três entidades organizadoras do Congresso Latino-Americano da Paz unem esforços para debater questões que afetam a todos os cidadãos do mundo. Temos em comum a promoção da pesquisa como ferramenta da inovação e da transformação social, temos a missão de encaminhar jovens com visão mais humanista, formar profissionais sensíveis aos movimentos constantes das sociedades, mais atentos aos recursos finitos da natureza e com visão da sustentabilidade que abrange o meio ambiente e a condição da dignidade humana em todos os territórios habitados.

Temos um norte comum que é a fé que alimenta os seres humanos de bem e organizamos neste cenário um espaço no formato de Congresso para promover ideias que vão semear novos campos do conhecimento e incentivar que outros façam sempre mais e melhor. A Paz é uma condição que desperta no espírito, na intimidade de cada um, e vai contagiando aos que estão em nosso redor.

Dáí a importância de mover forças para despertar a consciência mundial de que não existem países ou pessoas mais ricas ou mais pobres, não há credos ou valores mais importantes ou menos importantes. Na verdade, somos o uno que se reflete no verso e, quando entendermos isto de uma vez por todas, estaremos próximos de alcançar a Paz mundial. Façamos a nossa parte neste momento.

Fátima Aparecida da Cruz Padoan

Reitora da Uenp

Luiz Carlos de Macedo Soares

Reitor do Univem

Edgardo Torres López

Membro da Comissão CONPAZ

SUMÁRIO

1 UM NOVO CONCEITO DE FAMÍLIA: A POLIAFETIVIDADE 12

Marília Rulli Stefanini

Guilherme Domingos de Luca

2 A FRATERNIDADE COMO INSTRUMENTO DE PROMOÇÃO DO DIREITO AO TRABALHO DIGNO EM FACE DO TRABALHO ANÁLOGO A ESCRAVO CONTEMPORÂNEO NO BRASIL 28

Andrea Antico Soares

Fernanda Rosa Barbosa

3 DIREITO À EDUCAÇÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA, PAZ E HARMONIA NA SOCIEDADE 54

Marcela Rodrigues Pimentel

Thaís Angélica Sanches Andrade Camargo

4 CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO PARA A PACIFICAÇÃO SOCIAL 61

Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior

Andréia Alves Ferrari

5 A COOPERAÇÃO PROCESSUAL COMO INSTRUMENTO DA PAZ 90

Marcela Pradella Bueno

Hugo Rafael Pires dos Santos

6 A FAMÍLIA COMO PRIMEIRA ORDEM INSTITUÍDA DE AMPARO SOCIAL 107

Leandro Carolli Garcia

**7 O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE COMO GARANTIA
CONSTITUCIONAL DA PAZ SOCIAL 123**

Giovanna Rossetto Magaroto Cayres

Thais Estevão Saconato

**8 PAZ E O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE UMA RELEITURA DO
ENSINO RELIGIOSO NAS ESCOLAS PÚBLICAS DO BRASIL 140**

Luana Pereira Lacerda

Marcelo Rodrigues Francisco

**9 A CONCILIAÇÃO E A MEDIAÇÃO NO DIREITO DAS FAMÍLIAS
EVITANDO QUE A EMOÇÃO SE TORNE COMBUSTÍVEL DOS
CONFLITOS 165**

Alinne Cardim Alves Martha

Cassiane de Melo Fernandes

**10 MEDIAÇÃO: COMUNICAÇÃO CONSTRUTIVA COMO FORMA
DE RESOLUÇÃO E PREVENÇÃO DE CONFLITOS 188**

Ricardo Vilarício Ferreira Pinto

Sarah Carolina Galdino da Silva

**11 MICROEMPRESA E SUA FUNÇÃO SOCIAL SOB O
PARADIGMA CONSTITUCIONAL ECONÔMICO DE
1988: REFLEXÕES PARA UM AMBIENTE ECONÔMICO
FRATERNAL 205**

Daniela Ramos Marinho Gomes

**12 AS PARCERIAS COM AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS E A
FISCALIZAÇÃO POR PARTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO 224**

Ilton Garcia da Costa

Bruno Gofman

**13 CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO COMO CAMINHOS PARA A
PACIFICAÇÃO DE CONFLITOS FAMILIARES: REDUZINDO
DISTÂNCIAS E CONSTRUINDO PONTES**

243

Melrian Ferreira da Silva Simões

**14 A MEDIAÇÃO E O PAPEL DA PSICANÁLISE NA RESOLUÇÃO
DOS CONFLITOS DE FAMÍLIA E NA PACIFICAÇÃO SOCIAL**

263

Mariana Amaro Theodoro de Almeida

UM NOVO CONCEITO DE FAMÍLIA: A POLIAFETIVIDADE

Marília Rulli Stefanini¹

Guilherme Domingos de Luca²

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como objetivo a conceituação do instituto denominado de poliamor ou poliafetividade, onde, por sua vez, objetiva-se, também, a desmistificação do mesmo ao diferenciá-lo e separá-lo de outras formas de arranjos afetivos ilícitos, a partir do seguinte problema: O que é poliafetividade à luz do atual ordenamento jurídico brasileiro?

Para tanto se adota o método hipotético-dedutivo com base em pesquisa bibliográfica, entendimentos dos Tribunais, sítios da web, bem como em legislações pátrias, assim como outras fontes informativas.

Justifica-se a presente pesquisa, tendo em vista que o poliamor é a união única entre mais de dois sujeitos, fundada na afetividade, dignidade humana, liberdade de escolha e, intuito de constituição de familiar duradoura, que ganhou destaque no Brasil, a partir do ano de 2012, quando houve a formalização da primeira união poliafetiva.

¹ Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília-UNIVEM. Docente desde 2012 na Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul – UEMS, Unidade Universitária de Paranaíba-MS. E-mail: mariliastefanini@yahoo.com.br

² Mestre em Direito pelo UNIVEM – Marília/SP. Pós-graduando em Direito do Trabalho e Previdenciário pela PUC – MG. Membro do Grupo de Pesquisa DIFUSO – Direitos Fundamentais Sociais pelo UNIVEM. Docente em Direito Processual do Trabalho no Complexo de Ensino Renato Saraiva (CERS). Advogado. E-mail: guilherme.luca@uol.com.br.

Ante as considerações apresentadas, parte-se o estudo na análise das alterações familiares a partir da Constituição Federal de 1988, destacando, de modo preliminar, que o Brasil reconheceu todas as novas formas de arranjos familiares.

Depois de decorrida esta questão evolutiva, acerca das famílias à luz da Carta Magna atual, o poliamor será discorrido, visando apresentar a sua conceituação e o entendimento principiológico dado ao mesmo, bem como a relação existente à luz do ordenamento jurídico brasileiro, em face do entendimento dos tribunais.

Com isso, busca-se a explanação e confirmação da necessidade de proteção normativa para o instituto supramencionado, vez que, em solo brasileiro não existem normas balizadoras da família poliafetiva. Posto isso, importante se torna que a esfera estatal, em seus três níveis, quais sejam, legislativo, executivo e judiciário voltem seus olhares e sentidos para a apreciação e proteção de mais uma forma de constituição de família, pautada no afeto entre mais de duas pessoas, independentemente de padrões culturais, quicá religiosos.

2 ALTERAÇÕES FAMILIARES COM O ADVENTO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Ao se falar no conceito de família, nota-se que na era posterior à Constituição Federal de 1988, o Brasil reconheceu e acolheu novas formas de arranjos familiares, ao passo que antes de referida Carta Suprema, a única forma familiar aceita (pelas Constituições anteriores) era a patriarcal, ou seja, família era constituída pelo casamento, somente, entre um homem e uma mulher.

Destarte, observa-se que com a mutação social, e a multiplicidade de relacionamentos, a norma nacional viu-se em desuso e arcaica, onde, por meio de tutela social, adotaram-se novas formas familiares, o que, por sua vez, modificou, conseqüentemente, as regras do direito privado, qual seja, direito civil, e, ainda, público, sendo ele o direito constitucional.

Neste diapasão, a Carta Magna de 1988 trouxe em seu bojo normativo o rompimento com o estigmatizado modelo familiar até

então adotado (matrimônio nuclear), inovando na pós-modernidade³, onde os legisladores pautaram-se no reconhecimento e respeito à Dignidade da Pessoa Humana, Isonomia, Fraternidade, Liberdade e Afetividade.

Reconheceu-se, na então nova Constituição, a família monoparental (composta de um genitor apenas e a prole); e, o casamento e a união estável entre homem e mulher. Senão vejamos:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações (BRASIL, CF, 1988).

Vê-se que com a promulgação da norma supramencionada, o Brasil reconheceu apenas três formas de formação familiar, sendo elas: o casamento e a união estável apenas entre homem e mulher, e a família monoparental.

No entanto, diante das mudanças no quesito dos inter-relacionamentos e a sua vultuosidade social, notória e importante se faz a realização de alterações normativas para proteção efetiva da dignidade dos sujeitos, conforme se observará e discorrerá no presente estudo.

³ Pós-modernidade é o estado ou condição de ser pós-moderno - depois ou em reação àquilo que é moderno, como na arte pós-moderna. A modernidade é definida como um período ou condição largamente identificado com a Revolução Industrial, a crença no progresso e nos ideais do Iluminismo.

A Constituição de 1988 veio reestruturar e reorganizar essa e muitas outras matérias. Incorporou, como já não era sem tempo, profundas transformações na estruturação das famílias, consolidando e acelerando o processo de mudanças sociais nessa área. Em primeiro lugar, rompendo com a tradição de todas as constituições anteriores, deixou de reconhecer o casamento como célula essencial da família, como a forma taxativa de organização do afeto. Falando, no caput do Art. 226, que a família, sem maiores qualificações, será objeto de proteção especial do Estado, dá ensejo à configuração do pluralismo familiar, com a mais ampla liberdade de escolha de modos de convivência, típica da disciplina das relações privadas. O Estado não diz mais aos cidadãos como direcionar seu afeto (PORTELA, 2012, p. 12).

Seguindo essa linha de raciocínio, o metaprincípio constitucional intitulado de Dignidade da Pessoa Humana é o pilar sustentador de toda a Norma Suprema, bem como de todas as regras infraconstitucionais, onde, por sua vez, ressalta-se que a existência humana digna somente será atingida se os direitos fundamentais, individuais ou coletivos, forem respeitados, protegidos e efetivados com afinco.

Assim sendo, todos os contratos que permeiam a existência humana em sociedade, partindo-se da análise do Contrato Social⁴, tal como a constituição familiar, deverá, *a priori*, ser calcado no princípio da Dignidade Humana, onde, vedam-se quaisquer discriminações e não aceitações de constituições familiares diversas e plúrimas, desde que, não violem o princípio em comento.

Outro princípio norteador para o reconhecimento da poliafetividade, assim como de todas as espécies de constituições familiares, é o relativo ao afeto. Destarte, no mundo pós-moderno, o reconhecimento do afeto como base sólida e efetiva dos relacionamentos, vem ganhando representatividade nos julgamentos e decisões do poder judiciário, onde se observa que, por vezes, o mesmo acaba se sobressaindo em relação aos vínculos biológicos quando considerado e analisado, por exemplo, o melhor interesse

⁴ Nota-se que o contrato social ou também denominado contratualismo, indica uma classe abrangente de teorias que tentam explicar os caminhos que levam as pessoas a formarem Estados e/ou manterem a ordem social. Essa noção de contrato traz implícito que as pessoas abrem mão de certos direitos para um governo ou outra autoridade a fim de obter as vantagens da ordem social. Nesse prisma, o contrato social seria um acordo entre os membros da sociedade, pelo qual reconhecem a autoridade, igualmente sobre todos, de um conjunto de regras, de um regime político ou de um governante.

das pessoas (ou melhor interesse da criança e do adolescente) e, também, em casos litigiosos acerca da guarda.

Entretanto, nas últimas décadas, a sociedade brasileira sofreu severas transformações, em curto prazo, equalizando as relações familiares, democratizando o Direito de Família, desmitificando os seus institutos. Emergia um movimento de afirmação da família eudemonista, construída para proporcionar o livre desenvolvimento da personalidade dos seus componentes e assegurar-lhes a busca da felicidade na vida privada. O casamento foi retirado de seu pedestal, como ícone de todas as famílias, a norma da família, e passou a constituir apenas mais uma forma de estruturação das relações de afeto (PORTELA, 2012, p. 11).

Referida releitura familiar, a qual se baseia em pilares múltiplos e democráticos, para alguns estudiosos, choca-se com dogmas da cultura ocidental, tal como o da monogamia que, por sua vez, não merece prosperar, pois, com a reinterpretação familiar, houve, também, uma nova roupagem e desmistificação da monogamia, tão ardentemente apregoada.

Assim, evidencia-se que no Brasil, as normas pátrias são condizentes com a prevalência da monogamia como um valor norteador das relações afetivas, sendo que, se o mesmo não for respeitado, a constituição familiar não será validada juridicamente.

Senão vejamos:

DIREITO DE FAMÍLIA. RELACIONAMENTO AFETIVO PARALELO AO CASAMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. PRINCÍPIO DA MONOGAMIA. RECURSO NÃOPROVIDO. O relacionamento afetivo da apelante com o seu amado não se enquadra no conceito de união estável, visto que o princípio da monogamia, que rege as relações afetivas familiares, impede o reconhecimento jurídico de um relacionamento afetivo paralelo ao casamento. Neste contexto, por se encontrar ausente aquele elemento essencial para a constituição da união estável, qual seja, ausência de impedimento matrimonial entre os companheiros, e como o pai dos apelados não se encontrava separado de fato ou judicialmente, conforme restou suficientemente demonstrado nos autos, não é possível se caracterizar o concubinato existente como uma união estável. Entender o contrário seria vulgarizar e distorcer o conceito de união estável, instituto jurídico que foi consagrado pela Constituição Federal de 1988 com a finalidade de proteger relacionamentos constituídos com o fito familiar e, ainda, viabilizar a

bigamia, já que é possível a conversão da união estável em casamento (BRASIL, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Apelação Cível n. 1.0027.05.074755-2/001(1), 2007).

Posto isso, ressalta-se que as decisões brasileiras são condizentes com o não reconhecimento das uniões paralelas, considerando que há quebra do valor monogâmico nas mesmas, onde, conseqüentemente, a segunda constituição afetiva fere o valor em comento, o qual, por ora, é adotado e validado pelo ordenamento nacional.

Entretanto, quando se refere ao poliamor, ou poliafetividade, não se está referindo a relações paralelas isoladas, mas sim, a uma única relação que envolva mais de dois parceiros (uma relação que se permeia por relações paralelas), o que, por sua vez, não se choca com a monogamia. Todavia, este conceito será melhor detalhado a seguir.

Cumpra mencionar que o ordenamento jurídico nacional, diante das mudanças sociais acima mencionadas, tem acolhido outras formas familiares além daquelas disciplinas na Carta Constitucional, visando abarcar a dignidade e liberdade dos sujeitos humanos.

O desafio que se coloca aos civilistas é a capacidade de ver as pessoas em toda a sua dimensão ontológica e, através dela, seu patrimônio, superando o individualismo proprietário da modernidade liberal e, por igual, do individualismo de massa do consumidor na contemporaneidade [...]. A restauração da primazia da pessoa humana nas relações civis é a condição primeira de adequação do direito aos fundamentos e valores constitucionais (LÔBO, 2012, p. 59, grifo nosso).

Dentre as principais alterações e reconhecimentos familiares institucionais, cita-se a união estável e o casamento entre pessoas do mesmo sexo (o reconhecimento ainda não é legal, mas sim judicial); as famílias tentaculares (configurada pela possibilidade conferida às pessoas de, após desfazimento de suas relações familiares anteriores poderem construir uma nova família, inclusive com filhos anteriores, possibilitando a estes a convivência na nova relação do seu genitor); a família anaparental, que se caracteriza pela convivência entre parentesco biológico ou não, por longo lapso temporal, podendo

construir, assim, bens patrimoniais e estejam os sujeitos pactuando do objetivo de vida em comum, como por exemplo, irmãos que coabitam o mesmo lugar; e, por fim, cita-se a família multiparental, que diferente do modelo nuclear tradicional, autoriza ao magistrado, sob fulcro do princípio da socioafetividade, reconhecer a possibilidade de um filho ter mais de um pai ou mais de uma mãe, como por exemplo, na adoção por casais homoafetivos, ou, por exemplo, que o padrasto tenha a guarda do menor em razão do melhor interesse da criança ou adolescente, afeto, e demais princípios que possam embasar a decisão (LÔBO, 2012).

Assim, nota-se que as relações interpessoais sofreram alterações no decurso do tempo, o que gerou ao sujeito humano margem de liberdade e autonomia, podendo o mesmo escolher sua forma de constituição familiar, extirpando os dogmas que vigoraram até então.

Contudo, mesmo que se evidencie o avanço social, normativo e jurídico, cumpre salientar que tal autonomia e liberdade não são absolutas, vez que, encontram barreiras em outros princípios e valores considerados fundamentais no Estado Democrático de Direito Brasileiro, tal como da monogamia.

Assim, Robert Alexy sustenta que, quando princípios se chocarem com regras, deve-se aplicar a máxima proporcionalidade, ou a regra do sopesamento, onde o que possuir o maior peso deverá se sobressair em detrimento do outro.

[...] abrem-se duas linhas de construção constitucional, uma e outra conducentes ao mesmo resultado: o princípio da razoabilidade integra o direito constitucional brasileiro, devendo o teste de razoabilidade ser aplicado pelo intérprete da Constituição em qualquer caso submetido ao seu conhecimento. A primeira linha, mais inspirada na doutrina alemã, vislumbrará o princípio da razoabilidade como inerente ao Estado de direito, integrando de modo implícito o sistema, como um princípio constitucional não-escrito. De outra parte, os que optarem pela influência norte-americana, pretenderão extraí-lo da cláusula do devido processo legal, sustentando que a razoabilidade das leis se torna exigível por força do caráter substantivo que se deve dar à cláusula (BARROSO, s/a, p. 08).

Compreende-se que não são as funções estatais que devem delimitar e coibir as formas de relações familiares, podendo e devendo o ser humano ser livre para constituir aquela que for mais compatível com as perspectivas dos envolvidos. No entanto,

conforme demonstrado na citação acima, referida escolha não pode ser absoluta, devendo reconhecer-se o 'freio' em prol do interesse social comum, pois, caso contrário, a sociedade e a vida em comum culminariam com o caos social. Entretanto, para solução dos conflitos de liberdade e restrição familiar, Alexy sugere a aplicação da teoria do sopesamento/máxima proporcionalidade.

Por fim, para que melhor se compreenda o instituto da poliafetividade, imperioso se faz a delimitação do seu conceito bem como suas peculiaridades, para que então, possa-se criar qualquer juízo de valor quanto à aprovação ou não do assunto proposto e sua tutela estatal.

3 BREVES APONTAMENTOS SOBRE O POLIAMOR

A princípio, a principal e mais lúdica característica do poliamor é o fato de a união poliamorosa permitir o envolvimento de mais de dois sujeitos, podendo o mesmo ser transitoriamente sexual ou duradoura. Frisa-se, também, que a poliafetividade permite, ainda, que seus membros possam, se assim quiserem e for consentido por todos, manter relações paralelas com outros sujeitos externos.

Ao primeiro olhar e precoce leitura, pode-se confundir poliafetividade com concubinato (relações paralelas sem consentimento), o que, veementemente não merece prosperar, pois no concubinato não há apenas uma relação afetiva, mas sim duas ou mais simultaneamente, e, se não bastasse, sem o consentimento dos demais envolvidos. Novamente, frisa-se a existência de apenas uma relação no poliamor, sendo que nele envolvem-se mais de duas pessoas, as quais, por sua vez, concordam, respeitam e coadunam com sua formação pluralista.

Diante do que foi demonstrado acima, nota-se que no poliamor podem existir relações paralelas entre os membros poliafetivos e pessoas estranhas ao relacionamento, fato este que merece ser detalhado para melhor compreensão.

A leitura da informação tende a induzir o leitor, prematuramente, a interpretar que haveriam duas ou mais relações simultâneas, o que soa incongruente para a poliafetividade, já que na mesma, volto a dizer, existe uma relação somente. O que o primeiro parágrafo, parte final, quis demonstrar é que a poliafetividade pode

tolerar relações externas-paralelas, mas estas não integrarão o poliamor, já que este não coaduna com mais de uma relação.

Outro fato que merece ser detalhado nas relações paralelas do poliamor, é que elas poderão ocorrer somente se houver consentimento do (s) demais poliamorista (s), não configurando, assim, qualquer espécie de traição ou concubinato, ou seja, não há imposição, objeção ou ocultamento de outras relações.

Sobre o assunto, Regina Navarro Lins discorre que:

O poliamor pode ser visto como um estilo de vida em que seus adeptos se relacionam afetivamente e ao mesmo tempo com mais de uma pessoa. Nele, inexistem as amarras da monogamia. Podem coexistir uniões tradicionais mescladas ou mesmo situações em que a intenção humana diz respeito a envolvimento amorosos vários com a mesma vontade de durabilidade e afetividade em todas as possibilidades existentes (*apud* KLAGENBERG, 2010, p.44).

Ressalta-se que na união discutida no presente estudo, não há forma única ou estipulada das pessoas se relacionarem, por exemplo, em uma relação onde existam três sujeitos, todos podem se relacionar simultaneamente, ou, por exemplo, somente um deles pode ter relação com os outros dois, desde que, a forma de constituição seja consentida pelas três pessoas, o que demonstra não haver inconformidade com nenhuma vontade, ou seja, não há qualquer necessidade de ser a união configurada como homossexual, no entanto, não há vedação para tal feito.

Independentemente da forma de constituição do arranjo poliafetiva, o item básico e necessário para a configuração do mesmo é o vínculo afetivo entre os parceiros, onde deverão existir os mesmos itens integrantes das outras relações familiares, sendo que a diferença reside no fato de que nesta existirão mais de dois sujeitos.

Cumprе mencionar que o primeiro caso oficial de poliamor no Brasil é datado no ano de 2012, onde a tabeliã Cláudia do Nascimento Domingues lavrou a primeira escritura pública de reconhecimento do poliamor, na cidade de Tupã, interior de São Paulo.

Conforme se lê no trecho de reportagem a seguir citada:

Foi divulgada essa semana uma Escritura Pública de União Poliafetiva que, de acordo com a tabeliã de notas e protestos da cidade de Tupã, interior de São Paulo, Cláudia do Nascimento Domingues, pode ser considerada a primeira que trata sobre uniões poliafetivas no Brasil. Ela, tabeliã responsável pelo caso, explica que os três indivíduos: duas mulheres e um homem, viviam em união estável e desejavam declarar essa situação publicamente para a garantia de seus direitos. Os três procuraram diversos tabeliães que se recusaram a lavrar a declaração de convivência pública. “Quando eles entraram em contato comigo, eu fui averiguar se existia algum impedimento legal e verifiquei que não havia. Eu não poderia me recusar a lavrar a declaração. O tabelião tem a função pública de dar garantia jurídica ao conhecimento de fato”, afirma. (BRASIL, IBDFAM, 2012, s/p).

Nota-se que a justificativa da tabeliã para lavrar a primeira escritura pública de reconhecimento da poliafetividade pautou-se na não existência de impedimento legal para tanto, ou seja, ao indivíduo, tudo o que não é proibido, é permitido. Todavia, ressalta-se que no âmbito jurídico normativo, até o presente momento, não há posicionamento acerca de referido reconhecimento.

Porém, sabe-se que os poliamoristas, mesmo que alguns cartórios adotem a prática do reconhecimento da união, enfrentarão longa, espinhosa e árdua batalha no que tange ao reconhecimento legal e social de sua união, o que, por ora, caracteriza a clandestinidade e obscuridade, com o intuito de se evitar o preconceito, segregação, marginalização e opressão social.

Pode-se concluir que poliamor é a união entre mais de dois sujeitos, independente dos gêneros e da constituição afetiva, onde o que prevalece é o intuito de constituição familiar pautada no afeto e na mútua concordância, como ocorre em todo relacionamento válido, legalmente. O que se deve frisar é a existência de apenas uma relação afetiva, e não relações paralelas isoladas, como no concubinato, o que, por sua vez, não impede que os poliamoristas tenham relações paralelas separadas (desde que haja a concordância dos demais), porém, as relações paralelas – unicamente- não farão parte do poliamor. Acerca do afeto, frisa-se o seguinte comentário:

O afeto se apresenta como um dos mais importantes sentimentos que o homem possa vivenciar durante toda sua vida. Está intimamente ligada às questões de relação que reproduzem o carinho, cuidado, e até mesmo o respeito que se tem por alguém de proximidade elevada ou até mesmo uma pessoa querida e conhecida no decorrer do tempo e espaço (LUCA; ZERBINI, 2015, p. 173).

Frisa-se que o poliamor não configura bigamia, o que é muito confundido pelos desconhecidos sobre o assunto, vez que, o termo “bi” pressupõe a duplicidade de algo, e no caso em comento, seria a multiplicidade de relações, configurar-se-ia crime a duplicidade de casamento, o que não ocorre na poliafetividade. Soa redundante, mas o não enquadramento do poliamor na bigamia emerge do fato de que o mesmo é composto por apenas uma relação envolvendo múltiplos parceiros – não havendo limite para o número de poliamoristas (todos concordam com a pluralidade de sujeitos), ou seja, prevalece a configuração da monogamia.

Segundo Maria Berenice Dias:

Pretender elevar a monogamia ao status de princípio constitucional autoriza que se chegue a resultados desastrosos. Por exemplo, quando há simultaneidade de relações, simplesmente deixar de emprestar efeitos jurídicos a um, ou pior, a ambos os relacionamentos, sob o fundamento de que foi ferido o dogma da monogamia, acaba permitindo o enriquecimento ilícito exatamente do parceiro infiel. Resta ele com a totalidade do patrimônio e sem qualquer responsabilidade para com o outro. (DIAS, 2007, p.59).

Por fim, a partir da compreensão do que foi conceituado e explanado sobre o poliamor, importante ao leitor se faz a compreensão do tema proposto e sua relação com o direito, a fim de se adquirir conhecimento científico/jurídico sobre o assunto.

4 O POLIAMOR E O DIREITO BRASILEIRO

Em relação ao reconhecimento das relações simultâneas, existe, no Brasil, incongruências de entendimentos e decisões judiciais, vez que o assunto torna-se polêmico e mal visto em virtude da cultura cristã, de certos valores morais e costumes. Nesta senda, reluta-se em primar pela constituição familiar monogâmica e nuclear e, quiçá, preconceituosa, que, por sua vez, exclui e dizima os outros modos de formação afetiva.

Frisa-se que o poliamor, atualmente, ainda é considerado apenas sociedade de fato, ou seja, não possui qualquer respaldo e proteção legal, sendo que o Tribunais ainda postergam, as vezes, o seu reconhecimento.

Segundo o Código Civil de 2002, no corpo do seu artigo 1521, VI, e 1548, o casamento pautado na bigamia tem nulidade absoluta para a segunda relação, ou seja, se forem contraídas relações paralelas isoladas, somente a primeira possuirá efeito jurídico, e, nesse sentido, as decisões dos Tribunais têm se pautado para julgar ações relativas às uniões paralelas.

Todavia, este embasamento não deve prosperar ao se mencionar a poliafetividade, não merecendo o mesmo ser recepcionado pelos entes estatais, bem como pela população, posto que que na união poliafetiva não existirão duas relações concomitantes ou sucessivas, mas sim, uma única composta por mais de dois sujeitos. Fato este que demonstra a lícitude do arranjo familiar em debate.

Corroborando este entendimento, Camila Franchi de Souza Sá, e, Mariza Viecili, em artigo publicado na Revista de Iniciação Científica da Univali, ressaltam que:

Sustentam alguns juristas que o vigente Código Civil prevê a mais dura sanção reconhecida pelo ordenamento em ocorrendo o casamento bigamo: a nulidade absoluta do segundo casamento contraído (arts. 1521,VI e 1548 do CC).⁶⁹ Assim, seria nula a união matrimonial de mais de duas pessoas, visto que somente a primeira união é reconhecida pela legislação. A grande questão, no tocante as relações poliafetivas e o vigente Código Civil, a qual faz com que tal argumento caia por terra, é que a relação poliamorosa não se trata de casamento bigamo, mas de uma união estável de mais de duas pessoas, em que todas elas possuem o mesmo animus: criar uma unidade familiar. Nesta linha de raciocínio, qualquer grupo pode fazer uma união como esta (um homem e duas mulheres, uma mulher e dois homens, três homens, três mulheres, etc.), desde que respeitados alguns pressupostos contidos no art. 1.723, do nosso Código Civil, como, por exemplo: ser pública, ser contínua, ser duradoura, apresentar objetivo de constituir família e não apresentar impedimentos matrimoniais. (SÁ; VICILI, 2014, s/p).

Seguindo essa linha de pensamento, o Ministro Carlos Aires Britto se posicionou sobre o assunto no julgamento do Recurso Extraordinário de n. 397.762 em 2001:

Sabido que, nos insondáveis domínios do amor, ou a gente se entrega a ele de vista fechada ou já não tem olhos abertos para mais nada? Pouco importando se os protagonistas desse incomparável projeto de felicidade-a-dois sejam ou não, concretamente, desimpedidos para o casamento civil? Tenham ou não uma vida sentimental paralela,

inclusive sob a roupagem de um casamento de papel passado? [...] ainda que não haja tal desimpedimento, nem por isso o par de amantes deixa de constituir essa por si mesma valiosa comunidade familiar? [...] Minha resposta é afirmativa para todas as perguntas [...] porque a união estável se define por exclusão do casamento civil e da formação da família monoparental. É o que sobra dessas duas formulações, de modo a constituir uma terceira via: o tertium genus do companheirismo, abarcante assim dos casais desimpedidos para o casamento civil, ou, reversamente, ainda sem condições jurídicas para tanto [...] Sem essa palavra azeda, feia discriminadora,preconceituosa, do concubinato. [...] à luz do Direito Constitucional brasileiro o que importa é a formação em si de um novo e duradouro núcleo doméstico. A concreta disposição do casal para construir um lar com um subjetivo ânimo de permanência que o tempo objetivamente confirma. Isto é família, pouco importando se um dos parceiros mantém uma concomitante relação sentimental a dois (BRASIL, STF, Recurso Extraordinário n. 397.762, 2001).

O que se observa da citação acima exposta é que o Relator do julgado se posicionou a respeito do reconhecimento das uniões afetivas independentemente de sua forma de constituição, desde que haja a constituição de um núcleo doméstico duradouro, ou seja, pautado no mútuo consentimento, no afeto, na dignidade humana, liberdade e isonomia.

O Direito das Famílias, ramo notadamente aberto às transformações e evoluções da sociedade, é constante objeto de uma série de modificações tendentes a adaptá-lo aos anseios da entidade familiar contemporânea. Apenas a partir dessas mudanças é possível analisar novos temas e novas questões, bem como construir novos debates em torno da família. Antes de identificar a afetividade como princípio e a monogamia como valor, procedendo-se à análise do poliamorismo e de seus efeitos no mundo jurídico, cumpre assentar as bases para o desenvolvimento de toda essa argumentação, edificando o cenário propício para o reconhecimento jurídico do poliamor, tendo como pano de fundo as aludidas modificações no regime jurídico-familiar. Ressalte-se que, somente à luz das transformações havidas no direito das Famílias, é possível defender o reconhecimento jurídico do poliamor enquanto identidade relacional capaz de dar origem a entidades familiares. Desse modo, será possível perceber que (i) a constitucionalização do Direito Civil, (ii) a repersonalização do Direito das Famílias, (iii) a intervenção mínima do Estado nas relações familiares, (iv) a trajetória da família, (v) os aspectos da formação da entidade familiar e (vi) a família eudemonista são os pilares para o reconhecimento jurídico do poliamorismo, na medida em que apenas esses marcos teóricos possibilitam construir a harmonia do poliamor com o Direito brasileiro (SANTIAGO, 2014, p. 11).

Neste sentido, o universo jurídico é permeado, ou deveria ser, pela busca constante da mais pura e lídima justiça social, onde, por conseguinte, em casos de omissões normativas a respeito de quaisquer fatos sociais, o poder judiciário, quando acionado, deverá (deveria) agir pautando e almejando a promoção da Dignidade da Pessoa Humana. Nesta seara, cita-se o renomado doutrinador Rodrigo Cunha Pereira: "O Direito deve proteger a essência e não a forma, ainda que isto custe arrancar o Princípio da Monogamia" (*apud* BUCHE, 2011, página 11).

Assim, embora o poliamorismo não encontre respaldo normativo, imprescindível se torna, latentemente, até que se criem normas a respeito, o posicionamento do ente público-judiciário- com o intuito de tutela social dos interesses individuais e coletivos, promovendo assim, o que se conhece por ativismo judicial benéfico à sociedade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inicialmente, cumpre ressaltar que o presente estudo não possuiu o fito de esgotar e engessar conceitos e posicionamentos sobre a poliafetividade, tampouco impor uma nova roupagem de constituição familiar. Contrariamente, buscou-se demonstrar o conceito e o posicionamento jurídico contemporâneo a respeito do tema, onde se pode concluir que o poliamor é a união única entre mais de dois sujeitos, pautada na afetividade, dignidade humana, liberdade de escolha e, intuito de constituição de familiar duradoura, sendo que o ordenamento jurídico brasileiro ainda não se manifestou sobre o assunto. Entretanto, Vê-se que o poliamor ganhou relevo, no Brasil, a partir do ano de 2012, quando houve a formalização da primeira união poliafetiva, conforme citado acima.

A preocupação central do presente estudo encontra-se na problemática advinda da lacuna normativa a respeito do assunto, o que, por vezes, pode culminar com lesão aos direitos fundamentais dos integrantes das famílias afetivas.

Frisa-se que o fato de se reconhecer a família poliafetiva caminha ao lado do reconhecimento das demais constituições familiares, já que o que as distingue, é somente, o fato de que naquela há mais de dois sujeitos, sendo que os deveres e valores da união são os mesmos para quaisquer uniões.

Na pós-modernidade não se torna concebível o pensamento e a defesa de um único modelo familiar, mas, sim, diversas e incontáveis formas de constituições pautadas no afeto, sendo que, dentre elas encontra-se o poliamor.

Assim, diante da pluralidade de arranjos afetivos, há repercussão direta na função estatal, devendo esta reconhecer e tutelar as diversas possibilidades de constituições, tal qual a poliafetividade, não cabendo ao poder público determinar o que seja família ou não, mas, tão somente, assegurar uma realidade propensa ao desenvolvimento das diversas identificações sociais, desde que, conforme salienta Alexy, haja sopesamento ou máxima proporcionalidade entre elas.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. Disponível em: <<http://www.acta-diurna.com.br/biblioteca/doutrina/d19990628007.htm>>. Acesso em: 15 abr. 2016.
- BRASIL, IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família. **Escritura Reconhece União Afetiva a Três**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/4862/novosite>>. Acesso em: 15 jan. 2016.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 397.762, 2001**. Relator: Min. Luiz Fux. Publicado em 08 mar. 2012. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 15 mar. 2016.
- _____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível n. 1.0027.05.074755-2/001(1)**. 5ª Câmara Cível. Relator: Maria Elza, julgado em 06 set. 2007. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em: 18 abr. 2016.
- BUCHE, Giancarlo. **Famílias Simultâneas: o poliamor no sistema jurídico brasileiro**. Disponível em: <<http://revista.oabjoinville.org.br/artigo/78/familias-simultaneas-o-poliamor-no-sistema-juridico-brasileiro/>>. Acesso em: 06 abr. de 2015.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4. Ed. São Paulo: Editora RT, 2007.
- KLAGENBERG, Deisi Maria dos Santos. **Poliamor: efeitos patrimoniais**. 2010. 106 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Chapecó, SC. Disponível em: <<http://www5.unochapeco.edu.br/pergamum/biblioteca/php/imagens/00006B/00006B35.pdf>>. Acesso em: 06 abr. 2015.
- LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LUCA, Guilherme. Domingos; ZERBINI, Maiara Santana. Abandono afetivo e o dever de indenizar. **Regrad. Revista Eletrônica de Graduação do Univem**, v. 8, p. 171-191, 2015.

MELO, Giovana Pelagio. **União concomitantes**. Disponível em <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2010_2/giovana_melo.pdf>. Acesso em 6 de abr. de 2015.

NASCIMENTO, Danilo Moreira. **União estáveis concomitantes: a poliafetividade à luz da Constituição Federal de 1988**. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/27649/unioes-estaveis-concomitantes-a-poliafetividade-a-luz-da-constituicao-federal-de-1988/2#ixzz3UYtP3FzM>>. Acesso em 6 de jan de 2016.

PORTELA, Marcel Fontes de Oliveira. **A Família como Instituição Garantida Pela Constituição em Face da Poliafetividade: uma análise do reconhecimento judicial de famílias simultâneas**. Dissertação de Mestrado, apresentada junto à Universidade de Brasil – UNB, Curso de Direito. Brasília: DF, 2012. Disponível em: <http://bdm.unb.br/bitstream/10483/4718/1/2012_MarcelFontesdeOliveiraPortela.pdf> Acesso em 15 de jan. 2016.

RANGEL, Paula Sampaio Vianna. **Modalidades de arranjos familiares na atualidade**. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/24393/modalidades-de-arranjos-familiares-na-atualidade/3#ixzz3UqGqg0jD>>. Acesso em 6 de jan. de 2016.

SÁ, Camila Franchi de Souza; VIECILI, Mariza. **As Novas Famílias: Relações Poliafetivas**. Revista Eletrônica de Iniciação Científica. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. v. 5, n.1, p. 137-156, 1º Trimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/ricc - ISSN 2236-5044. Acesso em: 15 de jan. de 2016.

SOBRAL, Mariana Andrade. **Princípios constitucionais e as relações jurídicas familiares**. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8400> . Acesso em 6 de jan. de 2016.

SOUZA, Lara Marcelino de; REGO, Lorena Nogueira. **Contornos jurídicos, filosóficos e sociais da monogamia: paradigmas do poliamor no direito de família**. Disponível em: <<http://www.revistafides.com/ojs/index.php/br/article/view/407>>. Acesso em 6 de jan. de 2016.

TANNURI, Claudia Aoun. **As famílias paralelas e a teoria do poliamor**. Disponível em <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/41/Documentos/ARTIGO%20POLIAMOR.pdf>>. Acesso em 6 de jan. de 2016.

A FRATERNIDADE COMO INSTRUMENTO DE PROMOÇÃO DO DIREITO AO TRABALHO DIGNO EM FACE DO TRABALHO ANÁLOGO A ESCRAVO CONTEMPORÂNEO NO BRASIL

*Andrea Antico Soares*⁵

*Fernanda Rosa Barbosa*⁶

1 INTRODUÇÃO

A Declaração Universal dos Direitos Humanos aclamou um movimento histórico de construção e positivação dos direitos de liberdade, de igualdade e de fraternidade à condição humana.

O Estado moderno concebe a ideia de que o Direito não se reduza a mero instrumento de controle social, mas também, de promoção social, vinculada à concretização dos direitos humanos pelo Estado.

Em sua tarefa promocional, o direito se mostra em dimensões positivas, ou seja, não reduz a ideia de proibir e aplicar sanções, mas de incentivar comportamentos morais, cuja efetividade desta só se concretizará quando guiada pelo princípio fraternidade, assim

⁵ Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM/SP. Professora universitária titular das disciplinas de Direito Processual do Trabalho e Prática Jurídica Trabalhista e Coordenadora Adjunta do Núcleo de Prática Jurídica do Curso de Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM/SP. Coordenadora do Curso de Pós Graduação *Latu sensu* de Direito do Trabalho e Previdenciário do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM/SP.

⁶ Mestranda em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM/SP. Pós Graduada *Latu sensu* em Direito do Trabalho e Previdenciário do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM/SP, graduada em Direito pelo Instituto Municipal de Assis FEMA-IMESA, Advogada.

entendida como máximo ideal humanitário, que ao lado da liberdade e da igualdade, formam a trilogia constante do artigo 1º da Declaração dos Humanos de 1948.

Esta concepção deve ser estendida a todos os sub-ramos do direito, especialmente no direito do trabalho, notadamente porque nele se verifica que a mera instrumentalidade não tem sido eficaz na tutela do objeto de proteção aos direitos fundamentais a ele inerentes.

As mudanças na economia impulsionam uma nova realidade que afeta as relações de trabalho. No processo de adequação para se manter no mercado, as empresas adotam medidas que objetivam, primordialmente, maximizar resultados produtivos.

Nos dias atuais, existe um alto índice de desemprego, logo, há uma grande quantidade de pessoas em busca de trabalho a qualquer custo para sua sobrevivência, abrindo mão de seus direitos fundamentais, se submetendo ao trabalho escravo, sem nenhum resquício de trabalho digno.

Apesar da expressa proibição constitucional, a realidade dos trabalhadores brasileiros demonstra que, devido às desigualdades sociais, muitos saem em busca de trabalhos dignos e acabam sendo obrigados a viver em situação degradante e em condição análoga a de escravo, caracterizada pelo labor humilhante e limitado de liberdade.

Esta prática configura-se como uma enorme afronta aos princípios constitucionais, ferindo o fundamento da dignidade da pessoa humana, elencado na nossa Carta Maior no artigo 1º, III, e desrespeitando os princípios e garantias individuais previstos na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

A vulnerabilidade dos direitos fundamentais relativos ao trabalho é aguçada. O cenário laboral é marcado pela eminente inexistência de condições dignas de trabalho. O aviltamento do valor social do trabalho é patente, e por conseqüência, o da dignidade da pessoa humana.

Neste cenário, as mudanças são constantes e o direito, mais do que um ciência que tem por função qualificar como boas ou más as condutas das pessoas, tem a tarefa instrumentalizar a gestão da sociedade. Trata-se de um dever de promoção da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, considerando que o trabalho é

elemento essencial ao desenvolvimento do ser humano, individual e coletivo, este dever se estende a necessidade de promoção ao trabalho digno.

A partir dessas ideais iniciais, o escopo do presente estudo, portanto, é refletir a função promocional do direito ao trabalho digno, assim, entendido como aquele que promove a pessoa humana. Neste sentido, Tem-se o desafio de fazer uma correlação da fraternidade com a dignidade da pessoa humana, como enfoque a idéia de universalização que a fraternidade comporta ao conceito e promover uma reflexão a respeito de como pode ser aplicada pelo direito.

Pretende-se relacionar esta função com a proposta de um direito cada vez mais fraterno, que se preocupa de cuidar de promover comportamentos morais que efetivamente garantam a igualdade e a liberdade entre os seres humanos e, por consequencia seja instrumento de combate ao trabalho degradante e em condições análogas a de escravo que acontecem no Brasil, favorecendo reflexões acerca da promoção de condições mínimas para o exercício de trabalho livre e digno.

Foi aplicada a metodologia dedutiva, que é um método científico que considera que a conclusão está implícita nas premissas, e se utilizará de pesquisa bibliográfica, jurisprudencial e legislativa.

2 DIREITO COMO FUNÇÃO PROMOCIONAL DA PESSOA HUMANA

A função promocional do direito deve ser vista como tema fundamental para harmonizar a teoria geral do direito às transformações da sociedade contemporânea e ao crescimento do Estado Social.

Nesse sentido, o direito contemporaneo deve ser entendido como um direito que tem uma função promocional da pessoa humana, que se nas lições de Pozzoli e Antico (2011, p. 9) é aquele direito que se interessa por comportamentos tidos como desejáveis e, por isso, não se circunscreve a proibir, obrigar ou permitir, mas almeja estimular comportamentos, através de medidas diretas ou indiretas.

Busca-se superar a ideia de quem o direito constitui-se, tão somente, como uma técnica de controle social baseada na ameaça e na aplicação de sanções negativas, sem que haja espaço para a realização de ser aspecto funcional.

Segundo Pozzoli e Antico (2011, p. 9), deve haver uma nova forma de ver/analisar/aplicar o direito, por meio do uso de estímulos positivos de maneira preponderante em relação aos aspectos negativos. Ademais, é possível afirmar que o direito é uma técnica de invenção, algo que não está pronto, mas está sendo constantemente construído nas interações sociais. Da mesma forma deve ser consignado que se é verdade que o profissional do direito trata com proposições normativas e não com fatos, não é menos verdade que a experiência jurídica pressupõe uma referibilidade destas proposições normativas a comportamentos reais.

O direito aplicado, visando uma função promocional, pode assegurar a justiça social, distributiva, comutativa e participativa na sociedade, estando-lhe reservada nesta perspectiva uma condição significativa no que diz respeito à realização do bem comum e, especialmente, no exercício pleno da cidadania. (POZZOLI E ANTICO, 2011, p. 10)

Nessa direção, verifica-se que a Constituição Federal de 1988 consagra ao lado da função de garantir a função de função de promover. É o que se depreende, por exemplo, dos objetivos da República Federativa perseguidos no artigo 3º “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. No mesmo sentido, também prevê como deveres do Estado “combater as causas da pobreza e da marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos (art. 23, X)”, dentre vários exemplos que podem ser citados.

Em síntese, a função promocional do direito se volta a promoção da realização dos direitos fundamentais e da proteção e segurança da dignidade da pessoa humana, ajudando na construção de uma sociedade solidária. Enfim, um direito que está a serviço das pessoas, da vida como um todo no planeta.

É com as indicações acima ponderadas que se buscaremos supedâneo no contexto da filosofia do direito para poder compreender melhor o tipo de normas, do direito pátrio e o internacional, que tratam dos direitos humanos e, notadamente, do direito do trabalho ao trabalho digno.

3 DIREITO HUMANO E FUNDAMENTAL AO TRABALHO LIVRE E DIGNO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Os Direitos Humanos estão em constante processo de construção e reconstrução. Piovesan (1997, p. 162) explica que a declaração não é um tratado. Foi adotada pela assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) sob a forma de resolução que, por sua vez, não apresenta força de lei. Seu propósito, como proclamado no preâmbulo, é promover o reconhecimento universal dos direitos humanos e das liberdades fundamentais a que faz menção a Carta da ONU.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos incorporou um sentido mais contemporâneo aos direitos humanos, abrangendo não somente direitos políticos e civis, como também, culturais, econômicos e sociais. Tais direitos constituem um complexo indivisível e único, os quais estão inter-relacionados, sendo ao mesmo tempo interdependentes entre si.

A Declaração de 1948 revitalizou os ideais da Revolução Francesa. Representou uma manifestação histórica que se formou no parâmetro universal, o que mostrou o reconhecimento dos valores supremos da igualdade, da liberdade e da fraternidade entre os homens, como ficou consignado em seu artigo I, ao constar que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

A dignidade da pessoa humana está na origem dos direitos fundamentais e representa a essencialidade de cada um deles.

Se não houver respeito pela integridade física e moral do ser humano, se esses direitos não forem reconhecidos, não haverá que se falar em dignidade da pessoa humana.

Sarlet (2011, p.63) ainda afirma que a dignidade da pessoa humana é qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

No que pese, quanto aos Direitos Fundamentais, primeiramente é importante mencionar que tais direitos estão interligados com o princípio da dignidade da pessoa humana, já que este reúne em si todos os direitos fundamentais.

Delgado (2007, p. 11) estabelece que Direitos Fundamentais são as prerrogativas ou vantagens jurídicas estruturantes da existência, afirmação e projeção da pessoa humana e de sua vida em sociedade.

Sarlet (2011, p. 21) afirma que os direitos fundamentais são construções definitivamente integradas ao patrimônio comum da humanidade. Resultantes do processo de constitucionalização (iniciado no final do século XVIII) dos assim denominados direitos naturais do homem, passaram a ser objeto de reconhecimento também na esfera internacional, de modo especial a partir do impulso vital representado pela Declaração da ONU, de 1948.

Em relação a trabalho, é possível afirmar que dignidade do trabalhador é um direito fundamental, positivado na Constituição Federal de 1988, com relevância para o ordenamento jurídico, eis que sua recusa implica em uma grave violação do texto magno. Nesse sentido, Delgado (2004, p. 34) dispõe que:

A valorização do trabalho está repetidamente enfatizada pela Carta Constitucional de 1988. Desde seu “Preâmbulo” essa afirmação desponta. Demarca-se, de modo irreversível, no anúncio dos “Princípios Fundamentais” da República Federativa do Brasil e da própria Constituição (Título I). Especifica-se, de maneira didática, ao tratar dos “direitos sociais” (arts. 6º e 7º) – quem sabe para repelir a tendência abstracionista e excludente da cultura juspolítica do País. Concretizase, por fim, no plano da Economia e da Sociedade, ao buscar reger a “Ordem Econômica e Financeira” (Título VII), com seus “Princípios Gerais da Atividade Econômica” (art. 170), ao lado da “Ordem Social” (Título VIII) e sua “Disposição Geral” (art. 193). A Constituição não quer deixar dúvidas, pois conhece, há séculos, os olhos e ouvidos excludentes das elites políticas, econômicas e sociais brasileiras: o trabalho traduz-se em princípio, fundamento, valor e direito social. A demonstração normativa das determinações constitucionais é bastante transparente. Já em seu “Preâmbulo”, a Constituição dispõe-se a instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, 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. (DELGADO, 2004, p. 34)

Gomes, (2008, p. 567) assevera que a ideia é estender o sentido da Dignidade da Pessoa Humana para a esfera da proteção jurídica do ser humano na ambiência do Direito do Trabalho, notadamente no que tange a assegurar ao trabalhador não só o direito à vida, integridade física, educação, saúde, alimentação, mas, sobretudo, à honra, preservando-se sua intimidade.

A Constituição Federal de 1988 trouxe os principais preceitos de natureza trabalhista. Em seu artigo primeiro, a nossa Carta Magna coloca o trabalho humano como valor fundamental do Estado Brasileiro ao afirmar que 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 os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

No artigo sexto tem-se como garantias constitucionais os direitos sociais ao trabalho. Já o artigo sétimo foi criado buscando a melhoria das condições sociais do trabalho rural e/ou urbano. Nesta diretriz, o artigo 170 preceitua que a Ordem Econômica brasileira terá como fundamentos a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, com o objetivo de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

A valorização do trabalho humano é também fundamento do nosso ordenamento, como relacionado no art. 1º, inc. IV da CF/88, o que nos leva a entender que a valorização do trabalho é um princípio. No artigo 193 temos a exata relação com os fundamentos do art. 1º, III e IV, o qual, o “valor social do trabalho”, expresso no inciso IV, demonstra como base a “Ordem Social” – “o primado do trabalho” – como fundamento da ordem econômica. No que tange ao meio ambiente do trabalho, o artigo 200, VIII, da nossa Constituição, insere-se no contexto de ambiental geral.

Apesar do artigo 225 da Constituição Federal 1988 não mencionar expressamente meio ambiente do trabalho, é importante dizer que deve se interpretar como a proteção do meio ambiente de um modo geral.

Nossa Carta Magna consagra, ainda, a justiça social ao eleger como fundamento a proteção da dignidade humana, bem como os valores sociais do trabalho. No artigo 6º, eleva o trabalho ao status de direito social.

Pode-se afirmar, portanto, a existência de um direito do trabalho constitucional, na medida em que os princípios e institutos do

direito do trabalho são interpretados e aplicados a partir de uma leitura das normas e princípios constitucionais.

Segundo Delgado (2006, p. 81), a Constituição de 1988 apresenta novos paradigmas no que concerne ao direito fundamental ao trabalho digno, criando possibilidades normativas de efetivação do Estado Democrático de Direito.

A Carta Magna deu força principiológica ao trabalho tornando-o vetor interpretativo da ordem econômica e social. Ao consagrá-lo como um direito fundamental, tornou o Estado responsável pela tarefa de promover medidas que concretizem seus ideais.

Gabriela Neves Delgado (2006, p. 71) bem preleciona “o direito ao trabalho digno, como elemento de concretização das liberdades básicas do homem, deve gozar de aplicabilidade imediata, já que alçado à condição de direito fundamental”.

Mais que uma norma programática, essa norma deve ter caráter e força vinculativa imediata para o Estado, para sua obtenção prática. Diante desta responsabilidade, pode ser reclamada do Estado a promoção desse direito fundamental.

4 A FRATERNIDADE COMO INSTRUMENTO DE PROMOÇÃO DO TRABALHO DIGNO

A prática de valores como a liberdade, a igualdade e a dignidade da pessoa humana só encontra efetivação quando complementadas pelo exercício da fraternidade nas relações do Estado e seus particulares e entre os próprios particulares.

Isto porque, mais do que um princípio ao lado da liberdade e da igualdade, a fraternidade aparece como aquele que é capaz de tornar esses princípios efetivos.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 dispõe em seu artigo primeiro que “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São todas dotadas de razão e de consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”. Trata-se de uma universalização dos princípios da liberdade, igualdade e fraternidade.

Mais adiante, em seu artigo 23, resguarda que “Todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a

condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego”.

Percorrendo, ainda, a Declaração Universal, no artigo 29 é possível encontrar uma real indicação dos efeitos da fraternidade, que acompanham a dimensão individual de sua posse e o efetivo exercício dos Direitos Humanos, com uma dimensão comunitária: cada indivíduo tem deveres para com a comunidade, único lugar onde é possível o livre e pleno desenvolvimento da sua personalidade.

Essa orientação necessita de uma visão unitária de pessoa, que tem consciência de poder viver a própria dignidade e realizar plenamente as próprias aspirações sem se isolar, mas estando numa relação necessária de complemento como os outros. Uma reciprocidade que começa no ambiente em que se vive até abranger toda a família humana (BUONUOMO, 2008, p. 36). Aqui, podemos estender a interpretação para incluir o trabalho, meio ambiente do trabalho e as relações nele existentes.

A identidade humana está constitutivamente inserida no sistema estruturado e solidário das relações sociais, interagindo com o ethos que precede o indivíduo e o socializa. O homem tem como características não só a autonomia e a independência, mas também a interdependência estrutural. Desse modo, conforme explica Pizzolato (2008, p. 117) e, segundo a visão antropológica personalista, todo homem é um ser estruturalmente carente e aberto ao diferente de si.

Nesse sentido, a sociedade e suas estruturas são capazes de influenciar o processo de constituição e aperfeiçoamento da personalidade, desenvolvendo um sentimento próprio da identidade humana que é o de pertencer a uma só comunidade. (PIZZOLATO, 2008, p. 117-118)

Sob este ângulo, cabe um aparte no sentido de registrar que o trabalho tem papel fundamental no aperfeiçoamento da personalidade do trabalhador e de sua identidade social, como sujeito de direitos e deveres.

A Sociedade passa, então, a ser o limite da individualidade do homem que progride como pessoa humana e que se torna responsável e comprometido não só com os direitos, mas também com os deveres que decorrem do bem-estar comum entre ele e os outros, em um verdadeiro exercício relacional de reciprocidade:

O indivíduo deve incluir novamente entre suas opções de vida não apenas seu próprio bem, mas o bem comum; pois, causando dano à comunidade, na realidade danifica o tecido de solidariedade do qual ele mesmo extrai a seiva vital. Uma liberdade não comunitária é uma liberdade suicida, pois destrói o mecanismo reprodutivo do humano. Explica-se assim a correlação inseparável, pretendida pela constituição, entre direitos e deveres, entre liberdade e solidariedade. Direitos e deveres não devem, pois, formar inventários distintos ou fileiras de soldados que se combatem em frentes opostas, mas são aspectos complementares de uma liberdade que assume a solidariedade como seu horizonte, defensora de uma mesma visão de homem e sociedade. (PIZZOLATO, 2008, P. 119-120)

A dimensão relacional que se dá na Fraternidade consiste em considerar esta um princípio que está na origem de um comportamento, de uma relação que deve ser instaurada com os outros seres humanos, agindo “uns em relação aos outros”, o que implica também a dimensão de reciprocidade. Nesse sentido, pode-se reafirmar que a fraternidade, mais do que um princípio ao lado da liberdade e da igualdade, aparece como aquele que é capaz de tornar esses princípios efetivos. (AQUINI, 2008, p. 137)

A Fraternidade chama a “atenção para a comunidade e para a plena realização da personalidade do indivíduo em seu interior”, em um espaço de diálogo “fecundo com as culturas que valorizam em sua tradição o papel do contexto social no qual cada indivíduo está inserido, sem, todavia, condescender com visões massificadoras ou que anulam a personalidade individual”. (AQUINI, 2008, p. 135-136)

É através da consciência psicológica e moral que o homem fundamenta e constrói sua identidade enquanto ser humano, tornando-se verdadeiro representante de si, para melhor desenvolver suas potencialidades e direcionar sua própria história. Por meio de sua identidade, posiciona-se com a autonomia na seara social revelando sua condição jurídica de sujeito de direitos e deveres. (DELGADO, 2006, p. 21)

Desta forma, a fraternidade exprime igualdade de dignidade em todos os homens, no âmbito coletivo e se apresenta não apenas como um conceito, mas como um princípio ativo, motor do comportamento, da ação dos homens, como uma conotação essencialmente moral.

Nesse sentido, tem-se intuito de favorecer reflexões a respeito de como a fraternidade, assim entendida como máximo ideal humanitário, exposto no artigo 1º da Declaração dos Direitos Humanos, é capaz de inspirar as relações jurídicas que atuam no campo do Direito do Trabalho e o quanto isso pode auxiliar na promoção do trabalho digno, na medida em que sirva como um farol a amparar o agente do direito na produção e aplicação de normas jurídicas capazes de dar de sua conta da função promocional.

Gómez (2008, p. 89) diz que cada norma jurídica, ao impedir uma lesão dos direitos alheios, tem, em si, um princípio de fraternidade. Evidencia as normas e princípios que vão além do *nenimen laedere* (a ninguém ofender) e impõem os direitos jurídicos, cuja observância tutela os sujeitos do relacionamento, trazendo, como exemplo, o princípio da Boa-fé, tratando como uma conduta considerada socialmente como modelo.

Assevera o autor que a consciência social, deve ser conforme um imperativo ético dado e corresponde ao dever de manter comportamentos corretos e leais nas relações, para além do quanto foi estipulado entre as partes. Torna-se, desse modo, obrigatória uma conduta ética em todas as relações jurídicas privadas.

Igualmente, Gómez (2008, p. 89-90) trata da proibição do abuso do Direito que revela a proibição do seu exercício de forma antissocial. Cada ato ou omissão que, na intenção do seu autor, no objeto ou em outras circunstâncias nas quais aconteça, exceda claramente os limites normais do exercício de um direito, causando danos a terceiros, obrigará a devida indenização e a adoção de medidas judiciais ou administrativas que impeçam a continuação do abuso.

Esta exigência de conduta ética nas relações jurídicas privadas e a proibição do abuso do direito se estendem às relações de trabalho que se caracterizam como espécies do gênero relações jurídicas privadas, e nos propiciam analisar que a prática violadora de direitos fundamentais contraria as aspirações fraternas exemplificadas.

As noções mínimas de valor social do trabalho são, muitas vezes ignoradas no cenário das relações de trabalho, onde há uma situação real de poder, notadamente caracterizada pelo abuso de poder e ausência de ética, cujo principal efeito é o aviltamento da

dignidade do trabalhador, como se depreende das situações de trabalho escravo.

Nessa luta, como ideal dos Direitos Humanos, a fraternidade coíbe a violação dos direitos fundamentais protegidos constitucionalmente, cuja eficácia também é também horizontal, ou seja, entre os particulares. Impõe o exercício de comportamentos dotados de eticidade, respeito recíproco, entre os seres humanos que protagonizam o cenário laboral.

Podemos ler na perspectiva dos direitos humanos o ideal da fraternidade. Nessa linha de raciocínio, a fraternidade nasce como princípio norteador do Direito do Trabalho, notadamente porque nesse sub-ramo do Direito, conforme ensina Gómez (2008, p. 93) prevalece a exigência de tutelar a parte mais fraca, ou seja, o trabalhador em caso de conflito, usando de princípios como o do *in dúbio pro operário*, da norma mais favorável, da condição mais favorável e da indisponibilidade dos direitos.

Da mesma maneira que o homem trabalhador precisa pertencer a um grupo, ele tem de preservar sua identidade pessoal e social. O Direito do Trabalho precisa, portanto transgredir para possibilitar a consolidação dessa essência humana pelo trabalho digno, fazendo com que o trabalhador entenda o sentido de ser parte e de ter direitos na sociedade em que vive. (DELGADO, 2006, p. 240)

Delgado (2006, p. 241) propõe uma matriz filosófica que realça o valor em sua perspectiva ética critério essencial da vida humana. Considera, portanto, que todo trabalho para ser ético, deva estabelecer limites impostos pela dignidade da pessoa. O trabalho digno é simultaneamente um direito fundamental universal do trabalhador e um dever fundamental universal do tomador de serviços, a qual deve ser exigido o respeito ao caráter imperativo e protetivo do Direito do Trabalho, quanto aos direitos de indisponibilidade absoluta, inserido no marco do Estado Democrático de Direito.

Por meio da promoção de direitos é que a dignidade será reconhecida em cada ser humano. Nessa linha de raciocínio, para que se alcance equilíbrio na relação existente entre o trabalho e o capital, faz-se imperioso que o direito vincule as partes envolvidas à observância efetiva dos direitos fundamentais.

Mais do que isso, a interpretação dos conflitos jus trabalhistas deve ser guiada a luz do pensamento fraterno, edificado pela Declaração dos Direitos Humanos.

Nesse encadeamento de idéias, cabe ao direito a função de exigir um comportamento responsável e atuar com vista a promover o trabalho digno e não ser cúmplice de práticas que tenham como consequência a desvalorização do trabalho e do meio ambiente do valor do trabalho.

O agente do direito deve incluir em sua tarefa de sistematizar as normas jurídicas, a função promocional do direito, que se interessa por comportamentos tidos como desejáveis, de modo que o direito não se circunscreva a proibir, obrigar ou permitir, mas estimule comportamentos, através de medidas diretas ou indiretas. Nesse sentido, a fraternidade pode orientar esta tarefa e ser capaz de norteá-lo na promoção o trabalho digno.

5 TRABALHO ESCRAVO NO BRASIL

Antes de começar a tecer sobre o trabalho escravo no Brasil, é importante definir o que é o trabalho escravo. No pensamento de Sento-Sé (2001, p.37):

Trabalho escravo é aquele em que o empregador sujeita o empregado a condições de trabalho degradantes, inclusive quanto ao meio ambiente em que irá realizar a sua atividade laboral, submetendo-o, em geral, a constrangimento físico e moral, que vai desde a deformação do seu consentimento ao celebrar o vínculo empregatício, passando pela proibição imposta ao obreiro de resilir o vínculo quando bem entender, tudo motivado pelo interesse mesquinho de ampliar os lucros à custa da exploração do trabalhador.

Nesta linha de pensamento, todo o trabalho degradante não fere somente questões de matéria trabalhista, mas é também uma grave violação a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da Constituição Federal, 1988), e ao direito fundamental da liberdade.

Segundo Mendes (2003, p.70) a luta na erradicação do trabalho escravo, no Brasil, deve incluir o trabalho degradante e a exploração a que estão submetidos os estrangeiros irregulares, nos grandes centros urbanos. O combate a essa nova forma de

escravidão depende, em grande parte, do reconhecimento, a todos, do direito fundamental ao trabalho.

Brito Filho (2013, p.58) menciona que, em linhas gerais, o conceito de trabalho escravo pode ser definido como as condições de labor em flagrante violação aos direitos humanos, liberdade, o direito à vida e a dignidade da pessoa humana, por meio da subjugação de um homem a outro.

Mais de 100 anos após a abolição da escravatura, 2000 pessoas são libertadas por ano no Brasil em condições análogas a de escravo.

Atualmente, o trabalho escravo alcança desproporcionalmente grupos sociais com maior vulnerabilidade, como as mulheres, as crianças, as populações afrodescendentes e as populações socialmente excluídas.

Segundo Costa (2010, p.33) a escravidão contemporânea brasileira afeta principalmente o trabalhador no meio rural, em diferentes atividades ligadas à pecuária, às lavouras de algodão, milho, soja, arroz, feijão, café, à extração do látex (matéria-prima da borracha) e de madeira, à criação de porcos e à produção de carvão.

Na escravidão moderna, segundo leciona Sento-Sé (2001, p.17), existe a figura dos “gatos”, pessoas que se dispõem a aliciar trabalhadores de regiões distantes, ludibriando-os com promessas falsas de boas condições de trabalho e de remuneração. Tais indivíduos são levados para fazendas localizadas em regiões distantes e isoladas, dificultando a fuga e facilitando a submissão, já que a dívida se inicia na viagem, que é realizada em transportes precários e providenciados pelo aliciador que anota as despesas de cada um.

De acordo com Vianna (2007, p.48) segundo a OIT, 12,3 milhões de pessoas no mundo sofrem as penas do trabalho forçado. Apenas no Brasil, conforme os dados da Comissão Pastoral da Terra - CPT, 25 mil, anualmente, são submetidas ao trabalho escravo.

No mesmo sentido, Palo Neto (2008, p.24) acrescenta que, muitas pessoas acreditando que encontrarão um meio de sair da miséria que existe na terra natal ao chegarem a seu destino, a realidade que se deparam é totalmente diferente da prometida pelo aliciador. A escravidão contemporânea faz suas vítimas principalmente no meio rural. Os trabalhadores são contratados para

trabalhar, principalmente na pecuária, desmatamento, extração de madeira e produção de carvão.

Uma das maiores dificuldades está em combater o aliciamento dos trabalhadores. Marco Zero é um programa do Ministério do Trabalho que foi criado para melhorar a intermediação dos trabalhadores e erradicar com o papel do “gato”. Porém, apesar de ser frequentemente associado ao trabalho no campo, o trabalho forçado tem sido cada vez mais encontrado nas grandes cidades.

Em 2013, segundo dados da Comissão Pastoral da Terra (CPT), o número de libertações no meio urbano foi maior que o do meio rural pela primeira vez na história. De acordo com Pereira (2006 p. 11), ex-diretor do Escritório da OIT no Brasil:

O sistema que garante a manutenção do trabalho escravo no Brasil contemporâneo é ancorado em duas vertentes: de um lado, a impunidade de crimes contra direitos humanos fundamentais aproveitando-se da vulnerabilidade de milhares de brasileiros que, para garantir sua sobrevivência, deixam-se enganar por promessas fraudulentas em busca de um trabalho decente. De outro, a ganância de empregadores, que exploram essa mão-de-obra, com a intermediação de “gatos” e capangas.

Segundo Costa (2012, p. 46):

O artigo 149 do Código Penal Brasileiro (CPB), reformulado em 2003 pela lei 10.803, além de utilizar a expressão “condição análoga à de escravo”, caracteriza o “trabalho escravo” abrangendo as diferentes formas pelas quais uma pessoa pode ser, hoje, reduzida a essa condição. Desse modo, o artigo 149 do CPB criminaliza práticas que levem os trabalhadores a condições degradantes de trabalho, ou a jornadas exaustivas de trabalho, ou ao trabalho forçado ou ao cerceamento da liberdade por dívida ou isolamento. A definição de trabalho escravo contida na lei não requer a combinação desses fatores para caracterizar o crime, a presença de um desses fatores isoladamente já se caracteriza o crime.

Foi a partir da combinação de diferentes leis que a sociedade brasileira acompanhou, em 2006, a decisão inédita da Justiça Federal do Pará em condenar um fazendeiro da região a cumprir pena de nove anos, dos quais cinco devem ser de reclusão e quatro de detenção, pelos crimes descritos nos artigos 132 (perigo à vida ou à saúde de outrem), 149 (redução à condição análoga à de escravo), 203 (frustração de direito assegurado por lei trabalhista) e 297 (falsificação de documento público). Todos os artigos estão no Código Penal Brasileiro.

Nesse sentido, Costa (2012, p. 60) menciona que, a região de maior incidência do trabalho escravo no Brasil abarca estados administrativamente considerados parte da Amazônia Legal, por possuírem em seus territórios trechos da Floresta Amazônica. São eles: Acre, Amapá, Amazonas, Pará, Rondônia, Roraima, além de parte dos estados do Mato Grosso, Tocantins e Maranhão. Esse espaço ocupa algo em torno de 61% da área do território nacional, porém, sua população corresponde a apenas 10% dos habitantes do país.

Contudo, necessário se faz dizer que na grande São Paulo um dos meios de tráfico de pessoas que ocorre é o do setor têxtil, onde novamente, segundo Costa (2012, p. 45), em Agosto de 2012 havia um universo de trezentos mil bolivianos, paraguaios e peruanos laborando no Brasil, dos quais somente um terço encontra-se em situação migratória regular, com massiva concentração na região metropolitana da capital e expansão pelo interior do estado.

Desde a criação, em 1995, de uma comissão interministerial para coordenar ações de combate ao trabalho escravo, o Brasil vem dando respostas ao problema com vigor e determinação.

Nesse sentido, de acordo com Figueira, (2004, p. 360), o Grupo Executivo de Repressão ao Trabalho Forçado (GERTRAF) para combater o trabalho escravo, em um contexto em que as autoridades governamentais manifestavam-se em documentos escritos utilizando, preferencialmente, o termo “trabalho forçado”. Sua atuação previa a articulação de diversas áreas do Governo, contando, desse modo, com representantes de sete ministérios - Ministérios da Justiça, do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal, da Agricultura e do Abastecimento, da Indústria do Comércio e do Turismo, da Política Fundiária, da Previdência e Assistência Social -, sob a coordenação do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE).

De acordo com a Organização Internacional do Trabalho OIT-Brasil (2010), em seu próprio site:

Exemplos destas medidas incluem a criação da CONATRAE (Comissão Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo), responsável pela formulação e monitoramento do Primeiro e do Segundo Plano Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho; a criação do Grupo Especial Móvel de Fiscalização do Ministério do Trabalho e Emprego, composto por auditores fiscais do trabalho, em parceria com procuradores do trabalho e da república, bem como

agentes da Polícia Federal e da Polícia Rodoviária Federal; a criação de varas da justiça do trabalho nas áreas mais afetadas pelo trabalho escravo; a criação do “Cadastro de Empregados Flagrados na Exploração de Trabalho em Condições Análogas a de Escravo” por parte do Governo Federal, na qual, regularmente, são publicados os nomes dos responsáveis pela utilização de mão-de-obra escrava em seus empreendimentos; e o Pacto Nacional pela Erradicação do Trabalho Escravo, por meio do qual grandes empresas se comprometem a prevenir e erradicar o trabalho escravo em suas cadeias produtivas, além de propiciarem o próprio monitoramento deste compromisso (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2010, *online*).

De acordo com Chagas (2007, p. 15) ao lado do Grupo Especial de Fiscalização Móvel, a chamada “lista suja” é um importante meio de repressão ao trabalho escravo no Brasil. Igualmente desenvolvida no âmbito do Governo, os efeitos da “lista suja” desdobram-se em ações realizadas por grupos da sociedade civil e pelo setor privado, a saber: a Pesquisa sobre a Cadeia Produtiva do Trabalho Escravo e o Pacto Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo, ambos apoiados pela OIT-Brasil. Instituída pela Portaria n.º 540/2004 do MTE, a “lista suja” é um cadastro que agrupa nomes de empregadores (pessoas físicas ou jurídicas) flagrados na exploração de trabalhadores em condições análogas à escravidão. Para que os nomes sejam incluídos no cadastro (ou ‘lista suja’), os empregadores devem ter sido responsabilizados administrativamente pelas infrações à legislação trabalhista.

A “lista suja” fica disponível no site do Ministério do Trabalho e da ONG Repórter Brasil e, é atualizada a cada seis meses.

Conforme Viana (2007, p. 49) após a inclusão no cadastro, o empregador será monitorado por dois anos. Se durante o período, não houver reincidência do crime, forem pagas todas as multas resultantes da fiscalização e forem quitados os débitos trabalhistas e previdenciários, o nome do empregador poderá ser excluído da “lista suja”.

Neste assunto, é importante mencionar que já existem ementas sobre o trabalho escravo em órgãos superiores, quais sejam:

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. ART. 149 DO CÓDIGO PENAL. REDUÇÃO À CONDIÇÃO ANÁLOGA À DEESCRAVO. TRABALHO ESCRAVO. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. DIREITOS FUNDAMENTAIS. CRIME CONTRA A COLETIVIDADE DOS TRABALHADORES. ART. 109, VI DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO. A Constituição de 1988 traz um robusto conjunto normativo que visa à proteção e efetivação dos direitos fundamentais do ser humano. A existência de trabalhadores a laborar sob escolta, alguns acorrentados, em situação de total violação da liberdade e da autodeterminação de cada um, configura crime contra a organização do trabalho. Quaisquer condutas que possam ser tidas como violadoras não somente do sistema de órgãos e instituições com atribuições para proteger os direitos e deveres dos trabalhadores, mas também dos próprios trabalhadores, atingindo-os em esferas que lhes são mais caras, em que a Constituição lhes confere proteção máxima, são enquadráveis na categoria dos crimes contra a organização do trabalho, se praticadas no contexto das relações de trabalho. Nesses casos, a prática do crime prevista no art. 149 do Código Penal (Redução à condição análoga a de escravo) se caracteriza como crime contra a organização do trabalho, de modo a atrair a competência da Justiça federal (art. 109, VI da Constituição) para processá-lo e julgá-lo. Recurso extraordinário conhecido e provido. (BRASILIA, 2008)

AÇÃO CIVIL PÚBLICA TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO. CONDUTA

INTOLERÁVEL. DANOS MORAIS INDIVIDUAIS E COLETIVOS. Demonstrado que o empregador, proprietário rural, contratava trabalhadores por intermédio de "gato" e mantinha-os em condições degradantes, alojados precariamente em casebre inacabado, sem água potável e alimentação adequada, apurando-se, ainda, a existência de servidão por dívidas, expediente que afronta a liberdade do indivíduo, que se vê coagido moralmente a quitar "dívidas" contraídas em decorrência da aquisição dos instrumentos de trabalho, resta caracterizada a submissão dos contratados a condições análogas às de escravo, o que exige pronta reprimenda do Judiciário a fim de restaurar a ordem jurídica lesada. (MINAS GERAIS, 2012)

As ementas mostram o quanto os órgãos do judiciário participam e são importantes também no combate ao trabalho escravo. Foram relatadas situações em que não há o respeito das condições mínimas a dignidade das pessoas, ficou claro que é preciso efetivar os direitos fundamentais, restou demonstrado o quão o direito a liberdade se faz importante na esfera laboral através da condenação de tais atos, o que demonstra que essas práticas não estão passando despercebidas e nem sem as devidas penalizações.

Não se pode olvidar que há construções significativas no combate à escravidão contemporânea. Todavia, como já mencionado, em sua tarefa promocional, o direito se mostra em dimensões positivas, ou seja, não reduz a idéia de proibir e aplicar sanções, mas de incentivar comportamentos morais, cuja efetividade desta só se concretizará quando guiada pelo princípio fraternidade, assim entendida como máximo ideal humanitário, que ao lado da liberdade e da igualdade, formam a trilogia constante do artigo 1º da Declaração dos Humanos de 1948.

A promoção da efetivação do direito do trabalho deve se concretizar não só no processo legislativo, senão também na interpretação e aplicação das normas jurídicas, que compõem o ordenamento jurídico e não se reduzem, portanto, a imposições formais. Estas normas possuem imperatividade, cuja imposição abraça o Estado e os particulares em suas relações correspondentes, na medida em que os direitos fundamentais possuem eficácia não só vertical, mas também horizontal.

O agente do direito deve incluir, portanto, em sua tarefa de sistematizar as normas jurídicas, a função promocional da pessoa humana, que se interessa por comportamentos tidos como desejáveis e, por isso, de modo que o direito não se circunscreva a proibir, obrigar ou permitir, mas estimule práticas positivas e comportamentos desejáveis.

Disciplinado o trabalho como um direito fundamental, a sua promoção e concretização requerem esforços voltados à redução das desigualdades sociais, mediante a prática de valores constitucionalmente consagrados como a liberdade, a igualdade e a dignidade da pessoa humana. Conforme dito alhures, a OIT considera trabalho digno aquele executado em condições de liberdade, equidade e dignidade.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apresentou-se importante o estudo acerca a fraternidade como instrumento de promoção do direito ao trabalho digno em face do trabalho análogo a escravo contemporâneo no Brasil.

Procurou-se analisar o contexto histórico de construção e reconstrução dos direitos humanos. Verificou-se que a construção do conceito de direitos humanos deu-se ao longo da história da

humanidade como um conjunto de direitos inerentes ao ser humano que gradativamente vem ingressando nos textos constitucionais.

As reflexões partiram da premissa de que o Estado Moderno exige uma adequação do Direito, demandando que sua teoria evolua no sentido que não se reduza a mero instrumento de controle social, mas também, de promoção social, vinculada à concretização dos direitos humanos fundamentais pelo Estado.

Nesse sentido, o direito, não tem por função simplesmente qualificar como boas ou más as condutas das pessoas, mais do que isso, deve ser visto, também, como um direito que tem uma função promocional da pessoa humana, que se interessa por comportamentos tidos como desejáveis. Em síntese, um direito voltado para a proteção e segurança da dignidade da pessoa humana, ajudando na construção de uma sociedade solidária.

Com as indicações acima ponderadas, buscou-se supedâneo para compreender o direito ao trabalho e nesse sentido, verificou-se que a Constituição Federal de 1988 elevou a valor do trabalho humano, adotando-o como fundamento da ordem social, da ordem econômica, da República e direito fundamental.

Ao consagrar o trabalho como um direito fundamental, a Constituição Federal tornou o Estado responsável pela tarefa de promover medidas efetivas que concretizem seus ideais.

A promoção da efetivação do direito do trabalho deve se concretizar não só no processo legislativo, senão também na interpretação e aplicação das normas jurídicas, que compõem o ordenamento jurídico cuja imperatividade, abraça o Estado e os particulares.

Essa prática de valores como a liberdade, a igualdade e a dignidade da pessoa humana só encontra efetivação quando complementadas pelo exercício da fraternidade nas relações do Estado e seus particulares e entre os próprios particulares.

O estudo teve o intuito, portanto, de favorecer reflexões a respeito de como a fraternidade, assim entendida como máximo ideal humanitário exposto no artigo 1º da Declaração dos Direitos Humanos, é capaz de inspirar as relações jurídicas que atuam no campo do Direito do Trabalho e o quanto isso pode auxiliar o intérprete do Direito na produção e aplicação de normas jurídicas

capazes de dar de sua conta da função promocional ao direito ao trabalho digno.

No entanto, apesar do envolvimento constitucional destinado à proteção do trabalho e da dignidade do trabalhador, nota-se que no atual contexto laboral, muitos trabalhadores estão submetidos a várias formas de trabalho escravo. Com efeito, é a dignidade humana o elemento central atingido no cenário laboral.

Diante de toda a explanação, podemos afirmar que os moldes do trabalho escravo contemporâneo difere pouco dos praticados nos séculos anteriores.

Nos dias de hoje a escravidão Brasileira está nitidamente ligada à má distribuição de renda, busca de melhores condições de vida e claro, busca de mão de obra barata. Isso ocorre pelo fato de que a maior parte desses trabalhadores mora em regiões de extrema pobreza e o local o qual vão trabalhar é distante do local de origem, deste modo, começam a relação devendo o transporte ao patrão, iniciando assim a escravidão pela dívida, e passam a endividar-se também com alimentação, vestuário, medicamentos e material para o labor.

Portanto, é essencial aos trabalhadores a percepção de que estão sendo submetidos a trabalho análogo a escravo, para então terem seus direitos trabalhista, sociais e humanos resguardados.

A alteração do artigo 149 do Código Penal Brasileiro estendeu a proteção à dignidade humana, devendo se buscar cada vez mais proteção aos Direitos Humanos, o que nesse contexto, é o conjunto mínimo dos direitos humanos.

Tendo como base a análise jurisprudencial constata-se, de modo geral, que o Judiciário em várias instâncias mostra-se claramente avançado e disposto também a combater os casos de trabalho análogo a escravo, aplicando penalidades harmonicas à gravidade das violações sofridas pelos trabalhadores.

Podemos dizer que o Brasil é participante ativo na esfera intencional da luta contra a escravidão moderna. A Comissão Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo juntamente com o Ministério Público do Trabalho, a Organização Mundial do Trabalho, Grupo Executivo de Repressão ao Trabalho Forçado dentre outros órgãos coatores do trabalho escravo, atuam no combate repressivo

com forte atividade preventiva, mostrando assim o cumprimento das leis.

Por fim, cumpre citar, que lutar contra o trabalho escravo é também lutar contra a pobreza, evitando a reincidência dos empregadores, que escravizam, e dos empregados que se submetem às péssimas condições de labor. É importante o reestabelecimento dos valores humanos, e que predomine os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana.

Ao término desse trabalho, fica claramente demonstrado que Brasil juntamente com os órgãos fiscalizadores do trabalho, executam os projetos que existem. Porém, mesmo com tanta luta ainda encontramos em pleno século XXI homens trabalhando em péssimas condições de trabalho.

É lamentável o fato de a evolução da humanidade não ter conseguido suprimir a escravidão, mesmo nos dias atuais.

Assim, para cercear o aumento da precarização das relações laborais dentro do complexo corpo social contemporâneo, independente da modalidade contratual, a dignidade humana tem que constar em primeiro plano, o que dependerá de uma modificação da sociedade, implicando em uma alteração simultânea de todos os códigos pelos quais a sociedade é guiada, enfim, uma revolução mental, configurando um verdadeiro desafio ético para a coletividade.

Ao final, constata-se que a função do Direito não é somente punir tais atos, mas sim promover que todos realizem seu trabalho livre e digno, utilizando o princípio norteador da fraternidade, que se encontra no primórdio de um comportamento relacional e, por isso, além de caminhar ao lado da liberdade e da igualdade, aparece como aquele que é capaz de tornar essas concepções efetivas.

REFERÊNCIAS

ABRAMO, Laís W.; PLANT, Roger (org.) Trabalho Escravo no Brasil do Século XXI. **Organização Internacional do Trabalho (OIT)**, 2007. Disponível em:<<http://www.oit.org.br/node/315>>. Acesso em: 15 set. 2016.

AQUINI, Marco. Fraternidade e direitos humanos. **O princípio esquecido: a fraternidade na reflexão atual das ciências políticas**. In. Antônio Maria Baggio (organizador); traduções Durval Cordas, Iolanda Gaspar, José Maria de Almeida. Vargem Grande Paulista/SP: Editora Cidade Nova, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.**

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Tradução Celso Lafer. 9. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASÍLIA, STF - RECURSO EXTRAORDINÁRIO RE 398041 PA (STF)Partes: Ministério Público Federal, Sílvio Caetano de Almeida, João Agripino de Vasconcelos Maios e outros. Relator: Min. Joaquim Barbosa Data de publicação: 18/12/2008 a. Disponível em:<<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14730398/recurso-extraordinario-re-398041-pa>> Acesso em: 16. Nov. 2015.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. Trabalho com redução do homem à condição análoga à de escravo e dignidade da pessoa humana. **Revista Genesis.** Curitiba, nº 137, p. 673-682, maio .2004.

_____. **Trabalho decente:** análise jurídica da exploração do trabalho: trabalho escravo e outras formas de trabalho indigno. 3.ed. São Paulo: LTr, 2013.

BUONUOMO, Vincenzo. Em busca da fraternidade no direito da comunidade internacional. In: CASO, Giovanni. Direito e fraternidade: ensaios, prática forense. São Paulo: Cidade Nova/LTr, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 7. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

CHAGAS, Daniel de Matos Sampaio. O Ministério do Trabalho e Emprego e os Subsídios para Defesa Judicial da União nas Ações Relativas ao Cadastro de Empregadores do Trabalho Escravo. In: SECRETARIA INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Possibilidades jurídicas de combate à escravidão contemporânea.** Brasília: OIT, 2007.

CORTEZ, Julpiano Chaves. **Trabalho escravo no contrato de emprego e os direitos fundamentais.** São Paulo: LTr, 2013.

COSTA, Patrícia Trindade Maranhão. Combatendo o trabalho escravo contemporâneo : o exemplo do Brasil. **ILO Office in Brazil.** Brasília: ILO, 2010.

CPT (COMISSÃO PASTORAL DA TERRA). Disponível em <www.cptnac.com.br>. Acesso em: 14 nov. 2015.

DELGADO, Gabriela Neves. O Direito fundamental ao trabalho digno. São Paulo: LTr, 2006.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho.** 3.ed. São Paulo: Ltr. 2004.

_____. Direitos fundamentais na relação de trabalho. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais.** São Paulo, nº 2, p. 11-39, 2007. Disponível em <<http://www.fdv.br/publicacoes/periodicos/revistadireitosegarantiasfundamentais/n2/1.pdf>>. Acesso em: 22 set. 2015.

FIGUEIRA, Ricardo Rezende. **Pisando Fora da Própria Sombra**. A escravidão por dívida no Brasil contemporâneo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. Tutela da saúde dos trabalhadores sob a perspectiva do direito ambiental. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 48, 1 dez. 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/1203>>. Acesso em: 22 out. 2015.

FONSECA, Francisco de Assis Araújo da. **A pessoa com deficiência e o cumprimento de pena privativa de liberdade**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj045610.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2015.

GOMES, Fábio Rodrigues. **O direito fundamental ao trabalho: perspectivas histórica, filosófica e dogmático-analítica**. Rio de Janeiro: Lumen Jures, 2008.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GÓMEZ, Salvador Morillas. Pistas de fraternidade na aplicação do direito empresarial. In: CASO, Giovanni. **Direito e Fraternidade: ensaios, prática forense**. São Paulo: Cidade Nova/LTr, 2008.

Grupo Especial de Fiscalização Móvel (GEFM) já libertou mais de 40 mil trabalhadores. Disponível

em: <<http://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/trabalho-escravo/combate-ao-trabalho-escravo/gefm.aspx>>. Acesso em: 15 set. 2015.

JARDIM, Phillipe Gomes. **Neo-escravidão: as relações de trabalho escravo contemporâneo no Brasil**. 2007. 176 p. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2007.

Lista Suja do Trabalho Escravo. Disponível

em: <<http://reporterbrasil.org.br/lista-suja/>>. Acesso em: 15 set. 2015.

MELO, Luís Antônio Camargo. “Atuação do Ministério Público do trabalho no Combate ao Trabalho escravo - crimes contra a organização do trabalho e demais crimes conexos”. **Possibilidades Jurídicas de Combate à Escravidão Contemporânea**. Brasília: Organização Internacional do Trabalho, 2007.

MENDES, Almara Nogueira. Nova forma de escravidão urbana: Trabalho de imigrantes. **Revista do Ministério Público do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2003.

NAZARETH, Gleydson Gonçalves. As convenções e recomendações de direitos humanos da OIT e sua aplicação no Direito brasileiro. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2702, 24 nov. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17891>>. Acesso em: 23 set. 2015.

OLIVEIRA, Jean Souza de. **O trabalho escravo contemporâneo no Brasil**. 2011. 50 p. Monografia (Especialização em Direito e Processo do Trabalho). Universidade Anhanguera-Uniderp, Fortaleza, 2011.

O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. Disponível em:

<<http://www.mpba.mp.br/atuacao/cidadania/nudh/publicacoes/oprincipiodadignidadehumana.pdf>>. Acesso em 15 set. 2015.

PALO NETO, Vito. **Conceito jurídico e combate ao trabalho escravo contemporâneo.** São Paulo: LTr, 2008.

PEDRAS, Gustavo Brígido de Alvarenga. **Trabalho Escravo: um crime que ainda existe.** Disponível em:

<<http://www.domtotal.com/direito/pagina/detalhe/23617/trabalho-escravo-um-crime-que-ainda-existe>>. Acesso em: 12 set. 2015.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

_____. **Direitos humanos e direito do trabalho.** São Paulo: Editora Atlas, 2010.

_____. Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos. **Sur, Rev. int. direitos human.** São Paulo, v. 1, n. 1, p. 20-47, 2004. Disponível

em:<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452004000100003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 12 set. 2015

PIZZOLATO, Filippo. A Fraternidade no ordenamento jurídico italiano. **O princípio esquecido: a fraternidade na reflexão atual das ciências políticas.** In. Antônio Maria Baggio (organizador); traduções Durval Cordas, Iolanda Gaspar, José Maria de Almeida. Vargem Grande Paulista/SP: Editora Cidade Nova, 2008.

POZZOLI, Lafayette; ANTICO, Andrea. A função promocional do direito ao trabalho digno sob a ótica dos direitos humanos. In. AGOSTINHO, Luiz. Otávio Vicenzi de; HERRERA, Luiz Henrique. Martim. (Org.). In **Tutela dos direitos humanos e fundamentais. Ensaios a partir da linha de pesquisa construção do saber jurídico e função política do direito.** Birigui/SP: Boreal, 2011.

REIS, Daisy Maia dos. **O trabalho em condições análogas à de escravo no Brasil contemporâneo e os mecanismos adotados para a sua erradicação.** 2014. 92 p. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito). Universidade do Sul de Santa Catarina, Florianópolis, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, abr. 2001. Disponível em:<http://livros-e-revistas.vlex.com.br/vid/direitos-fundamentais-sociais-59638788?_ga=1.145498614.354539151.1442343775>. Acesso em: 15 set. 2015.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 7.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SENTO-SÉ, Jairo Lins de Albuquerque. **Trabalho escravo no Brasil na atualidade**. São Paulo: LTr, 2001.

SOARES, Evanna. Meios coadjuvantes de combate ao trabalho escravo pelo Ministério Público do Trabalho. **Revista do Ministério Público do Trabalho**. Brasília: Procuradoria Geral do Trabalho, ano 1, n. 1, mar., 1991.

Socialistas comemoram aprovação da PEC do Trabalho Escravo na Câmara. Disponível em: <http://www.psb40.org.br/not_det.asp?det=1717>. Acesso em: 15 set. 2015.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO-3 MINAS GERAIS - RECURSO ORDINARIO TRABALHISTA RO 00742201208403004 0000742-41.2012.5.03.0084 (TRT-3). Partes: Fábio Tadeu Tafner, Simão Sarkis Simão, Ministério Público do Trabalho. Relator: Rogerio Valle Ferreira, Sexta Turma. Data de publicação: 26/11/2012. Disponível em: <<http://trt-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/124288527/recurso-ordinario-trabalhista-ro-742201208403004-0000742-4120125030084/inteiro-teor-124288537>>. Acesso em 16. Nov. 2015.

VENTURA, Acácia de Fatima; DIAS, Terezinha Rodrigues. **Trabalho escravo no Brasil**. 6º Simposio de Ensino de Graduação. Universidade Metodista de Piracicaba, 2008. Disponível em: <<http://www.unimep.br/phpg/mostraacademica/anais/6mostra/4/45.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2015.

VIANA, Marco Túlio. Trabalho Escravo e Lista Suja: um modo original de remover uma mancha". In. **Possibilidades Jurídicas de Combate à Escravidão Contemporânea**, Brasília: Organização Internacional do Trabalho (OIT), 2007.

DIREITO À EDUCAÇÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA, PAZ E HARMONIA NA SOCIEDADE

Marcela Rodrigues Pimentel

Thaís Angélica Sanches Andrade Camargo

1 INTRODUÇÃO

O direito à educação é um direito social que vem sendo previsto desde 1948, com advindo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, da ONU. No Brasil a Constituição Federal também assegura esse direito, no Capítulo II, dos Direitos Sociais, em seu artigo 6º, como sendo direito de todos e um dever do Estado. A Constituição estabelece ainda, que a família e a sociedade igualmente tem esse dever, conforme previsto nos artigos 205 e 227.

A pessoa com deficiência também tem esse direito assegurado, o que nem sempre ocorre, pois, na prática esse direito é ceifado como, por exemplo, com a justificativa das escolas de não estarem preparadas e aptas para receberem estes alunos, com as suas devidas limitações. Outros fatores contribuem para essa exclusão, a sociedade ainda enxerga a pessoa com deficiência como sendo alguém incapaz de se socializar principalmente de forma intelectual.

A família tem um papel importante no desenvolvimento educacional da pessoa com deficiência, devendo incentiva-la e quando lesado esse direito, lutar para que ele possa ser exercido. Não devendo a família ter o preconceito ou super proteger a ponto de não inserir a pessoa com deficiência no convívio social.

Quando o direito a educação é exercido de forma plena, o convívio social é mais pacífico e harmonioso, gerando menos conflitos, uma vez que a pessoa adquirirá maiores conhecimentos e terá discernimento para resolver os conflitos e construir uma

sociedade mais harmoniosa. Sendo assim, quando a pessoa com deficiência é incluída na sociedade através da educação, trará com ela as diferenças e desta forma, quebrará as barreiras que envolvem o preconceito, uma vez que este traz consigo desordem social.

2 EDUCAÇÃO E INCLUSÃO SOCIAL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Estabelece a Constituição Federal no artigo 205 que "A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho". Nesse contexto, sendo a educação direito de todos, é fundamental a inclusão social da pessoa com deficiência, o que nem sempre acontece. Segundo Jonatas Luis Moreira de Paula, na obra *A Jurisdição como elemento de inclusão social*, classifica inclusão social como:

[...] o conceito de inclusão social é um conceito que conota um processo, atinente a eliminar a manutenção da exclusão. Por isso, a inclusão social é um processo que visa eliminar a manutenção de pessoas ou de grupos sociais à margem dos benefícios do sistema político – econômico.

Na busca do Estado em garantir os direitos das pessoas com deficiência surge a Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015, a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência) que tem por objetivo assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais da pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania.

A Lei trás como dever do Estado, da família, da comunidade escolar e da sociedade no geral, garantir a educação de qualidade à pessoa com deficiência, assegurando ainda que essa fique livre de toda forma de violência, negligência e discriminação.

"Art. 27. Parágrafo único. É dever do Estado, da família, da comunidade escolar e da sociedade assegurar educação de qualidade

à pessoa com deficiência, colocando-a a salvo de toda forma de violência, negligência e discriminação.”

Apesar de toda proteção legal que existe, as pessoas com deficiência sempre barram em muitas dificuldades no que diz respeito à educação. Conforme mencionada Eugênia Augusta Gonzaga Fávero:

“Ninguém, conscientemente, nega às pessoas com deficiência o direito à educação, entretanto, diante das dificuldades práticas, frequentemente admitem que esse direito estaria suprido se elas fossem educadas separadamente, apenas em ambientes especializados. Às vezes justificam e alegam que é para o “seu próprio bem”.

Separar as pessoas com deficiências das demais pessoas é uma forma de discriminação e preconceito, criando “grupos” distintos em uma única sociedade. A inclusão dessas pessoas quebrariam as barreiras criadas, tornando um único grupo, com o mesmo objetivo, qual seja o de gerar pessoas mais capacitadas e desenvolvimento social, ao ponto de tornar o convívio coletivo mais harmônico e menos conflitante.

Para Maria do Socorro Jordão Emerenciano: “Educar é tornar o homem consciente de si mesmo, de seus deveres e direitos, de sua responsabilidade para com sua espécie. Educar é tornar o homem capaz de pensar em si e nos seus relacionamentos com os outros de modo a perceber que é impossível que ele se nutra autonomamente”.

Visando a inclusão social da pessoa com deficiência, a Constituição federal estabeleceu como dever do Estado em seu artigo 208, inciso III “atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;...”, nesse caso a rede pública tornaria se o elo da pessoa com deficiência com a sociedade, conforme citado por Luiza Gomes da Silva, apud Sílvia Araújo Silva (2003, p.478):

“ao determinar que o ensino especializado seja, preferencialmente, ministrado na rede regular de ensino, tomou cuidado de proteger a pessoa portadora de deficiência contra a eventual discriminação, buscando integrá-la socialmente”.

Integrar a pessoa com deficiência à sociedade através da educação tornará a sociedade menos preconceituosa, o que como consequência diminuirá os conflitos existentes. Um dos princípios constitucionais de grande relevância é o princípio da Fraternidade, trazendo consigo a ideia de igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana. Sendo assim, assevera Pozzoli (2014, p. 144):

“A educação é responsável pelo desenvolvimento cultural, social, pelo aperfeiçoamento a um nível superior de conhecimento, deixando para trás seu nível de ignorância. O homem é um projeto inacabado. O desenvolvimento desse projeto para melhor deve-se à sua educação e à sua liberdade. Para que todos tenham educação não se pode esquecer da igualdade de direitos, e por que não aqui falar da fraternidade como fator de amor e dedicação para alcançar a qualidade de ensino a todos? A Carta de Direitos Humanos da ONU, editada em 1948, traz em seu artigo XXVI a garantia à educação básica elementar a todos os povos, ministrada de forma a estabelecer, desenvolver e fortalecer a personalidade humana. Pode-se entender que a educação elevada a direito humano fundamental, inerente ao homem, imposta ao Estado, é pressuposto para o exercício dos demais direitos sociais, civis e políticos.”

Outro fator muito importante para inclusão da pessoa com deficiência na sociedade é a família, considerada o lugar onde encontra segurança e inicia o processo de relacionamentos, já que a família é o primeiro grupo social na vida de qualquer pessoa, sendo na família a primeira barreira a ser quebrada. Antigamente e infelizmente perdura até os dias de hoje, em que muitas famílias acabam ajudando na não inclusão da pessoa com deficiência por excesso de proteção, falta de informação para lidar com tais deficiências, pois, eram tidas como anormais e excluídas. Nas palavras de Luiz Alberto David Araujo (2001,p.26):

“O que define a pessoa portadora de deficiência não é falta de um membro nem a visão ou audição reduzidas. O que caracteriza a pessoa portadora de deficiência é a dificuldade de se relacionar, de se integrar na sociedade, O grau de dificuldade de se relacionar, de se integrar na sociedade, O grau de dificuldade para a integração social é que definirá quem é ou não portador de deficiência.”

Para DUVALL e MILLER, a família tem varias funções conforme especifica a seguir:

“geradora de afeto”, entre os membros da família; “proporcionadora de segurança e aceitação pessoal”, promovendo um desenvolvimento pessoal natural; “proporcionadora de satisfação e sentimento de utilidade”, através das atividades que satisfazem os membros da família; “asseguradora da continuidade das relações”, proporcionando relações duradouras entre os familiares; “proporcionadora de estabilidade e socialização”, assegurando a continuidade da cultura da sociedade correspondente; “impositora da autoridade e do sentimento do que é correto”, relacionado com a aprendizagem das regras e normas, direitos e obrigações características das sociedades humanas.

Cabe à família incentivar e proporcionar o desenvolvimento pessoal dos seus membros, inclusive das pessoas com deficiência. Quando entre os membros de uma família há o afeto, a aceitação e a compreensão das diferenças, a busca pela inserção na sociedade tornasse mais fácil, de maneira que o pensamento coletivo e o convívio social será mais harmonioso e reinará a paz, pois, como pontuava Nelson Mandela:

"Ninguém nasce odiando outra pessoa pela cor de sua pele, por sua origem ou ainda por sua religião. Para odiar, as pessoas precisam aprender; e, se podem aprender a odiar, podem ser ensinadas a amar."

3 CONCLUSÃO

Com o passar do tempo viu-se que na verdade a maioria das deficiências causam apenas limitações e que tais pessoas podem conviver com toda a sociedade, devendo o Estado, a sociedade, a família contribuir para com a inclusão social.

A pessoa com deficiência possui um grande rol de direitos assegurados constitucionalmente, como por leis esparsas e tratados internacionais e de novas leis como o Estatuto da Pessoa com Deficiência, são dispositivos que ainda não são totalmente aplicáveis, mas que impulsiona cada vez mais a sociedade pela integral prática dessas normas com o intuito da inclusão total da pessoa com deficiência.

Há políticas públicas que garantem o apoio técnico e financeiro às escolas, pois, o Estado vem entendendo a importância que a educação da pessoa com deficiência tem na sociedade, porque além dessa inclusão beneficiar a pessoa com deficiência, ela ensina

professores/educadores, os alunos que não possuem nenhuma deficiência e grande parte da sociedade a conviver com as diferenças, sabendo respeitar o próximo, tornando as pessoas mais solidárias, para assim, incentivar a todos para obtenção de uma sociedade mais justa e harmônica.

Deve-se buscar para a sociedade um plano harmonioso e integrador, em que ter alguma deficiência seja algo construtivo para as pessoas, tanto para o caráter como no desenvolvimento delas.

A deficiência que uma pessoa apresenta, não pode defini-la, já que os princípios fundamentais, como o da fraternidade e da dignidade é que faz a integridade da pessoa com deficiência, assim como de qualquer outra pessoa. Porém, o preconceito e a falta de oportunidades muitas vezes estão mais presentes na vida da pessoa com deficiência do que o amor, o carinho, a paciência. Expressões de afeto e carinho podem fazer grandes diferenças e ajudar essas pessoas com deficiência a quebrar as barreiras do preconceito.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 29 abril 2016.

BRASIL. Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015. Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília, DF. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 30 abril 2016.

FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. DIREITO À EDUCAÇÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA. Direito à Educação. Revista CEJ, Brasília, n. 26, p. 27-35, jul./set. 2004. Revista eletrônica. <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/621/801>>. Acesso em: 29 abril 2016.

MINUCHIN, Salvador – *Famílias: Funcionamento & Tratamento*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1990. p. 25-69.

SILVA, Luzia Gomes da. Portadores de deficiência, igualdade e inclusão social. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10839. Acesso em: 29 abril 2016.

STANHOPE, Marcia – *Teorias e Desenvolvimento Familiar*. In STANHOPE, Marcia; LANCASTER, Jeanette – *Enfermagem Comunitária: Promoção de*

Saúde de Grupos, Famílias e Indivíduos. 1.^a ed. Lisboa : Lusociência, 1999. ISBN 972-8383-05-3. p. 492-514.

POZZOLI, Lafayette. Direito e educação: fraternidade em ação: uma abordagem interdisciplinar. 1. ed. – São Paulo: Letras Jurídicas: 2014.

CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO PARA A PACIFICAÇÃO SOCIAL

*Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior*⁷

*Andréia Alves Ferrari*⁸

1 INTRODUÇÃO

Nas sociedades existem conflitos entre as pessoas que nela vivem, os quais são inerentes ao ser humano, no entanto não é de todo ruim, vez que é necessário para a evolução social.

Acontece que esses conflitos não podem perdurar e nem serem polarizados, pois para que o ser humano goze do princípio constitucional macro da dignidade da pessoa humana, ele precisa resolver as mazelas sociais para que possa viver em paz.

A paz, direito classificado como de 5ª dimensão na perspectiva e classificação de Paulo Bonavides, está prevista na Constituição Federal (CF), no plano internacional, como princípio da solução pacífica de conflitos (CF, art. 4º, VII). Entretanto, deve a paz estar presente não só no plano internacional, mas também interno, conforme preâmbulo da Constituição, o qual serve como critério interpretativo das normas constitucionais, e traz o valor da solução

⁷ Vice-coordenador do Programa de Mestrado (2013), Professor do Mestrado (2012), Professor da Graduação (1999) e Graduado (1996) no UNIVEM (Centro Universitário Eurípides de Marília-SP), mestre pela PUC (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo em 2001) e doutor pela ITE (Instituição Toledo de Ensino de Bauru em 2012). Pós Doutorando pela Universidade de Coimbra, Líder do Grupo de Pesquisa CNPQ "Direitos Fundamentais Sociais (DiFuSo)". Advoga desde 1996. E-mail> teofilo@arealeao.com

⁸ Graduanda do 4º ano de direito no UNIVEM (Centro Universitário Eurípides de Marília-SP), Técnica em Processos Gerenciais pelas FATEC (Faculdade de Tecnologia Internacional) de Curitiba em 2009, Pós Graduanda *lato sensu* na Faculdade Venda Nova do Imigrante/ES – FAVENI. Servidora do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. E-mail> aalves.ferrari@gmail.com

pacífica das controvérsias, com inclusão da fraternidade, da qual se pode extrair a nossa ideia de paz entre os indivíduos.

Conforme Bonavides, “A paz é direito natural dos povos. Direito ora impetrado na qualidade de direito universal do ser humano” (2011, p. 590).

A fim de resolver seus conflitos e buscar a sonhada paz, o jurisdicionado busca no Poder Judiciário o seu direito constitucionalmente assegurado de acesso à justiça, direito esse previsto no artigo 5º XXXV da CF que assim preceitua “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Entretanto, o verdadeiro acesso à justiça vai muito além de simplesmente garantir ao jurisdicionado, que ele, tendo ou não recursos financeiros, possa pleitear diante do Judiciário a tutela de seus interesses. Quando se fala em acesso à justiça é preciso se ater de fato a palavra “justiça” e proporcionar ao jurisdicionado uma ordem jurídica justa, efetiva e satisfatória e que vá muito além de criar e extinguir processos, mas que possa pacificar extinguindo o conflito.

Não é segredo para ninguém que o Judiciário vem falhando nessa tarefa de trazer uma efetiva justiça àqueles que batem a sua porta. A reclamação mais constante é no sentido da demora em se chegar ao fim de uma ação, demora essa que se dá pelo congestionamento que passa a única instituição incumbida pelo Estado de solucionar as demandas. E não é só isso, além de ter que esperar anos a fio para saber sobre a procedência ou improcedência do pedido, quando chega essa decisão sempre terá uma parte muito insatisfeita e infeliz com o resultado, aquela que sucumbiu ou não atingiu a plenitude, onde quando as partes sucumbiram parcial e reciprocamente a tornam insatisfeitas por não terem atingido o escopo desejado

Outra garantia constitucional que não vem sendo cumprida é a da tutela jurisdicional tempestiva, não há como se falar em efetivo acesso a justiça sem respeitar a razoável duração do processo declarada no art. o 5º, LXXVIII da CF que reza que: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Sobre isso, com toda razão ensina Moraes e Spengler:

Uma decisão judicial, por mais justa e correta que seja, muitas vezes pode tornar-se ineficaz, ou seja, quando é entregue ao jurisdicionado no momento em que não é mais adequada não mais interessa nem mesmo o reconhecimento e a declaração do direito pleiteado (MORAES e SPENGLER, p. 40, 2012).

Os meios adequados de solução de conflitos, que vêm cada vez mais ganhando espaço, é uma ferramenta que vem para, em longo prazo, tentar resolver esse grave problema que se vive em relação ao Poder Judiciário.

Entretanto, esses meios de solução de conflito, sobretudo a conciliação e a mediação, teria unicamente a função de descongestionar o poder judiciário ou teria a finalidade maior de promover a pacificação social?

Dito isso, o presente artigo, Conciliação e Mediação para a Pacificação Social, por meio do método hipotético-dedutivo, com base na pesquisa bibliográfica e pesquisa de campo para coleta de dados estatísticos, tem por objetivo discutir sobre os Métodos Adequados de Solução de Conflito como meios para que se possa sair da cultura do litígio e começar com uma cultura de pacificação social.

Busca-se resolver os pontos basilares para o desenvolvimento do trabalho pelo método hipotético-dedutivo tendo como de partida as normas, como também de casos específicos da Comarca de Marília, com dados estatísticos, documentados frente ao princípio da dignidade da pessoa humana, colocando-se em destaque seu conceito, importância e método adequado na solução de conflitos e seus meios adequados.

2 O CONFLITO

O conflito é inerente à condição humana. Não há como conviver em sociedade ou formar grupos sem a existência de conflito entre as pessoas.

O conflito esta presente em todo e qualquer tipo de relação, seja nas relações familiares, negociais, trabalhistas etc., atingindo dessa forma inúmeros interesses. Não há como por um fim nessas disputas que como dito acima é inerente ao ser humano, sempre existiu e nunca deixará de existir.

Há de se observar que o conflito não é de todo mal para o ser humano, muito pelo contrário, o conflito é necessário e imprescindível para a evolução social, ou seja, é por meio dele que as pessoas passam a defender seus interesses e não ficam submissas a imposições daquele que aparentemente possui maior poder, defendem as lides trabalhistas, consumeristas familiares, enfim, fazem valer todos os seus direitos sobre certa coisa ou situação.

O problema é que as pessoas tendem a polarizar cada vez mais seus desentendimentos, elas por si só, na maioria das vezes, não conseguem solucionar seus problemas, até porque o ser humano tem muita dificuldade de ouvir o outro, ceder ou reconhecer pretensões ou a verdade para que ambos ganhem ou façam algumas abdições.

Quanto às espécies de conflitos, segundo Vasconcelos, eles decorrem da convivência social do homem com suas contradições, podendo ser dividido em quatro espécies que, de regra, incidem cumulativamente, a saber:

- a) Conflito de valores (diferença na moral, na ideologia, na religião);
- b) Conflitos de informação (informação incompleta, distorcida, conotação negativa);
- c) Conflitos estruturais (diferenças nas circunstâncias sociais, políticas e econômicas dos envolvidos); e
- d) Conflito de interesses (reivindicações de bens direitos de interesse comum e contraditório). (VASCONCELOS, 2014, p. 25)

Diante disso, vemos que há uma grande necessidade de lidarmos construtivamente com o conflito, aprender a administrá-lo para que as relações entre as pessoas não sejam rompidas. Conforme Vasconcelos “A paz é um bem precariamente conquistado por pessoas ou sociedades que aprendem a lidar com o conflito” (VASCONCELOS, 2014, p. 24).

3 A PAZ COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL

O direito à paz está entre os direitos de terceira dimensão caracterizados como direitos da fraternidade por Karel Vasak. Paulo Bonavides traz o direito à paz e o classifica como direito de 5ª dimensão. Nas palavras de Bonavides “a ética social da contemporaneidade cultiva a pedagogia da paz. Impulsionada do

mais alto sentimento de humanismo, ela manda abençoar os pacificadores” (BONAVIDES, 2011, p. 593).

A Constituição Federal, no plano das relações internacionais, traz o princípio da solução pacífica dos conflitos (CF, art. 4º, VII) e ainda em seu preâmbulo fala da solução pacífica das controvérsias. Esse princípio, embora trazido pelo citado artigo 4º no plano internacional dos direitos humanos, é princípio que deve também reger a ordem interna nacional, conforme preâmbulo da Constituição que serve como critério interpretativo das normas constitucionais.

Uma das formas onde se tenta pacificar os conflitos e promover a cultura da paz é a conciliação e a mediação, que busca solucionar os conflitos de interesse com maior brevidade, pondo fim nas mazelas e contendas sociais.

A paz é um direito fundamental, pois sem ela as pessoas não convivem, é preciso que haja um direito fraterno como a paz, e que esta seja promovida pelo Estado e pela sociedade. Conforme Pozzoli:

A partir do momento em que houver a conceituação do princípio da fraternidade, estar-se-á evidentemente deixando de lado o que a sociedade pode, externando de forma bem natural a própria fraternidade. Não é salutar que tal naturalidade adentre a legislação; pelo contrário, o direito fraterno é algo que vem de cada um. (POZZOLI, 2010, p. 260).

Não há dúvida de que a paz é um direito fundamental e corolário da dignidade da pessoa humana e deve ser vivida de modo universal, como coloca Bonavides:

Direito a paz, sim. Mas paz em sua dimensão perpétua, à sombra do modelo de Kant. Paz em seu caráter universal, em sua feição agregativa de solidariedade, em seu plano harmonizador de todas as etnias, de todas as culturas, de todos os sistemas, de todas as crenças que a fé e a dignidade do homem propugnam, reivindicam, concretizam e legitimam (BONAVIDES, 2011, p. 591).

4 ACESSO À JUSTIÇA

O princípio garantidor do acesso à justiça está consagrado na Constituição de 1988, artigo 5º, XXXV, enquadrado dentro dos Direitos e Garantias Fundamentais que preceitua “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Diante disso, o Estado assume a responsabilidade de solucionar os conflitos entre as partes, por esse motivo quando falamos em acesso à justiça a primeira coisa que se vem em mente é o acesso formal ao Poder Judiciário para defender interesses próprios.

O artigo 8º da Declaração dos Direitos Humanos diz que “todo ser humano tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela Constituição ou pela lei”.

Inteligência do art. 8º da Declaração de Direitos Humanos ao falar em remédio “efetivo”, o que leva a concluir que não basta uma justiça acessível, mas principalmente que seja efetiva.

De acordo com Carlos Eduardo Vasconcelos:

Três iniciativas ou ondas foram vistas, inicialmente, como as mais básicas no sentido de efetividade do acesso à justiça: a primeira intenta frustrar o obstáculo econômico na fruição dos direitos humanos, o que se viabiliza pela assistência judiciária gratuita para as pessoas de baixa renda. A segunda tem por finalidade combater o obstáculo organizacional, possibilitando a defesa de interesses em grupo, difusos e coletivos por meio de ações populares ou coletivas. Já a terceira onda, objetiva a combater o obstáculo processual de acesso à justiça, mediante a expansão e o reconhecimento dos direitos humanos, postos os meios que reduzam o congestionamento crônico dos sistemas judiciários internos da maioria dos Estados. (VASCONCELOS, 2014, p. 78).

O congestionamento do Poder Judiciário é o ponto crucial que impede o efetivo acesso à justiça, impedindo tutela jurisdicional efetiva, tutela esta que deveria dar a lide não somente uma solução conforme a lei vigente, mas garanti-la com o mínimo de sacrifício e tempo possível.

Como já dito, o que se busca, não é simplesmente acesso ao Poder Judiciário, mas uma justiça justa e efetiva, que resolva não só a lide judicial mais principalmente a lide sociológica, o grande desafio

de fazer com que as relações sejam restauradas na solução dos conflitos. Quando uma lide é resolvida pelo Poder Judiciário se alimenta cada vez mais no ser humano o sentimento de disputa, de querer só ganhar, sem falar na parte que é derrotada e nada ganhou saindo totalmente frustrada e insatisfeita.

Com tudo que se disse leva a crer que o verdadeiro acesso à justiça é quando se tem acesso a uma resolução adequada de conflito, visto que a melhor justiça é aquela em que temos um consenso das partes e uma efetividade no seu procedimento.

5 O CONGESTIONAMENTO DO PODER JUDICIÁRIO

Relatório do Conselho Nacional de Justiça, realizado em 2015, mostrou dados do ano-base 2014, em destaque o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, maior corte do País.

Dos quase 100 milhões de processo no Brasil, o TJSP concentra 26% dos feitos.

Na Justiça Estadual se encontra maior parte dos processos: 81% do movimento judiciário.

O TJSP detém 17% das unidades judiciárias, 26% dos servidores e 29% dos casos novos de toda a Justiça Estadual brasileira.

Outro dado interessante é o empenho da corte paulista para disseminar a cultura da pacificação, o Estado com o maior número de Centro Judiciários de Solução de Conflito e Cidadania (CEJUSC), com 35% do total (o relatório apontou 143 unidades instaladas em São Paulo).

O trabalho desenvolvido pelas unidades do CEJUSC tem mostrado resultado efetivo. Além dos atendimentos pré-processuais, ou seja, tentar solucionar o conflito antes mesmo da instauração do processo, com implementação de uma política de pacificação social, ainda atende e tenta conciliação nos casos onde já existem processos em andamento, e não é só isso, as unidades do CEJUSC ainda prestam serviços de acolhimento e cidadania.

A fim de demonstrar a efetiva atuação do Centro Judiciário de Solução de Conflito, será mostrada planilha de resultados do CEJUSC da cidade de Marília/SP, o qual já foi condecorado, no ano de 2015, pelo Conselho Nacional de Justiça por conta da realização

do primeiro CEJUSC itinerante da história da Justiça do Estado de São Paulo.

O CEJUSC itinerante trata-se de uma mobilização onde com a parceria de outros órgãos, como Ministério Público Federal, que trata de assuntos referentes à esfera federal, por exemplo, INSS e a Prefeitura local, esta última voltada à prestação do serviço de parcelamento de impostos, leva uma prestação jurisdicional às pessoas, atendendo com serviços de conciliação, emissão de documentos, realização de exames mais simples, orientação nutricional entre outras e até mesmo casamento coletivo como já foi realizado. Todos estes serviços são prestados no local onde o CEJUSC itinerante se instala em determinado dia para servir a população, geralmente em escolas e centros comunitários.

Veja abaixo – ANEXO I – os resultados obtidos no CEJUSC de Marília/SP entre os meses de janeiro a dezembro de 2015, na fase pré-processual e pós-processual, apenas com relação às audiências na área de família para que o presente trabalho não se alongue. Essa é uma pequena amostra para mostrar a efetividade dos Centros de Solução de Conflito que também devem obter resultados efetivos nas outras unidades espalhadas pelo Estado, como promover ações cidadãs.

6 MÉTODOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITO

Antes de iniciarmos o estudo de cada método adequado de solução de conflitos, algumas considerações devem ser feitas.

Primeiramente, vale frisar, que a autotutela, imposição pela força ou ameaça para fazer valer o seu direito ou interesse em prejuízo do interesse de outrem, é proibida e até tipificada como crime no Código Penal (art. 345), exceto nas exceções previstas em lei como o estado de necessidade, legítima defesa etc..

Tirando as exceções acima citadas e tratadas na legislação penal como causas excludentes da ilicitude, os meios de composição das lides devem ser tratados pelo Poder Judiciário, órgão do Estado que exerce a função jurisdicional, ou ainda pelos meios alternativos de soluções de conflitos.

A cultura da lide hoje ainda é predominante no nosso país, nas palavras de Carreira Alvim forte em Bacellar “O sistema principal, e o preferido, no Brasil, para a resolução dos conflitos, ainda é o

jurisdicional a cargo dos Juízes togados” (CARREIRA ALVIM, 2000 APUD BACELLAR, 2012, p. 62), não se tem ainda o costume de tentar uma resolução do conflito de uma maneira extrajudicial, a busca pelo Judiciário de uma forma geral é a primeira coisa que se pensa quando se tem uma pretensão resistida da parte adversa. Vivemos em uma cultura de lide, de contestação, de recurso etc.

Embora o que se tenha hoje ainda seja uma cultura de lide, o que se tem buscado demonstrar é a importância da escolha do método mais adequado para a solução de cada conflito.

Ressaltando-se os métodos extrajudiciais, além de serem mais adequados na solução de determinados conflitos, posto que viabilizam as partes a participação ativa na solução de seu conflito, promovem uma restauração dos relacionamentos e uma pacificação social, ainda contribuem para o descongestionamento do Poder Judiciário.

Em Portugal, os julgados da paz são Tribunais com características especiais, competentes para solucionar causas de valor reduzido de natureza cível, excluindo as que envolvam matérias de Direito de Família, Direito das Sucessões e Direito do Trabalho, de forma rápida e custos reduzidos (CRUZ, 2011, p. 39). Esses Tribunais prosseguem a justa composição pela mediação da paz.

Ainda que a passos lentos, os Métodos Extrajudiciais de Solução de Conflito vêm ganhando espaço, mas precisam. Tem se mudado essa cultura de busca valendo-se da força do Poder Judiciário para que as partes harmonizem seus interesses. A partir do momento que as pessoas tem tido conhecimento elas têm buscado os centros de soluções de conflitos, os quais serão mencionados mais adiante.

Vejamos agora cada um desses institutos e suas particularidades.

6.1 DA MEDIAÇÃO

A mediação é sempre feita por um terceiro imparcial que visa a auto composição das partes presando-se a continuidade da relação entre elas.

Ela pode ser feita somente pelo mediador, pessoa treinada com capacitação e autorização para atuar como mediador, podendo haver um co-mediador que auxiliará no processo de mediação.

De acordo com Bacellar:

Como uma primeira noção de mediação, pode se dizer que, além de processo, é arte e técnica de resolução de conflitos intermediada por terceiro mediador (agente público ou privado) – que tem por objetivo solucionar pacificamente as divergências entre pessoas, fortalecendo suas relações (no mínimo, sem qualquer desgaste ou com o menor desgaste possível) preservando os laços de confiança e os compromissos recíprocos que os vinculam (BACELLAR, 2012, p. 85).

E ainda acrescenta o autor que:

Em face da complexidade do conflito e da concepção das pessoas sobre sua ocorrência, a mediação buscará na psicologia, na sociologia, na antropologia, na filosofia, na matemática e na física quântica os conhecimentos que possam fortalecer sua aplicação (BACELLAR, 2012, p. 87).

O mediador, que funcionará como um facilitador do diálogo entre as partes, valendo-se de técnicas, procura deixar as partes o mais à vontade possível, faz-se a sua apresentação, expõe como funcionará a sessão, explica a sua função, recontextualiza o conflito e tenta, sobretudo, a comunicação e o diálogo entre as partes, visando à resolução do conflito com a continuidade da relação positiva entre as partes.

Na mediação, há de se ter em mente que as pessoas em conflito a partir dessa concepção geral (negativa), ao serem recepcionadas, estarão em estado de desequilíbrio, e o desafio do mediador será o de buscar, por meio de técnicas específicas, uma mudança comportamental que ajude os interessados a perceber e a reagir ao conflito de uma maneira mais eficaz (BACELLAR, 2012, p. 86).

Por fim, é importante destacar a observação que BACELLAR faz ao mencionar sobre a lide sociológica que existe no conflito. Uma questão resolvida por meio de uma sentença judicial onde se resolve

processualmente o direito material que ali reside, jamais terá a efetividade de resolver a lide sociológica, o real problema de relacionamento que muitas vezes está por traz de um conflito e obterá a pacificação individual ou social. Diz o autor em sua obra:

A finalidade da medição (nossa posição) é desvendar os interesses (lide sociológica) que de regra estão encobertos pelas posições (lide processual).

As técnicas de um modelo consensual, como as da mediação, possibilitam a investigação dos verdadeiros interesses e conduzem à identificação diferenciada: uma coisa é o “conflito processado”; outra, o “conflito real”.

Portanto, com a mediação, é possível o conhecimento global da causa e a resolução integral do conflito, preservando-se o relacionamento entre os litigantes (BACELLAR, 2012, p. 89).

O CPC de 2015 trouxe expressamente a função do mediador em seu artigo 165:

Art. 165, § 3º: O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

Contudo, vê-se a importância da mediação, não só para ajudar no descongestionamento do Poder Judiciário, mas na implantação de uma cultura de pacificação social, ajudar as partes na solução de seus litígios e dar a oportunidade de elas próprias chegarem a um denominador comum.

Se é certo que há casos que só podem ser decididos pelo juiz, também é verdade que certas situações pelas quais passam as partes, ninguém melhor que elas para decidirem da melhor maneira suas questões.

Além da previsão do Código de Processo Civil, agora a mediação conta com uma lei própria – Lei 13.140/2015 – dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública. Esta lei traz os princípios orientadores da

mediação e regula a figura do mediador e todo o procedimento de mediação.

A lei de mediação supera a visão tradicional de que a Administração Pública não pode se submeter à conciliação ou mediação por conta do princípio da indisponibilidade do interesse público. Agora, a lei 13.140/2015, em seu artigo 32, autoriza a Administração Pública a resolver seus conflitos por meio da conciliação e mediação.

6.2 DA CONCILIAÇÃO

Outro método a ser analisado é conciliação, também meio de solução de conflitos. Nas palavras de Roberto Portugal Bacellar:

Definimos a conciliação (nossa posição) como um processo técnico (não intuitivo), desenvolvido pelo método consensual, na forma auto-compositiva, em que terceiro imparcial, após ouvir as partes, orienta-as, auxilia-as, com perguntas, propostas e sugestões a encontrar soluções (a partir da lide) que possa atender aos seus interesses e as materializa em um acordo que conduz a extinção do processo judicial (BACELLAR, 2012, p. 66).

Acrescenta ainda o mencionado autor:

O foco e a finalidade da conciliação é o alcance de um acordo que possa ensejar a extinção do processo, e para isso foca-se no objeto da controvérsia materializado na lide processual (BACELLAR, 2012. p. 67).

Como se vê por meio da definição acima, a conciliação é focada no acordo, logo, ela é indicada para as situações em que não há um interesse de manter um relacionamento entre as partes tal qual acontece na mediação.

O conciliador, que pode ser qualquer pessoa desde que devidamente qualificada, além de funcionar como um facilitador de diálogo ele pode tomar iniciativa para dar sugestões às partes, fazer recomendações e advertência, tudo para que se consiga chegar a um acordo.

O CPC em vigor de 2015 trouxe expressamente a função do conciliador em seu artigo 165:

Art. 165, § 2º: O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

Há perfeita sintonia entre o conceito doutrinário e o legal, de forma que a conciliação atinja o fim proposto.

6.3 DA ARBITRAGEM

A arbitragem é um instituto do direito regulada pela Lei 9.307/1996, alterada pela Lei 13.129/2015, que ampliou e melhorou o âmbito de aplicação.

Na arbitragem o terceiro escolhido pelas partes é quem vai decidir a controvérsia.

As partes, mediante convenção de arbitragem que pode se dar por cláusula compromissória (firmada antes do surgimento de qualquer conflito) ou ainda por compromisso arbitral (quando há um conflito em que as partes desejam solucionar pela arbitragem), submetem seu conflito a um árbitro particular onde a decisão constituirá sentença arbitral.

Preceitua o artigo 7º, §7º da lei de Arbitragem que: “A sentença que julgar procedente o pedido valerá como compromisso arbitral”.

Além da autonomia da vontade exercida pelas partes ao escolher a forma de solução de seu litígio pela cláusula compromissória, elas poderão escolher um profissional que melhor se adeque para análise do caso em questão, escolhendo um especialista já na área desejada sem ter a necessidade de realizar perícias com profissional específico como seria o caso num processo judicial.

6.4 DA NEGOCIAÇÃO

O último meio de solução de conflitos que será tratado no presente estudo será a negociação.

Segundo a definição de Petronio Calmon:

Negociação é o mecanismo de solução de conflitos com vista à obtenção da autocomposição caracterizado pela conversa direta entre os envolvidos sem qualquer intervenção de terceiro como auxiliar ou facilitador (CALMON, 2013, p. 107).

Note-se que o que a diferencia dos outros institutos acima citados é que na negociação não há intervenção de terceiros, ou seja, as próprias partes tentam negociar para chegarem um acordo.

Continua o Autor dizendo que:

É uma atividade inerente à condição humana, pois o homem tem por hábito apresentar-se diante da outra pessoa envolvida sempre que possui interesse a ela ligado. Ao apresentar-se para demonstrar seu interesse (pretensão) é sempre possível que seja atendido, não se caracterizando a resistência, não havendo o que falar em conflito. Em decorrência da aproximação para demonstrar a pretensão, é natural que havendo resistência (constituindo-se, então, o conflito) se inicie imediatamente o diálogo (o que já caracteriza a negociação) com vistas à solução do conflito. Trata-se então de prática que pode ser pessoal e informal, fazendo parte da natural convivência em sociedade (CALMON, 2013, p. 107).

7 A RESOLUÇÃO 125 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ

A resolução 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça, dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário.

Diante da necessidade de uma política pública de solução de litígios o Conselho Nacional de Justiça criou a resolução 125 com o objetivo de reduzir o congestionamento do judiciário, oferecer outros instrumentos para dirimir os conflitos e disseminar a cultura da pacificação social. A resolução 125 do CNJ determinou a criação de Núcleo Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Litígios

e determina que os centros de solução de conflito atenda as áreas cível, fazendária, previdenciária, de família ou dos Juizados Especiais Cíveis, Criminais e Fazendários.

Confira o que diz a resolução:

Art. 8º. Para atender aos Juízos, Juizados ou Varas com competência nas áreas cível, fazendária, previdenciária, de família ou dos Juizados Especiais Cíveis, Criminais e Fazendários, os Tribunais deverão criar os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania ("Centros"), unidades do Poder Judiciário, preferencialmente, responsáveis pela realização das sessões e audiências de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, bem como pelo atendimento e orientação ao cidadão.

Importante observar que se usou a expressão "tratamento adequado dos conflitos", ou seja, nem todo conflito deve ser tratado da mesma maneira, a intenção é que se tenham múltiplas portas para que o jurisdicionado ao trazer suas disputas ao judiciário tenha a oportunidade de ser direcionado ao processo que lhe seja mais adequado, seja a uma demanda judicial, seja a uma conciliação ou mediação. Nesse sentido dispõe o seu artigo 1º que "fica instituída a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados a sua natureza e peculiaridade".

O primeiro Centro Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania – CEJUSC – foi instalado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que hoje conta com 143 unidades espalhadas pelo Brasil, o qual oferece atendimentos processuais, pré-processuais e de cidadania, inclusive na cidade de Marília, de onde se extrai a estatística colacionada no ANEXO I.

8 CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO NO VIGENTE CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

O Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15) da prevalente importância para a conciliação e a mediação, esse método alternativo de resolução de litígio veio com grande força para o âmbito processual. Foi reservada uma seção, artigos 165 a 175, para tratar dos Conciliadores e Mediadores Judiciais.

O novo CPC/15 logo em seu artigo 3º, §3º preceitua 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”.

Note-se que não é uma faculdade do prestador do direito estimular as partes a uma tentativa de conciliação, o novo código de 2015 traz essa incumbência como um dever, tamanha a importância desses meios de soluções de conflito.

A audiência de conciliação e mediação passará a ser o primeiro ato a ser praticado no processo de acordo com artigo 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.

A de se ressaltar também, que houve o respeito ao princípio da voluntariedade, princípio este que é norteador da mediação, e que está previsto no artigo 2º da Lei 13.140/2015. Por esse princípio deve ser respeitada a vontade das partes em se submeter a uma tentativa de conciliação.

O artigo 166 reconhece esse princípio na medida em que preceitua que: “a conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada”.

Observamos também a presença desse princípio no parágrafo 4º do artigo 334 que enuncia:

A audiência não será realizada: I - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual; e em seu § 5º. O autor deverá indicar, na petição inicial, seu desinteresse na autocomposição, e o réu deverá fazê-lo, por petição, apresentada com 10 (dez) dias de antecedência, contados da data da audiência.

Poucas alterações das leis esparsas, todavia agora estampadas em um Código de Processo, alhures inexistentes.

9 A FUNÇÃO DE CONCILIADOR E MEDIADOR

Os conciliadores e mediadores que tratam de profissionais capacitados para o desempenho de suas funções específicas deverão obedecer aos requisitos estabelecidos na lei bem como terão deveres tais como de imparcialidade e sigilo.

Estabelece o art. 166, § 2º do Código de Processo Civil de 2015 diz que “em razão do dever de sigilo, inerente às suas funções, o conciliador e o mediador, assim como os membros de suas equipes, não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação”.

Isso traz uma segurança para as partes, que poderão se sentir mais a vontade em uma audiência de conciliação ou mediação e expor os fatos que realmente as afligem, viabilizam, contudo, a tentativa de se chegar a um consenso entre elas.

O artigo 167, em seu § 5,º traz credibilidade para o sistema de conciliação e mediação em relação ao mediador/conciliador ao estabelecer que “os conciliadores e mediadores judiciais cadastrados na forma do *caput*, se advogados, estarão impedidos de exercer a advocacia nos juízos em que desempenhem suas funções”.

Traz ainda o novo CPC de 2015 as providências a serem tomadas no caso de impedimento do mediador.

Art. 170. No caso de impedimento, o conciliador ou mediador o comunicará imediatamente, de preferência por meio eletrônico, e devolverá os autos ao juiz do processo ou ao coordenador do centro judiciário de solução de conflitos, devendo este realizar nova distribuição. Parágrafo único. Se a causa de impedimento for apurada quando já iniciado o procedimento, a atividade será interrompida, lavrando-se ata com relatório do ocorrido e solicitação de distribuição para novo conciliador ou mediador.

Sobre o impedimento do mediador ou conciliador que atuou no caso das partes, a regra do artigo 172 é que: “o conciliador e o mediador ficam impedidos, pelo prazo de 1 (um) ano, contado do

término da última audiência em que atuaram, de assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes”.

Verificado que o mediador ou conciliador violou os deveres de confidencialidade ou ainda o dever de sigilos, deveres estes estabelecidos no art. 166, §§ 1º e 2º do CPC de 2015, ou tendo ele atuado em procedimento de mediação ou conciliação apesar de impedido ou suspeito, será ele excluído do cadastro de conciliadores e mediadores, sendo que tais violações serão apuradas em processo administrativo. Pode ainda o Juiz, verificada a atuação inadequada do mediador ou conciliador, afastá-lo de suas atividades por até cento e oitenta dias, fundamentando sua decisão e informando o fato imediatamente ao tribunal para instauração do respectivo processo administrativo, tudo de acordo com o artigo 173 do Novo Código:

Art. 173. Será excluído do cadastro de conciliadores e mediadores aquele que:

I - agir com dolo ou culpa na condução da conciliação ou da mediação sob sua responsabilidade ou violar qualquer dos deveres decorrentes do art. 166, §§ 1º e 2º;

II - atuar em procedimento de mediação ou conciliação, apesar de impedido ou suspeito.

§ 1º. Os casos previstos neste artigo serão apurados em processo administrativo.

§ 2º. O juiz do processo ou o juiz coordenador do centro de conciliação e mediação, se houver, verificando atuação inadequada do mediador ou conciliador, poderá afastá-lo de suas atividades por até 180 (cento e oitenta) dias, por decisão fundamentada, informando o fato imediatamente ao tribunal para instauração do respectivo processo administrativo.

Vê-se que para exercer a função de conciliador e mediador a de se preenchidos requisitos de capacitação profissional e deveres a serem seguidos, deveres esses que quando violados ensejaram a punição do conciliador e mediador com sua exclusão do cadastro de conciliadores e mediadores.

10 CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, vê-se a necessidade de utilizar-se dos Métodos Adequados de Solução de Conflitos, sobretudo a conciliação e a mediação, para a pacificação social. Pelos dados apontados, vê-se que o Poder Judiciário não tem conseguido oferecer

ao jurisdicionado uma prestação jurisdicional efetiva, inclusive, tem-se violado princípios constitucionais, como por exemplo, a razoável duração do processo.

Esse quadro traz a grande necessidade da implantação de uma política pública que deve ser feita pelo Poder Judiciário, e que no caso vem sendo feita e efetivada após a Resolução 125 do CNJ, ao trazer ao jurisdicionado um maior leque de opções quando se diz respeito à solução de seus conflitos.

A negociação, a arbitragem e em especial a conciliação e mediação têm contribuído para desafogar o Poder Judiciário, isso se vê pela pequena amostragem trazida ao presente trabalho de um dos Centros Judiciários de Solução de Conflito, sobretudo, esses métodos vêm para disseminar uma cultura de pacificação social e trazer maior satisfação na medida em que são às próprias partes que decidem conjuntamente e chegam a um acordo.

Não há dúvida que os Métodos Alternativos de Solução de conflito vêm para somar e beneficiar tanto o Poder Judiciário como o jurisdicionado, implantando uma cultura de paz.

REFERÊNCIAS

BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e Arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2011.

CALMON, Petronio. **Fundamentos da Conciliação e Mediação**. 2ª Edição. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

CRUZ, Rossana Martingo. **Mediação Familiar**: limites materiais dos acordos e o seu controle pelas autoridade. Coimbra: Editora Coimbra, 2011.

MORAES, José Luiz Bolzan de e SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e Arbitragem**. 3ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

POZZOLI, Lafayette. Direito como Função Promocional da Pessoa Humana – uma nova ética na hermenêutica. In: SOUZA, Carlos Aurélio Mota de: CAVALCANTI, Thais Novaes (Coord.) **Princípios Humanistas Constitucionais**: reflexões sobre o humanismo do século XXI. São Paulo: Letras Jurídicas, 2010.

SÃO PAULO. TJ/SP. <http://www.tjsp.jus.br/Institucional/CanaisComunicação/Notícias/NotíciasImprimir.aspx?ID=28002&AlbumId=0> Acesso em 01.05.2016.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo. **Mediação de Conflitos**. 3ª Edição. São Paulo: Método, 2014.

ANEXO**DEZEMBRO – 2015**

| FAMÍLIA PRÉ | QUANTIDADE | PERCENTUAL |
|-------------------------------|------------|------------|
| AUDIÊNCIAS FRUTÍFERAS | 712 | 94% |
| AUDIÊNCIAS INFRUTÍFERAS | 46 | 6% |
| TOTAL | 758 | 100% |
| PREJUDICADA AUSÊNCIA DO AUTOR | 15 | |
| PREJUDICADA AUSÊNCIA DO RÉU | 109 | TOTAL |
| PREJUDICADA AUSÊNCIA DE AMBOS | 72 | |
| TOTAL | 196 | 954 |

| FAMÍLIA PÓS | QUANTIDADE | PERCENTUAL |
|----------------------------|------------|------------|
| AUDIÊNCIAS FRUTÍFERAS | 363 | 65% |
| AUDIÊNCIAS INFRUTÍFERAS | 193 | 35% |
| TOTAL | 556 | 100% |
| PREJUDICADA AUSÊNCIA AUTOR | 27 | |
| PREJUDICADA AUSÊNCIA RÉU | 139 | TOTAL |
| PREJUDICADA AUSÊNCIA AMBOS | 74 | |
| TOTAL | 240 | 796 |

NOVEMBRO – 2015

| FAMÍLIA PRÉ | QUANTIDADE | PERCENTUAL |
|-------------------------------|------------|------------|
| AUDIÊNCIAS FRUTÍFERAS | 55 | 90% |
| AUDIÊNCIAS INFRUTÍFERAS | 6 | 10% |
| TOTAL | 61 | 100% |
| PREJUDICADA AUSÊNCIA DO AUTOR | 0 | |
| PREJUDICADA AUSÊNCIA DO RÉU | 14 | TOTAL |
| PREJUDICADA AUSÊNCIA DE AMBOS | 2 | |
| TOTAL | 16 | 77 |

| FAMÍLIA PÓS | QUANTIDADE | PERCENTUAL |
|----------------------------|------------|------------|
| AUDIÊNCIAS FRUTÍFERAS | 36 | 62% |
| AUDIÊNCIAS INFRUTÍFERAS | 22 | 38% |
| TOTAL | 58 | 100% |
| PREJUDICADA AUSÊNCIA AUTOR | 2 | |
| PREJUDICADA AUSÊNCIA RÉU | 10 | TOTAL |
| PREJUDICADA AUSÊNCIA AMBOS | 10 | |
| TOTAL | 22 | 80% |

OUTUBRO – 2015

| FAMÍLIA PRÉ | QUANTIDADE | PERCENTUAL |
|-------------------------------|------------|------------|
| AUDIÊNCIAS FRUTÍFERAS | 63 | 95% |
| AUDIÊNCIAS INFRUTÍFERAS | 3 | 5% |
| TOTAL | 66 | 100% |
| PREJUDICADA AUSÊNCIA DO AUTOR | 2 | |
| PREJUDICADA AUSÊNCIA DO RÉU | 14 | TOTAL |
| PREJUDICADA AUSÊNCIA DE AMBOS | 4 | |
| TOTAL | 20 | 86% |

| FAMÍLIA PÓS | QUANTIDADE | PERCENTUAL |
|----------------------------|------------|------------|
| AUDIÊNCIAS FRUTÍFERAS | 43 | 61% |
| AUDIÊNCIAS INFRUTÍFERAS | 28 | 39% |
| TOTAL | 71 | 100% |
| PREJUDICADA AUSÊNCIA AUTOR | 7 | |
| PREJUDICADA AUSÊNCIA RÉU | 23 | TOTAL |
| PREJUDICADA AUSÊNCIA AMBOS | 14 | |
| TOTAL | 44 | 115 |

SETEMBRO – 2015

| FAMÍLIA PRÉ | QUANTIDADE | PERCENTUAL |
|-------------------------------|------------|------------|
| AUDIÊNCIAS FRUTÍFERAS | 63 | 95% |
| AUDIÊNCIAS INFRUTÍFERAS | 3 | 5% |
| TOTAL | 66 | 100% |
| PREJUDICADA AUSÊNCIA DO AUTOR | 1 | |
| PREJUDICADA AUSÊNCIA DO RÉU | 8 | TOTAL |
| PREJUDICADA AUSÊNCIA DE AMBOS | 3 | |
| TOTAL | 12 | 78% |

| FAMÍLIA PÓS | QUANTIDADE | PERCENTUAL |
|----------------------------|------------|------------|
| AUDIÊNCIAS FRUTÍFERAS | 30 | 65% |
| AUDIÊNCIAS INFRUTÍFERAS | 16 | 35% |
| TOTAL | 46 | 100% |
| PREJUDICADA AUSÊNCIA AUTOR | 4 | |
| PREJUDICADA AUSÊNCIA RÉU | 8 | TOTAL |
| PREJUDICADA AUSÊNCIA AMBOS | 8 | |
| TOTAL | 20 | 66% |

AGOSTO – 2015

| FAMÍLIA PRÉ | QUANTIDADE | PERCENTUAL |
|-------------------------------|------------|------------|
| AUDIÊNCIAS FRUTÍFERAS | 111 | 98% |
| AUDIÊNCIAS INFRUTÍFERAS | 2 | 2% |
| TOTAL | 113 | 100% |
| PREJUDICADA AUSÊNCIA DO RÉU | 9 | |
| PREJUDICADA AUSÊNCIA DE AMBOS | 9 | TOTAL |
| TOTAL | 20 | 133 |

| FAMÍLIA PÓS | QUANTIDADE | PERCENTUAL |
|----------------------------|------------|------------|
| AUDIÊNCIAS FRUTÍFERAS | 45 | 68% |
| AUDIÊNCIAS INFRUTÍFERAS | 21 | 32% |
| TOTAL | 66 | 100% |
| PREJUDICADA AUSÊNCIA AUTOR | 1 | |
| PREJUDICADA AUSÊNCIA RÉU | 15 | TOTAL |
| PREJUDICADA AUSÊNCIA AMBOS | 6 | |
| TOTAL | 22 | 88 |

JULHO – 2015

| FAMÍLIA PRÉ | QUANTIDADE | PERCENTUAL |
|----------------------------|------------|------------|
| AUDIÊNCIAS FRUTÍFERAS | 24 | 92% |
| AUDIÊNCIAS INFRUTÍFERAS | 2 | 8% |
| TOTAL | 26 | 100% |
| PREJUDICADA AUSÊNCIA AUTOR | 0 | |
| PREJUDICADA AUSÊNCIA RÉU | 5 | TOTAL |
| PREJUDICADA AUSÊNCIA AMBOS | 6 | |
| TOTAL | 11 | 37 |

| FAMÍLIA PÓS | QUANTIDADE | PERCENTUAL |
|----------------------------|------------|------------|
| AUDIÊNCIAS FRUTÍFERAS | 30 | 73% |
| AUDIÊNCIAS INFRUTÍFERAS | 11 | 27% |
| TOTAL | 41 | 100% |
| PREJUDICADA AUSÊNCIA AUTOR | 3 | |
| PREJUDICADA AUSÊNCIA RÉU | 11 | TOTAL |
| PREJUDICADA AUSÊNCIA AMBOS | 8 | |
| TOTAL | 22 | 63 |

JUNHO – 2015

| FAMÍLIA PRÉ | QUANTIDADE | PERCENTUAL |
|----------------------------|------------|------------|
| AUDIÊNCIAS FRUTÍFERAS | 46 | 85% |
| AUDIÊNCIAS INFRUTÍFERAS | 8 | 15% |
| TOTAL | 54 | 100% |
| PREJUDICADA AUSÊNCIA AUTOR | 1 | |
| PREJUDICADA AUSÊNCIA RÉU | 12 | TOTAL |
| PREJUDICADA AUSÊNCIA AMBOS | 8 | |
| TOTAL | 21 | 75 |

| FAMÍLIA PÓS | QUANTIDADE | PERCENTUAL |
|----------------------------|------------|------------|
| AUDIÊNCIAS FRUTÍFERAS | 20 | 51% |
| AUDIÊNCIAS INFRUTÍFERAS | 19 | 49% |
| TOTAL | 39 | 100% |
| PREJUDICADA AUSÊNCIA AUTOR | 0 | |
| PREJUDICADA AUSÊNCIA RÉU | 12 | TOTAL |
| PREJUDICADA AUSÊNCIA AMBOS | 5 | |
| TOTAL | 17 | 56 |

MAIO – 2015

| FAMÍLIA PRÉ | QUANTIDADE | PERCENTUAL |
|----------------------------|------------|------------|
| AUDIÊNCIAS FRUTÍFERAS | 96 | 94% |
| AUDIÊNCIAS INFRUTÍFERAS | 6 | 6% |
| TOTAL | 102 | 100% |
| PREJUDICADA AUSÊNCIA AUTOR | 2 | |
| PREJUDICADA AUSÊNCIA RÉU | 6 | TOTAL |
| PREJUDICADA AUSÊNCIA AMBOS | 6 | |
| TOTAL | 14 | 116 |

| FAMÍLIA PÓS | QUANTIDADE | PERCENTUAL |
|----------------------------|------------|------------|
| AUDIÊNCIAS FRUTÍFERAS | 31 | 84% |
| AUDIÊNCIAS INFRUTÍFERAS | 5 | 14% |
| TOTAL | 36 | 100% |
| PREJUDICADA AUSÊNCIA AUTOR | 1 | |
| PREJUDICADA AUSÊNCIA RÉU | 8 | TOTAL |
| PREJUDICADA AUSÊNCIA AMBOS | 5 | |
| TOTAL | 14 | 50 |

ABRIL – 2015

| FAMÍLIA PRÉ | QUANTIDADE | PERCENTUAL |
|----------------------------|------------|------------|
| AUDIÊNCIAS FRUTÍFERAS | 49 | 96% |
| AUDIÊNCIAS INFRUTÍFERAS | 2 | 4% |
| TOTAL | 51 | 100% |
| PREJUDICADA AUSÊNCIA AUTOR | 1 | |
| PREJUDICADA AUSÊNCIA RÉU | 7 | TOTAL |
| PREJUDICADA AUSÊNCIA AMBOS | 6 | |
| TOTAL | 14 | 65 |

| FAMÍLIA PÓS | QUANTIDADE | PERCENTUAL |
|----------------------------|------------|------------|
| AUDIÊNCIAS FRUTÍFERAS | 24 | 59% |
| AUDIÊNCIAS INFRUTÍFERAS | 17 | 41% |
| TOTAL | 41 | 100% |
| PREJUDICADA AUSÊNCIA AUTOR | 3 | |
| PREJUDICADA AUSÊNCIA RÉU | 13 | TOTAL |
| PREJUDICADA AUSÊNCIA AMBOS | 2 | |
| TOTAL | 18 | 59 |

MARÇO – 2015

| FAMÍLIA PRÉ | QUANTIDADE | PERCENTUAL |
|----------------------------|------------|------------|
| AUDIÊNCIAS FRUTÍFERAS | 65 | 93% |
| AUDIÊNCIAS INFRUTÍFERAS | 5 | 7% |
| TOTAL | 70 | 100% |
| PREJUDICADA AUSÊNCIA AUTOR | 3 | |
| PREJUDICADA AUSÊNCIA RÉU | 12 | TOTAL |
| PREJUDICADA AUSÊNCIA AMBOS | 10 | |
| TOTAL | 25 | 95 |

| FAMÍLIA PÓS | QUANTIDADE | PERCENTUAL |
|----------------------------|------------|------------|
| AUDIÊNCIAS FRUTÍFERAS | 34 | 67% |
| AUDIÊNCIAS INFRUTÍFERAS | 17 | 33% |
| TOTAL | 51 | 100% |
| PREJUDICADA AUSÊNCIA AUTOR | 4 | |
| PREJUDICADA AUSÊNCIA RÉU | 7 | TOTAL |
| PREJUDICADA AUSÊNCIA AMBOS | 3 | |
| TOTAL | 14 | 65 |

FEVEREIRO – 2015

| FAMÍLIA PRÉ | QUANTIDADE | PERCENTUAL |
|----------------------------|------------|------------|
| AUDIÊNCIAS FRUTÍFERAS | 73 | 92% |
| AUDIÊNCIAS INFRUTÍFERAS | 6 | 8% |
| TOTAL | 79 | 100% |
| PREJUDICADA AUSÊNCIA AUTOR | 2 | |
| PREJUDICADA AUSÊNCIA RÉU | 10 | TOTAL |
| PREJUDICADA AUSÊNCIA AMBOS | 7 | |
| TOTAL | 19 | 98 |

| FAMÍLIA PÓS | QUANTIDADE | PERCENTUAL |
|----------------------------|------------|------------|
| AUDIENCIAS FRUTÍFERAS | 21 | 64% |
| AUDIENCIAS INFRUTÍFERAS | 12 | 36% |
| TOTAL | 33 | 100% |
| PREJUDICADA AUSÊNCIA AUTOR | 1 | |
| PREJUDICADA AUSÊNCIA RÉU | 13 | TOTAL |
| PREJUDICADA AUSÊNCIA AMBOS | 4 | |
| TOTAL | 18 | 51 |

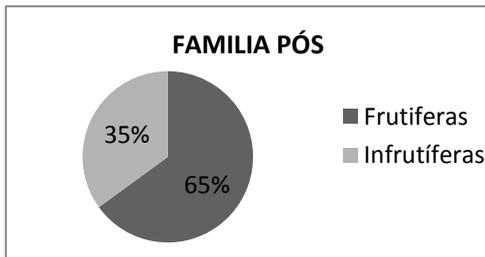
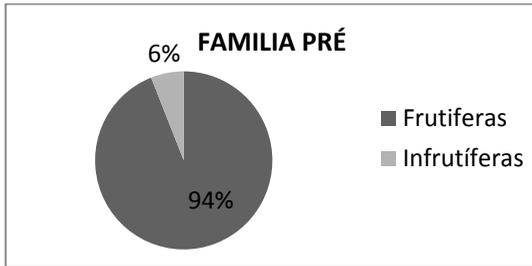
JANEIRO – 2015

| FAMÍLIA PRÉ | QUANTIDADE | PERCENTUAL |
|----------------------------|------------|------------|
| AUDIENCIAS FRUTÍFERAS | 34 | 94% |
| AUDIENCIAS INFRUTÍFERAS | 2 | 6% |
| TOTAL | 36 | 100% |
| PREJUDICADA AUSÊNCIA AUTOR | 1 | |
| PREJUDICADA AUSÊNCIA RÉU | 8 | TOTAL |
| PREJUDICADA AUSÊNCIA AMBOS | 6 | |
| TOTAL | 15 | 51 |

| FAMÍLIA PÓS | QUANTIDADE | PERCENTUAL |
|----------------------------|------------|------------|
| AUDIENCIAS FRUTÍFERAS | 32 | 71% |
| AUDIENCIAS INFRUTÍFERAS | 13 | 29% |
| TOTAL | 45 | 100% |
| PREJUDICADA AUSÊNCIA AUTOR | 1 | |
| PREJUDICADA AUSÊNCIA RÉU | 11 | TOTAL |
| PREJUDICADA AUSÊNCIA AMBOS | 5 | |
| TOTAL | 17 | 62 |

TOTAL GERAL

| FAMILIA PRÉ-ROCESSUAL | | PREJUDICADA | | | FAMILIA PÓS-PROCESSUAL | | PREJUDICADA | | |
|-----------------------|-------------|-------------|-----|-------|------------------------|-------------|-------------|-----|-------|
| Frutífera | Infrutífera | Autor | Réu | Ambos | Frutífera | Infrutífera | Autor | Réu | Ambos |
| 1391 | 91 | 30 | 214 | 139 | 709 | 374 | 54 | 270 | 144 |



A COOPERAÇÃO PROCESSUAL COMO INSTRUMENTO DA PAZ

*Marcela Pradella Bueno*⁹

*Hugo Rafael Pires dos Santos*¹⁰

1 INTRODUÇÃO

Em um tempo de crise de representatividade política, de lembranças de um passado bom ou ruim, de indignações do presente e de incertezas para o futuro, os ânimos parecem mesmo acirrados para toda e qualquer discussão proposta, seja de cunho público ou particular, de tal maneira que os problemas políticos e sociais do País, somados às desventuras diuturnas de cada indivíduo, têm o condão de distanciar cada vez mais o objetivo comum perseguido por todos: a paz.

Isso porque, os caminhos que levam à paz não são os mesmos para todos, pois se encontram internalizados no âmago de cada pessoa, ou seja, é a cada um que incumbe descobrir e fazer reinar sua paz interior, uma vez que não é possível esperá-la no outro se antes não havê-la por certa e bem definida em si. Assim, favorecidos por fatores externos, os homens tendem a conviver cada vez mais dissociados da paz, sob a agravante de atribuir ao outro aquilo que deveras não resta assente em seu próprio espírito.

Nessa senda de desencontros da paz e de conflitos interpessoais, o Poder Judiciário se revela como o centro de resolução dos problemas que as relações cotidianas apresentam com

⁹ Pós-Graduada em Direito do Estado pelo PROJURIS/FIO (2015-2016); Graduada em Direito pelas Faculdades Integradas de Ourinhos – FIO (2014); Advogada.

¹⁰ Mestrando em Direito pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília - UNIVEM (2016-2017); Especialista em Direito Civil/Processual Civil pelo PROJURIS/FIO (2015); Graduado em Direito pelas Faculdades Integradas de Ourinhos - FIO (2015); Graduado em Letras/Literatura pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP (2009); Advogado.

uma criatividade surpreendente. E se os ânimos já estão acirrados fora da esfera judiciária, a judicialização do conflito potencializa, no mais das vezes, a animosidade entre as partes litigantes, como algo inexplicável ou, como diriam os mais supersticiosos, até mesmo sobrenatural.

Sendo o Poder Judiciário o centro de resolução dos conflitos, o processo se apresenta como o instrumento utilizado para a busca da efetiva resposta de mérito justa e, por conseguinte, da pacificação social, a qual será alcançada à medida que houver a valorização dos princípios encartados na Constituição de 1988, dentre os quais se podem destacar a boa-fé processual, a solidariedade social, a dignidade da pessoa humana e o devido processo legal.

Ante a previsão legal estampada no Código de Processo Civil/2015, e considerando a busca pela paz, merece realce a abordagem acerca do modelo processual cooperativo como relevante instrumento para a pacificação social, pelo que o presente trabalho se propará a analisar a matéria desde os aspectos históricos atinentes à convivência entre sociedade e direito, para em seguida tratar da instrumentalidade das formas, do processo e do sistema processual, sem prejuízo da análise dos modelos processuais adversarial e inquisitivo, com o fito de se perquirir, por fim, até que ponto a cooperação no processo terá efetiva aplicabilidade.

Seria o modelo processual cooperativo vetor da paz ou apenas elucubração doutrinária sem qualquer eficácia? Como fazer que as partes cooperem entre si, se o processo traz consigo a flâmula da discórdia e dos interesses contrapostos? Se alcançada a cooperação, estariam as partes abdicando de seus direitos materiais? Estariam os advogados cooperadores prejudicando a defesa de seus clientes?

Nesse emaranhado que se apresenta, o presente artigo se valerá do método hipotético-dedutivo para tecer considerações em torno de tais questões, verdadeiros problemas para a efetiva aplicação do princípio em comento, a partir da pesquisa doutrinária sobre a matéria, como forma de se angariar melhor análise do tema.

2 A SOCIEDADE E O DIREITO: ASPECTOS HISTÓRICOS

Falar de sociedade é também falar de direito, ao passo que falar em direito também é falar de sociedade, consoante já definido

pelos velhos brocardos latinos *ubi societas ibi jus* (não há sociedade sem direito) e *ubi jus ibi societas* (não há direito sem sociedade).

Poder-se-ia, contudo, questionar-se acerca da causa dessa correlação entre sociedade e direito, de sorte que a teoria geral do processo informa que a causa primária estaria ligada à “função que o direito exerce na sociedade: a função ordenadora, isto é, de coordenação dos interesses que se manifestam na vida social, de modo a organizar a cooperação entre as pessoas e compor os conflitos (...)” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009, p. 25).

Por outras palavras, o direito só tem razão de existir se for para regular, ordenar e coordenar a vida dos indivíduos em sociedade, seus interesses patrimoniais ou não patrimoniais, os conflitos que porventura se apresentem, bem assim a necessária harmonia social. Logo, o direito só existe se antes existir sociedade, de modo que a sociedade também não sobreviveria sem a existência do direito.

Não obstante, o homem primitivo valorizava sobretudo a liberdade de poder reger-se de acordo com suas vontades e convicções, sendo que não havia, àquela época, a figura de um juiz, tampouco a de um Estado para regular a convivência social, de modo que quando surgia um conflito de interesses entre os membros da sociedade, os quais naturalmente confiavam em suas próprias razões, prevalecia unicamente a força física para que se vencesse o “inimigo” e se obtivesse êxito na satisfação dos interesses individuais.

Com base nas lições extraídas da doutrina:

A esse regime chama-se *autotutela* (ou autodefesa) e hoje, encarando-a do ponto-de-vista da cultura do século XX, é fácil ver como era precária e aleatória, pois não garantia a justiça, mas a vitória do mais forte, mais astuto ou mais ousado sobre o mais fraco ou mais tímido (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009, p. 27).

Tratava-se, pois, de autodefesa dos próprios interesses, o que se lastreava na liberdade extravagante e ilimitada de cada pessoa poder agir conforme lhe aprouvesse, ou conforme lhe parecesse justo, sem a necessidade de obedecer a normas ou a mandamentos judiciais. Sem prejuízo, a autocomposição também representava forma de resolução dos conflitos por decisão das próprias partes, mas sem a disputa propriamente dita, dado que se

compunha (e ainda se compõe...) da *renúncia* ou *desistência*, da *submissão* ou *reconhecimento* do direito de outrem, bem como da *transação* ou *autocomposição em sentido estrito* (RODRIGUES; LAMY, 2012, p. 12).

Com o passar do tempo, o homem começou a perceber que a liberdade natural não lhe assegurava segurança alguma, pois a qualquer momento o sujeito mais forte ou mais destemido poderia tomar-lhe o patrimônio ou tirar-lhe a vida sem qualquer justificativa, razão pela qual se fez necessária a regularização e a institucionalização do poder a um ente que estivesse acima das partes, ou seja, ao Estado.

Segundo Hans Kelsen, necessariamente deve haver um Estado, um Estado que possua regras, ou seja, deve haver um poder para comandar e controlar as relações do homem em sociedade. Ademais, se a sociedade deve existir como sistema distinto da natureza, a norma acaba por se opor à lei causal, uma vez que a “volta à natureza” implica na libertação dos vínculos sociais, ao passo que a ascensão à sociedade significa libertação do estado de natureza (2000, p. 28).

Diante disso, com o intuito de estabelecer a liberdade como fundamento da organização social, o homem abdicou de sua liberdade em estado natural para então atribuir, aos poucos e não de forma gradativa e cronológica, ao Estado o poder de instituir as regras sociais, as normas de controle, isto é, o Direito. Como fortalecimento do Estado, as decisões decorrentes da jurisdição conferida aos juízes passam a ter força imperativa e autoridade perante as partes e a sociedade.

Através da jurisdição, o processo começa a ocupar papel de relevo na sociedade, firmando-se como instrumento para a pacificação social. A propósito, a jurisdição está vinculada a três escopos pretendidos pelo Estado: *sociais*, *políticos* e *jurídico*.

Em poucas palavras, o escopo social é a busca pela eliminação de conflitos e conseqüente pacificação social; o escopo político representa a legitimação da atuação do Estado, por meio do poder que lhe é conferido; por fim, o escopo jurídico está associado à tarefa de melhor aplicar o processo ao caso concreto, para tanto, debruça-se sobre a análise dos institutos processuais e seu desenvolvimento, a fim de atingir os objetivos mais amplos do

processo, quais sejam os escopos sociais e políticos, os quais, por sinal, são exteriores ao processo (BUENO, 2010, p. 87).

De um salto na história, no Brasil, por conta de um processo de releitura das garantias fundamentais e constitucionalização do direito a partir da irradiação dos efeitos das normas ou valores constitucionais a toda à ordenação jurídica do País (SILVA, 2011, p. 38), houve a partir de 1988 uma “crescente intervenção judicial na vida brasileira” (BARROSO, *online*). Interessante notar que, se a princípio o homem primitivo resolvia diretamente as suas desavenças, hodiernamente o que se vê é a tendência cada vez maior de intervenção do Poder Judiciário na resolução dos mais diversos, significantes ou insignificantes conflitos, notadamente no Brasil.

3 A INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS, DO PROCESSO E DO SISTEMA PROCESSUAL

Diz-se que o processo é mero instrumento a serviço do direito material, sendo necessário que tanto legislador quanto atores do Direito tomem consciência de tal premissa, como forma de se garantir o pleno alcance ao direito supostamente infringido. No entanto, é preciso tecer considerações acerca do que vêm a ser *instrumentalidade das formas, instrumentalidade do processo e instrumentalidade do sistema processual*.

Cândido Rangel Dinamarco ensina que é demasiado simplório considerar o processo como mero instrumento do direito material, sem indicar os objetivos externos por ele perseguidos, visto que todo processo, como meio, necessariamente deve estar vinculado aos fins a que se destina. Tais fins são os mesmos da jurisdição, pelo que se cobra do processualista moderno a “indispensável visão orgânica da interação entre o social, o político e o jurídico” (DINAMARCO, 1988, p. 149/154).

Aqui, o autor está considerando o *processo* como expressão do próprio *sistema processual*, ou seja, em seu aspecto exterior. Portanto, nesse aspecto, o sistema processual serve como instrumento não só para o alcance do direito material pretendido pela parte, como também da pacificação e da harmonia social, do bem comum e da justiça.

Sem embargo, o processo visto em seu interior se compõe do conjunto ordenado dos atos e procedimentos judiciais, contudo não

pode ser entendido como um fim em si mesmo, porque está a serviço do direito material, bem assim “constitui o método estabelecido pelo direito para que a jurisdição seja exercida de modo correto, adequado e seguro (...)” (DINAMARCO, 1998, p. 266).

Neste sentido, Marcus Vinicius Rios Gonçalves leciona que:

O processo nunca é um fim em si mesmo. Ninguém ingressa em juízo tão somente para obtê-lo. Constitui apenas o instrumento utilizado pela jurisdição, para aplicar a lei ao caso concreto. Daí que deve atender, da melhor maneira possível, a sua finalidade, qual seja, fazer valer o direito da parte, que o entende violado. O processo deve amoldar-se à pretensão de direito material que se busca satisfazer (2012, p. 160).

Dessarte, do ponto de vista endo-sistemático, o processo representa apenas e tão somente um instrumento a serviço do direito material, conforme consignado alhures. De mais a mais, merece atenção a *instrumentalidade das formas*, que não se confunde com a instrumentalidade do processo, tampouco com a instrumentalidade do sistema processual, pois é parte intrínseca do processo enquanto conjunto dos procedimentos, isto é, se além aos vícios porventura surgidos na marcha processual, como instrumento a serviço dos objetivos perseguidos pelas partes e coordenados pelo juiz (DINAMARCO, 1988, p. 266).

O Código de Processo Civil/2015 informa tal instrumentalidade das formas na regra do artigo 188, a saber: “Os atos e os termos processuais independem de forma determinada, salvo quando a lei expressamente a exigir, considerando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial”.

Em sede de conclusão de tudo o quanto exposto, é preciso compreender que as formas compõem o processo visto como conjunto de formas ordenadas no procedimento, esse se presta como ferramenta da jurisdição, ao passo que essa cumpre tarefas em face da sociedade e do Estado, a justificar a existência do Direito e, por via de consequência, a existência do sistema processual, que possui escopos idênticos aos da jurisdição.

4 MODELOS PROCESSUAIS: A DIVISÃO DO TRABALHO NO PROCESSO

Se o homem primitivo não se submetia a nenhuma regra estatal, porque não existia à época um Estado, e se aos poucos o homem foi percebendo que os problemas de sua vida não poderiam mais ser resolvidos diretamente entre as partes, sem a presença de um terceiro imparcial para julgar e fazer valer a decisão, chegou-se a um tempo em que o Estado se pronunciava perante as partes através do poder jurisdicional a ele conferido, de tal sorte que o processo, consoante asseverado alhures, é o meio (instrumento) pelo qual se busca a pacificação social.

Dessarte, cumpre estabelecer algumas considerações em torno dos modelos processuais já vistos na história da humanidade, dentre os quais se pode destacar os modelos adversarial, inquisitivo e cooperativo. No primeiro tópico, tratar-se-á dos modelos adversarial e inquisitivo, para depois ater-se à análise do modelo cooperativo a partir de uma leitura neoconstitucional do princípio da cooperação.

4.1 OS MODELOS PROCESSUAIS ADVERSARIAL E INQUISITIVO

Brevemente, e apenas para situar o leitor ao enfoque que se busca dar ao presente artigo, o modelo adversarial é aquele em que as partes assumem papel de destaque na disputa do direito em litígio, de modo que o juiz não exerce papel principal nesse modelo, restando-lhe apenas e tão somente o dever de julgar, haja vista que o protagonismo se resume às partes, as quais terão o compromisso de encaminhar o rumo do processo.

De outra banda, o modelo processual inquisitivo está centrado, principalmente, na conferência de poderes maiores ao juiz, ou seja, já não se fala mais aqui em protagonismo das partes, mas sim em relevo à atividade do próprio juiz no curso do processo.

Fredie Didier Jr. leciona que o modelo adversarial está consubstanciado sobre o princípio dispositivo, porque confere às partes a maior parte as principais tarefas processuais, ao passo que o modelo inquisitivo se lastreia no princípio inquisitivo, uma vez que as principais tarefas processuais são atribuídas ao juiz (2010, p. 74-75).

Ainda na esteira do que leciona Fredie Didier Jr.:

A “dispositividade” e a “inquisitividade” podem manifestar-se em relação a vários temas: a) instauração do processo; b) produção de provas; c) delimitação do objeto litigioso (questão discutida no processo); d) análise de questões de fato e de direito; e) recursos etc. (2010, p. 75).

De fato, a forma como o legislador prevê a instauração do processo, a produção de provas, a delimitação do objeto litigioso, a disposição das questões de fato e de direito e os recursos, por exemplo, serve para distinguir um modelo do outro, sem prejuízo da interação entre o modelo adversarial e o inquisitivo, dado que não se exige uma postura inflexível na execução de tais procedimentos (MOREIRA, 2004, p. 53).

Afora os aspectos históricos relacionados ao tema (vez que não é esse o foco da presente pesquisa), salutar os ensinamentos de Barbosa Moreira (2004. 117) e José Roberto dos Santos Bedaque (2001, p. 90), a partir dos quais se pode concluir que os princípios dispositivo e inquisitivo estão ligados à questão de direito material, de modo que o modelo processual adversarial estaria firmado sobre o princípio dispositivo e, portanto, relacionado a direito disponível da parte, ao passo que o sistema inquisitivo estaria consubstanciado em direito indisponível, daí por que se fala que ambos modelos podem e devem ser utilizados de maneira concomitante pelo Estado-Juiz, pois não estão vinculados à matéria processual propriamente dita.

4.2 O MODELO PROCESSUAL COOPERATIVO: A COOPERAÇÃO PROCESSUAL A PARTIR DE UMA LEITURA (NEO)CONSTITUCIONAL

A cooperação processual finca raízes em fundamentos constitucionais, logo, mesmo antes da previsão expressa no CPC/2015 era plenamente possível extraí-la dos princípios da boa-fé processual, da solidariedade social, da dignidade da pessoa humana e do devido processo legal.

Lorena Barreiros escreve que:

A ideia central desse modelo consiste na transformação do processo em uma verdadeira comunidade de trabalho (*Arbeitsgemeinschaft*), capaz de albergar, ao mesmo tempo, um magistrado de feição atuante na condução do processo e partes igualmente ativas, colaboradoras

para o alcance do resultado final pretendido: a justa solução da controvérsia em tempo razoável. Sem desprezar a realidade de que o processo envolve, como regra, interesses conflitantes, busca estabelecer uma disputa leal e capaz de conduzir a um resultado substancial e processualmente justo (BARREIROS, 2013, p. 179).

Fala-se em comunidade de trabalho porque tal modelo cria verdadeiramente um espaço harmônico de divisões de tarefas no processo, em que as partes passam a ter poder de influência sobre o rumo da decisão, sem que a cooperação extinga a intrínseca disputa que o processo gera.

Sendo assim, o modelo cooperativo descentraliza o poder unitário do juiz no processo, de tal sorte que se passa a ter uma dinâmica mais democrática na relação entre o magistrado e as partes, a isto de chama de policentrismo processual, reflexo, portanto, da democratização do processo.

Vê-se, portanto, que enquanto o sistema adversarial se lastreia no destaque dado à atuação das partes e o inquisitorial se estabelece nos poderes conferidos ao juiz, o sistema cooperativo harmoniza a atuação das partes e do juiz, consoante, inclusive, já prevê a Constituição de 1988.

Ainda na esteira do que escreve Lorena Barreiros:

Nem às partes nem ao juiz se reserva o papel primordial do processo. Àquele remanescem, como não poderia deixar de ser, a condução formal do processo e o poder decisório. Certos poderes de condução material do processo igualmente lhe são reservados, como os de iniciativa probatória, por exemplo. Às partes, a seu turno, são legadas especialmente a iniciativa de instauração do feito e a delimitação do objeto litigioso do processo. O diferencial do modelo cooperativo, todavia, reside na previsão de deveres cooperação, tanto das partes para com o juiz como deste para com as partes, além de deveres direcionados a outros participantes do processo, a exemplo do advogado, de testemunhas, de auxiliares da justiça etc. Todos devem colaborar para o atingimento da justa composição do litígio (BARREIROS, 2013, p. 179).

Por outros termos, o modelo cooperativo congratula o princípio do contraditório pleno, dinâmico e substancial, dado que valoriza sobretudo a participação das partes na elaboração da decisão judicial.

Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero:

O modelo de processo pautado pela colaboração visa a outorgar *nova dimensão ao papel do juiz na condução do processo*. O juiz do processo cooperativo é um juiz isonômico na sua condução e assimétrico apenas quando impõe suas decisões. *Desempenha duplo papel: é paritário no diálogo e assimétrico na decisão* (2015, p. 496).

De fato, não pode haver simetria na decisão, vez que uma parte sairá vencedora em relação à outra, também não significa dizer que os litigantes emanarão a decisão em conjunto com o juiz, absolutamente não é essa a ideia, mas o modelo cooperativo revitaliza no processo princípios constantes da Constituição, a fim de que o conflito de interesses não expurgue a boa-fé, a lealdade, a dignidade do outro, a solidariedade e o devido processo legal.

4.3 DEVERES DE COOPERAÇÃO: JUIZ E PARTES

O dever de cooperação processual, corolário de uma sociedade democrática, esta vinculado a deveres dirigidos ao juiz e também a deveres que se destinam às partes. Pode-se dizer que em relação ao juiz a cooperação se compõe de quatro deveres, quais sejam: i) dever de esclarecimento; ii) de diálogo; iii) de prevenção e iv) de auxílio. Já em relação às partes, conforme bem leciona Fredie Didier Jr., a cooperação está centrada sobre os deveres de *esclarecimento, lealdade e proteção*.

4.3.1 Deveres cooperativos do juiz

O dever de esclarecimento possui caráter dúplice, visto que se vincula tanto ao juiz quanto às partes. Com efeito, está o juiz obrigado a buscar e também a prestar esclarecimentos junto às partes, a exemplo do que menciona o § 1º do artigo 357 do Código de Processo Civil/2015¹¹, de modo que em contrapartida as partes

¹¹ “Art.357. (...). § 1º Realizado o saneamento, as partes têm o direito de pedir esclarecimentos ou solicitar ajustes, no prazo comum de 5 (cinco) dias, findo o qual a decisão se torna estável”.

igualmente devem prestar os esclarecimentos exigidos pelo juiz, conforme determinação do inciso VIII do artigo 139 do Novo CPC.¹²

Observa-se, pois, que o dever de esclarecimento é reflexo do Estado Democrático de Direito, uma vez que está firmado na necessária informação, indicação e explicação dos atos que vinculam os interesses das partes, a estabelecer como objetivo comum o exaurimento justo da matéria sobre a qual se litiga.

No que concerne ao dever de diálogo, igualmente consentâneo de uma democracia solidificada e participativa, pode-se dizer que se resume ao dever do juiz em consultar as partes, de buscar o legítimo diálogo entre os sujeitos do processo, de proporcionar efetiva participação dos litigantes e também da sociedade (a exemplo do *amicus curiae*), como formas de se evitar *decisões-surpresa* no processo e, sobretudo, de propiciar decisões efetivamente debatidas e justas.

O dever de prevenção, por sua vez, implica no dever do juiz de apontar eventuais falhas ou equívocos presentes nas petições (DIDIER, 2010), além do dever de prevenir ou reprimir atos contrários à dignidade da justiça, bem assim indeferir manifestações com intuito meramente protelatório, de acordo com o que determina o inciso III do artigo 139 do Novo CPC.¹³

Quanto ao dever de auxílio ou de assistência, deve-se dizer que, tal como os anteriormente mencionados, o dever de auxílio está intrinsecamente atrelado ao princípio da cooperação entre os sujeitos do processo, especialmente na cooperação que se espera do próprio juiz para com os litigantes, de tal modo que auxiliar implica na ideia de possibilitar que as partes superem obstáculos impeditivos do alcance à resolução do mérito, nos termos do artigo 6º do Novo Código de Processo Civil.

¹² Nos termos do artigo 139, inciso VIII, do NCPC: “O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: VIII – determinar, a qualquer tempo, o comparecimento pessoal das partes, para inquiri-las sobre os fatos da causa, hipótese em que não incidirá a pena de confesso”.

¹³ “Art. 139 (...). III – prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça e indeferir postulações meramente protelatórias”.

4.3.2 Deveres cooperativos das partes

De acordo com o que fora esposado alhures, as partes têm o dever de observarem os deveres de *esclarecimento*, de *lealdade* e de *proteção* (DIDIER JUNIOR, 2010, p. 79). O dever de esclarecimento vincula-se à ideia de obrigação de prestar esclarecimentos quando exigidos pelo juiz, bem assim o dever dos advogados em homenagear a clareza, a coerência, a objetividade e a boa escrita na produção das petições, sob pena de ser indeferida pela inépcia e também pela falta de lógica entre os fatos narrados e a conclusão, o que significa dizer que deverá estar a petição lastreada na coerência textual e na boa escrita (art. 330, incisos I e II, CPC/2015).

Nem seria preciso dizer que os litigantes devem observar a lealdade, a boa-fé, a probidade, a honestidade também no âmbito do processo, vez que não só a lei e a Constituição apregoam tais preceitos, como também a própria família, a escola, o meio social, malgrado na sociedade brasileira haja tantos fatos lamentáveis de descumprimento a princípios tão basilares.

Neste sentido, segue ensinamento apregoadado pela doutrina processualista:

Como se sabe, embora as partes defendam interesses antagônicos, o processo deve ser visto também como instrumento ético e de cooperação entre os sujeitos envolvidos na busca de uma solução justa do litígio. É reprovável que as partes sirvam-se do processo para faltar com a verdade, agir deslealmente e empregar artifícios fraudulentos. É certo que no processo deve imperar o princípio da boa-fé objetiva ou, noutras palavras, o princípio da lealdade processual (WAMBIER; CONCEIÇÃO; RIBEIRO; MELLO, 2015, p. 153-154).

Com efeito, em sede de boa-fé objetiva, porque prescinde da culpa, o Novo Código de Processo Civil aborda no artigo 77, em rol meramente exemplificativo, os deveres atinentes às partes na relação processual, bem como aos procuradores e todos aqueles que de alguma forma participam do processo. Os artigos 322 e 489, § 3º, do CPC/2015, determinam que tanto o pedido quanto a decisão judicial serão analisados a partir de uma interpretação lastreada pelo princípio da boa-fé, respectivamente.

Por fim, o dever de proteção significa que à nenhuma das partes é dado o direito de causar dano material ou moral à outra parte

litigante, assim como não se pode atentar contra o processo e a dignidade da justiça, ou seja, veda-se o ilícito processual, tais como a inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso (art. 77, inciso VI), o emprego de expressões ofensivas nas petições (art. 78) e condutas ofensivas (art. 78, § 1º).

Em resumo, tanto os deveres atribuídos ao juiz quanto aqueles atribuídos às partes, não são, propriamente, novidades no sistema processual brasileiro, porque há muito consagrados pelo legislador e pelo constituinte.

4.4 A COOPERAÇÃO COMO VETOR DA PAZ: PROBLEMATIZAÇÃO

O princípio da cooperação, no âmbito de um modelo processual cooperativo, pode ser considerado vetor da paz na medida em que traça limites para a atuação das partes na lide, bem assim proporciona maior interação entre as partes e o juiz, em busca da justa composição da lide. Assim, não se trata de mera elucubração doutrinária sem qualquer eficácia, pois está consubstanciado em princípios de ordem constitucional que determinam como as partes devem se comportar no curso da relação processual.

Deste modo, o modelo processual cooperativo valoriza a interação no processo, de tal modo que as partes passam a exercer efetivamente o contraditório substancial, razão pela qual se diz que “a comunidade de trabalho deve ser revista em perspectiva policêntrica e coparticipativa, afastando qualquer protagonismo e se estruturando a partir do modelo constitucional de processo” (NUNES, 2008, p. 215).

Oportuno dizer que para a concretização do modelo cooperativo, que inclusive já podia ser visto em sua essência na ordenação jurídica antes mesmo da entrada em vigor do Novo CPC (art. 6º), faz-se necessária uma mudança de comportamento dos atores do direito, tanto partes quanto profissionais, para que se empenhem em construir uma sociedade melhor, para que ajam de conformidade com os princípios básicos de probidade, boa-fé, retidão e lealdade, para que evitem o narcisismo, o egoísmo cego ou o ego elevado (COMTE-SPONVILLE, 2004, p. 215-216), sem perder de vista o objetivo maior daquele que litiga: o êxito na demanda.

De fato, faz-se necessário criar o hábito de respeitar o outro e entender que o convívio social torna-se mais sadio à medida que se aprende a cooperar, pois o desenvolvimento do processo é mero reflexo das mazelas humanas.

Por mais óbvio que possa parecer, impende ressaltar que a cooperação não quer dizer abdicação de direitos ou de defesa, sob o argumento de que agindo de tal forma está-se cooperando com o processo, ou que revelando em juízo determinada verdade conhecida por só uma das partes, em prejuízo próprio, estar-se-ia homenageando cooperação entre as partes.

Absolutamente, não.

Hiago Baggio, em monografia apresentada junto às Faculdades Integradas de Ourinhos, expõe:

Importa salientar que a cooperação processual que aqui se alude não significa que as partes devem abrir mão de suas pretensões levadas a juízo em vista de um provimento mais rente ao ordenamento jurídico¹⁴. Ao revés. Os litigantes devem atuar em prol de seus interesses a partir dos limites de influência que encerram o modelo em comento (2015, p. 40).

De efeito, o que se busca é a implementação de um sistema participativo/cooperativo lastreado nas garantias fundamentais comuns a todos os cidadãos, sendo que as partes litigantes e os demais sujeitos que integram o processo devem assumir responsabilidades e possibilidade de interlocução ativa (THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA; PEDRON, 2015, p. 14).

Portanto, conforme dito, o processo se forma é no conflito de interesses antagônicos, de forma que a cooperação deve ser no sentido de tornar o processo mais justo e equilibrado, não só no resultado final como também no curso da demanda, a partir de um *novo dimensionamento de poderes*¹⁵ capaz de aproveitar a participação recíproca das partes e do juiz.

¹⁴ Asseveram Theodoro Júnior, Dierle Nunes, Alexandre Bahia e Flávio Pedron que “essa utópica solidariedade processual não existe (nem nunca existiu): as partes querem ganhar e o juiz quer dar vazão à sua pesada carga de trabalho” (2015, p. 60).

¹⁵ Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, na obra “Novo Curso de Processo Civil: “Para que o processo seja organizado de forma

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em sede de considerações, vale destacar que o processo deve ser instrumento, como há longa data informado pela doutrina e jurisprudência, mas a visão estanque de instrumentalidade processual, sem levar em conta as mudanças sociais e os anseios dos consumidores do Poder Judiciário (os jurisdicionados), pouca efetividade material traz para a realidade da sociedade como um todo, porque não basta apenas se contentar em dizer que o processo é instrumento a serviço do direito material, mas deve sê-lo também no aspecto externo ao direito discutido em juízo, como forma de se buscar a pacificação social e cumprir substancialmente os escopos do processo.

Nesse cenário de mudanças e incertezas, o artigo começa já destacando o problema da paz, a busca dela nos outros, enquanto que não está senão no próprio âmago e espírito de cada um. Em seguida, fez-se um breve relato histórico da convivência entre a sociedade e o direito, visando estruturar a base do trabalho e lançar caminhos para o seu desenvolvimento e conclusão.

Oportunamente, discorreu-se sobre a instrumentalidade, mas a partir de uma diferenciação entre a instrumentalidade das formas, do processo e do sistema processual, a partir de pontos de vista interno e externo do processo.

Em seguida, falou-se sobre modelos processuais e divisão do trabalho no processo, trazendo à baila uma análise sucinta do modelo processual adversarial, do inquisitivo e, por fim, do modelo processual cooperativo, objeto do presente trabalho, a partir de uma leitura (neo)constitucional da matéria. Nessa ocasião, traçaram-se as elementares diferenças entre os deveres do juiz e os deveres das partes, ressaltando-se, inclusive, que a cooperação já poderia ser extraída da própria Constituição Federal de 1988, com base nos princípios do contraditório, da boa-fé, da lealdade, da solidariedade social e da dignidade da pessoa humana.

justa os seus participantes têm de ter *posições jurídicas equilibradas* ao longo do procedimento. Portanto, é preciso perceber que a organização do processo cooperativo envolve – antes de qualquer coisa – a necessidade de um *novo dimensionamento de poderes no processo*, o que implica necessidade de *revisão da cota de participação* que se defere a cada um de seus participantes ao longo do arco processual. Em outras palavras: *a colaboração visa a organizar a participação do juiz e das partes no processo de forma equilibrada* (2015, p. 497).

Adentrando na questão problema do artigo, defendeu-se a cooperação como vetor da paz, à medida que incentiva a maior interação no processo, entre partes e juiz, sem que se perca a essência do litígio, o conflito de interesses contrapostos, mas sem que se percam os valores constitucionais e o respeito pelo outro, como forma de se obter a justa composição da lide, pelo que se faz necessária, conforme dito alhures, a mudança de comportamento dos atores do direito (e da sociedade em geral, diga-se, por oportuno).

Destarte, a cooperação processual pode sim ser utilizada como mais um instrumento processual para a pacificação social, em consonância com uma sociedade democrática, pluralista, que almeja participar ativamente das decisões judiciais, e alinhada a princípios de ordem constitucional.

REFERÊNCIAS

BAGGIO, Hiago da Silva. **O princípio da cooperação processual no Novo Código de Processo Civil brasileiro**: Fundamento para o aprimoramento da prestação jurisdicional. 2015. 90 f. Monografia (Curso de Direito). Faculdades Integradas de Ourinhos/SP (FIO).

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Fundamentos Constitucionais do Princípio da Cooperação Processual**. Salvador: JusPODIVM, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 26 abr. 2016.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 3. ed. São Paulo: RT, 2001.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 25 abr. 2016.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 abr. 2016.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Manual de direito processual civil**. vol. único. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Novo Código de Processo Civil Anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português**. Coimbra: Coimbra, 2010.

_____. **Curso de Direito Processual Civil**.: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. 12. ed. v. 1. Salvador: Juspodivm, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. **A Instrumentalidade do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2013.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito Processual Civil Esquemático**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

KELSEN, Hans. **A democracia**. 2. ed. Trad. Ivone Castilho Benedetti; Jefferson Luiz Camargo; Marcelo Brandão Cipolla; Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Reformas processuais e poderes do juiz**: Temas de direito processual. São Paulo: Saraiva, 2004.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Curitiba: Juruá, 2008.

RODRIGUES, Horácio Wanderley; LAMY, Eduardo de Avelar. **Teoria Geral do Processo**. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil – artigo por artigo**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

A FAMÍLIA COMO PRIMEIRA ORDEM INSTITUÍDA DE AMPARO SOCIAL

*Leandro Carolli Garcia*¹⁶

1 INTRODUÇÃO

Inicialmente, destaca-se que o objetivo do presente trabalho, consiste em analisar as relações sociais contemporâneas, que comumente são impulsionadas pelo agir individual, que por sua vez, fomenta a fragmentação social, assim, os propósitos sociais não universais, incentivam os grupos ou indivíduos a procurarem seus bens, sem os dos outros, criando uma profunda crise na vida comunitária.

No âmbito das relações sociais, a pesquisa científica visa demonstrar que a família, por ser a base da sociedade civil, representa a primeira ordem de amparo social, e, que os sistemas públicos de proteção social desenvolvidos, tem como objetivo fundamental sua defesa.

Trabalhando aspectos do princípio do subsidiariedade, o texto aponta que os valores fraternos e solidários são necessários para o fortalecimento social que pressupõe a valoração da ética coletiva, e afirmação de uma sociedade globalmente dialógica e cooperativa.

O artigo científico destaca através da obra de Sygmunt Bauman as características do líquido mundo moderno e a fragilidade dos laços humanos, que contextualizam a fragmentação social e a

¹⁶ Advogado, graduado em Direito pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília (UNIVEM 2007). Possui Pós Graduação Lato Sensu em Direito Previdenciário (2014). Mestrando em Teoria do Direito e do Estado pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília (UNIVEM 2014). Experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional, Direito Previdenciário, Direito Penal e Direito Processual Civil. Pesquisador nas temáticas, Direitos Fundamentais, Hermenêutica Constitucional e Duração Razoável do Processo. E-mail Lecarolligarcia@hotmail.com

crise da vida comunitária, demonstrada por intermédio da obra de Hannah Arendt.

A proposta do presente trabalho é demonstrar a necessidade social de se aplicar o princípio da subsidiariedade, que tem a função de orientar a atividade da solidariedade e da fraternidade, superando desta forma, as dificuldades que as sociedades contemporâneas enfrentam.

O trabalho realiza uma análise dos dispositivos constitucionais destacando a normatização do princípio social da subsidiariedade, e visa concluir que, na escala de hierarquia de esferas que tem por atribuição o dever de prestar auxílio, a família representa a primeira ordem de amparo social, devendo portanto, ter proteção especial do Estado, e ser reconhecida pela própria sociedade civil, por sua fundamentalidade.

Para alcançar o objetivo almejado, o presente trabalho realizou uma análise dos dispositivos normativos constitucionais inerentes ao objeto de pesquisa, e, se pautou no estudo bibliográfico, dos textos desenvolvidos no curso de mestrado em direito, do Centro Universitário Eurípides de Marília -UNIVEM, sobretudo os textos ministrados nas disciplinas Direito de Família, e Teoria Geral do Direito, o método utilizado predominantemente é o dedutivo.

2 ASPECTOS HISTÓRICOS DOS SISTEMAS DE PROTEÇÃO SOCIAL

No século XVIII e século XIX, o mecanismo de proteção social era familiar, os mais jovens, fortes, e aptos a trabalhar, auxiliavam os idosos, a estrutura de proteção social era privada, o Estado não tinha responsabilidade alguma, nesse sentido, com seus populares.

Mesmo com a criação do Estado de Direito esse panorama não se modifica, o viés liberal da revolução francesa, inspirado nos ideais de liberdade, igualdade, e fraternidade, o que efetivamente vigorou naquele momento, foi a liberdade formal, pois a burguesia queria definitivamente afastar a monarquia daquela intervenção exagerada no âmbito dos negócios privados.

Neste momento histórico, a matéria protetiva pública, ficou completamente afastada. Porém, com a passar dos anos, especialmente no início do século XIX com o advento da revolução

industrial, essa realidade de garantia da liberdade, se mostra insuficiente para a manutenção da vida social.

A revolução industrial se caracterizou pela transferência da mão de obra do campo para a cidade. As pessoas visavam melhores rendimentos, procuravam melhor qualidade de vida, e acreditavam que essa melhoria estaria no trabalho urbano.

No trabalho urbano, as pessoas passaram a ter uma remuneração certa e determinada mensalmente, diferentemente do campo, que a remuneração ocorria no momento do término das colheitas, quando vendiam as produções campestres.

Com a remuneração mensal, os trabalhadores acreditavam ter um incremento no padrão de vida. Mas por outro lado, ocorre uma desagregação familiar, na cidade as pessoas vivem por conta própria, realizam jornadas de trabalho penosas, chegavam a trabalhar 18 (dezoito) horas diárias, não tinham final de semana com descanso remunerado, o meio ambiente de trabalho era inadequado, e a atividade insalubre.

Todos esses aspectos do trabalho urbano, naquela época, favoreciam o desenvolvimento de doenças. O indivíduo ao ficar doente, deixa de trabalhar e conseqüentemente deixa de perceber os proventos do trabalho, ficando abandonado à própria sorte, pois naquele momento histórico, o Estado não tinha qualquer responsabilidade de proteção social nesse sentido.

Nesse contexto, a situação de vulnerabilidade era extraordinária, lembrando que, em matéria protetiva o conceito de vulnerabilidade está vinculado ao risco que o indivíduo tem de ingressar na miséria.

Essas constantes situações de vulnerabilidade, esse descontentamento funcionou com estímulo revolucionário, especialmente para o movimento marxista que se desenvolveu na Alemanha no século XIX.

Nesse contexto de instabilidade social, com o objetivo de inibir as mobilizações sociais, evitar as constantes situações de vulnerabilidade dos trabalhadores, e reprimir o partido socialista, o chanceler conservador Otto Von Bismark (por volta de 1880), apresentou na antiga Prússia, atual Alemanha, propostas de seguridade social.

Bismark pensou num modelo de proteção social universalista, custeado por meio de impostos pagos por toda a sociedade, em contrapartida os benefícios de proteção social também seriam para toda a sociedade.

Bismark apresentou essa idéia ao parlamento alemão, que não concordou com o ideal de universalidade. Importante destacar, que na época o pensamento dominante era o liberal, e segundo essa ideologia, incumbia ao Estado o exercício das funções típicas legislativas, executivas, e judiciais, privilegiando os direitos de primeira dimensão já mencionados no presente trabalho.

Observando as idéias de Bismark, o Estado Alemão adotou uma posição intermediária, ofertando proteção social pública para os trabalhadores das indústrias, que na época, eram mais vitimados pelas doenças, portanto eram mais vulneráveis socialmente.

O modelo de proteção social adotado pelo Estado Alemão tinha uma clientela restrita e determinada, representada pelos trabalhadores industriais, o sistema de financiamento era contributivo, ou seja os próprios trabalhadores iriam financiar o programa de proteção social, existia uma solidariedade de grupo.

No modelo Bismarkano de proteção social, existe uma relação direta entre o valor financeiro da contribuição do trabalhador, e o valor do benefício ofertado pelo poder público, ou seja quando mais contribui, maior será o benefício.

Desta forma o modelo Bismarkano de previdência social, representou a primeira fase da evolução histórica mundial em matéria de seguridade social, ficou caracterizado por ser um modelo não universalista, e contributivo.

A segunda fase da evolução histórica mundial em matéria de seguridade social, ocorre no século XX, após a segunda guerra mundial, principalmente após o surgimento do Relatório Beveridge na Inglaterra em 1942.

O relatório foi coordenado pelo economista liberal Willian Beveridge que integrava o governo inglês, o desenvolvimento do trabalho de elaboração do documento, contou com o apoio técnico do governo, recebeu sugestões de entidades privadas, de figuras notórias como o ilustre economista John Maynard Keynes, e teve a participação da população.

O documento conhecido como relatório Beveridge, representou o maior estudo institucional já realizado em matéria de proteção social. " O relatório pretendia, através da completa racionalização do sistema de seguros sociais vigente, inovar e superar as experiências realizadas até então, formulando um modelo que atendesse a toda população mediante um esforço conjunto de Estado e da sociedade (Pereira, 2008).

"Os benefícios deveriam ser ajustados para compreender todas as necessidades básicas dos indivíduos e das famílias, e sua duração seria ilimitada até a solução do problema. Pretendia criar um senso de orgulho e solidariedade, promovendo a igualdade e o comprometimento dos indivíduos. Ademais, os usuários que fizesse dos benefícios sua única fonte de renda, tendo a possibilidade de buscar outros meios de subsistência, seriam punidos."(Beveridge, 1942)

"Juntamente com as medidas de seguridade social, o relatório previa que o governo deveria assegurar serviços de saúde com qualidade e gratuidade, fornecer meios para a reabilitação profissional e promover o manutenção do emprego. Segundo o Relatório Beveridge, evitar o desemprego em massa era a condição para o êxito do seguro social."(Beveridge, 1942)

"O plano tinha ainda a preocupação com a taxa de natalidade e mortalidade, amparo à infância, proteção à maternidade, reforma do sistema previdenciário, preocupação com doenças e incapacidade, além de despesas especiais como aluguel, nascimento, casamento, viuvez e morte. Beveridge, entretanto, elegeu os maiores problemas que a sociedade inglesa deveria enfrentar, os cinco gigantes: a doença, a ignorância, a miséria, a imundície e a desocupação."(Beveridge, 1942)

Pelas características do relatório comentado acima, percebemos que o plano desenvolvido por Willian Beveridge, foi inspirado num ideal universal, um modelo universalista, caracterizado por uma solidariedade social, onde as pessoas iriam custear o programa através de impostos arrecadados por toda a sociedade, em contrapartida os benefícios, também seriam gerais, ou seja, toda a sociedade seria beneficiada.

A idéia do programa social desenvolvido na Inglaterra, era preservar o mínimo existencial de todo ser humano inserto no mesmo, e ficou conhecido como o Modelo Inglês Universalista.

O Relatório de Willian Beveridge, e seus desdobramentos, representou a segunda fase na evolução histórica em matéria de seguridade social, contextualizado no período pós guerra.

Portanto, tanto a primeira fase histórica da evolução em matéria de seguridade social, desenvolvida na Alemanha, pelo chanceler conservador Otto Von Bismark (por volta de 1880), quanto a segunda fase desta evolução, desenvolvida na Inglaterra pelo economista liberal Willian Beveridge, representam parcela preponderante da origem histórica do princípio constitucional da universalidade da cobertura e do atendimento.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 estabelece que o programa nacional de proteção social será desenvolvido através de um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência social, e à assistência social.

Esse tópico inicial, do presente trabalho científico, relata de forma sucinta as origens e os aspectos históricos dos sistemas de proteção social. Apesar da superficialidade das informações, o conteúdo do texto apresenta elementos aptos a demonstrar que a família representa a primeira ordem de amparo social, e, que os sistemas públicos de proteção social desenvolvidos, tem como objetivo fundamental a proteção familiar.

3 FRAGMENTAÇÃO SOCIAL E A CRISE DA VIDA COMUNITÁRIA

Hannah Arendt em sua obra literária "A Condição Humana" destaca a fragilidade do agir individual, e aponta a impossibilidade do isolamento social.

Nesse sentido, menciona que ao contrário da fabricação, a ação jamais é possível no isolamento. Estar isolado é estar privado da capacidade de agir. A ação e o discurso necessitam tanto da circunvizinhança de outros quanto a fabricação necessita da circunvizinhança da natureza, da qual obtém matéria-prima, e do mundo, onde coloca o produto acabado. (ARENDR, 2007, p. 201.)

A fabricação é circundada pelo mundo e está em permanente contato com ele; a ação e o discurso são circundados pela teia de atos e palavras de outros homens, e estão em permanente contato com ela.

O mito popular de um "homem forte" que isolado dos outros, deve sua força ao fato de estar só, é mera superstição baseada na ilusão de que podemos fazer algo na esfera dos negócios humanos - "fazer" instituições ou leis, por exemplo, como fazemos mesa e cadeiras, ou fazer o homem "melhor" ou "pior" - ou é, então, a desesperança consciente da toda ação, política ou não, aliada à esperança utópica de que seja possível lidar com os homens como se lida com qualquer "material". (ARENDDT, 2007, p. 201.)

A força de que o indivíduo necessita para qualquer processo de produção, seja intelectual ou puramente física- torna-se inteiramente inútil quando se trata de agir. A história está repleta de exemplos da impotência do homem forte e superior que é incapaz de angariar o auxílio ou cooperação de seus semelhantes - fracasso que é frequentemente atribuído à fatal inferioridade da multidão e ao ressentimento que os homens eminentes inspiram aos mediocres. (ID. Ibid. p. 201.)

Partindo da constatação do frágil agir individual, ponderamos que o corpo social se estrutura a partir da interação de seus membros, a cooperação entre os indivíduos é requisito fundamental para alicerçar absolutamente qualquer propósito humano.

Porém, os propósitos sociais não universais, fomentam a fragmentação social, e incentivam os grupos ou indivíduos a procurarem seus bens, sem os dos outros, criando uma profunda crise na vida comunitária.

O primeiro pilar fundamental da vida comunitária que entra em crise, é o modelo de comunicação, pois a própria realidade efetiva da comunicação cotidiana, tendem a não ser mais dialógicos, ou seja, diretamente interpessoais, mas entregues a mecanismos impessoais, como a troca de equivalentes ou o direito mínimo; entregues, em outras palavras, ao conjunto tendencialmente cada vez mais reduzidos das obrigações recíprocas que aceitamos reconhecer para garantir a convivência. (BAGGIO, 2009, p. 106.)

O segundo pilar da vida comunitária que entra em crise, consiste na dimensão universal da ética: hoje, existem éticas "parciais", ou privadas, que podem dar origem a deontologias instrumentais, cuja finalidade principalmente é justificar um interesse já existente e tutelar a categoria que se estrutura em torno desse interesse. (BAGGIO, 2009, p. 107.)

As éticas parciais ou privadas assumem um ou mais valores de referência, mas servem-se deles instrumentalmente, excluindo outros valores, que diferentes grupos utilizam de modo igual e contrário. Os grupos ou subsistemas caracterizados por essas éticas têm cada vez mais dificuldade para aceitar submeter-se à possibilidade de uma avaliação "externa". Corre-se o risco de que o reconhecimento do bem e do mal, e sua distinção, já não seja considerados uma capacidade da natureza humana e, portanto, comum a todos os homens, mas o resultado do procedimento convencional de um grupo ou uma decisão arbitrária de um sujeito individual. (ID. Ibid. p. 107.)

Como resultado dessa postura, a cultura socialmente disseminada produzida por essa fragmentação já não é capaz de dar um fundamento adequado à idéia de bem comum. É por isso que se torna cada vez mais difícil impedir a particularização dos interesses e manter o caráter político- ou seja, comum/universal- da ação política e, em particular, da representação.

Nesse sentido conclui-se que, a fragilidade do diálogo e a fragilidade da ética compõem um único conjunto: juntas, constituem a fragilidade contemporânea do social (e, por conseguinte, do político), de seus sujeitos e de seus projetos. (BAGGIO, 2009, p. 107.)

A sociedade contemporânea está a cada dia mais individualizada, e, essa tendência social atinge todos seus componentes, a obra literária "Amor Líquido" escrita por Zygmunt Bauman, retrata com substantividade a fragilidade dos laços humanos no âmbito dessa sociedade.

4 A FRAGILIDADE DOS LAÇOS HUMANOS

Segundo Zygmunt Bauman, os habitantes do líquido mundo moderno, se relacionam virtualmente. Ao contrário dos relacionamentos antiquados (para não falar daqueles com "compromisso" muito menos dos compromissos de longo prazo), as relações virtuais, parecem feitas sob medida para o líquido cenário da vida moderna, em que se espera e se deseja que as "possibilidades românticas" (e não apenas românticas) surjam e desapareçam numa velocidade crescente e em volume cada vez maior, aniquilando-se mutuamente e tentando impor aos gritos a promessa de ser a mais satisfatória e a mais completa. (BAUMAN, 2004, p. 8)

Diferente dos relacionamentos reais, é fácil entrar e sair dos relacionamentos virtuais. Em comparação com a "coisa autêntica", pesada, lenta e confusa, eles parecem inteligentes e limpos fáceis de usar, compreender e manusear. Entrevistado a respeito da crescente popularidade do namoro pela Internet, em detrimento dos bares para solteiros e das seções especializadas dos jornais e revistas, um jovem de 28 anos da Universidade de Bath apontou uma vantagem decisiva da relação eletrônica: "Sempre se pode apertar a tecla de deletar" (ID. Ibid. p. 8.)

A resposta do jovem, revela a tendência dos relacionamentos modernos líquidos, onde se exclui relacionamentos, pessoas, como se descarta coisas. Esses relacionamentos modernos recomendam superficialidade nos vínculos e condena laços duradouros.

Nos compromissos duradouros, a líquida razão moderna enxerga a opressão; no engajamento permanente percebe a dependência incapacitante. Essa razão nega direitos aos vínculos e liames, especiais ou temporais. Eles não têm necessidade ou uso que possam ser justificados pela líquida racionalidade moderna dos consumidores. Vínculos e liames tornam "impuras" as relações humanas- como o fariam com qualquer ato de consumo que presuma a satisfação instantânea e, de modo semelhante, a instantânea obsolescência do objeto consumido. (BAUMAN, 2004, p. 31)

A proximidade virtual reduz a pressão que a contiguidade não-virtual tem por hábito exercer. Ela estabelece o padrão para todas as outras proximidades, nesse contexto, Bauman "menciona que os lares não são mais ilhas de intimidade", ou seja, os ambientes familiares, não são mais, tão privados e compartilhados por seus membros como outrora.

Nos redutos familiares líquidos, "nos entramos em nossas casas separadas e fechamos a porta, e então entramos em nossos quartos separados e fechamos a porta. A casa torna-se um centro de lazer multiuso em que membros da família podem viver, por assim dizer, separadamente lado a lado." (BAUMAN, 2004, p. 39)

Seria tolo e irresponsável culpar as engenhocas eletrônicas pelo lento mas constante recuo da proximidade contínua, pessoal, direta, face a face, multifacetada e multiuso. E no entanto a proximidade virtual ostenta características que, no líquido mundo moderno, podem ser vistas, com boa razão, como vantajosas- mas

que não podem ser facilmente obtidas sob as condições daquele outro tête-à-tête, não-virtual. (ID. Ibid. p. 39.)

Não admira que a proximidade virtual tenha ganhado a preferência e seja praticada com maior zelo e espontaneidade do que qualquer outra forma de contiguidade. A solidão por trás da porta fechada de um quarto com um telefone celular à mão pode parecer uma condição menos arriscada e mais segura do que compartilhar o terreno doméstico comum. (BAUMAN, 2004, P. 40)

Portanto quanto mais atenção humana e esforço de aprendizado forem absorvidos pela variedade virtual de proximidade, menos tempo se dedicará à aquisição e ao exercício das habilidades que o outro tipo de proximidade, não-virtual, exige.

Apesar da individualidade social e das fragilidades das relações humanas apontadas pelo texto de Zygmunt Bauman, representarem uma visão social factível das relações contemporâneas, tais fragilidades devem ser fortalecidas no plano normativo pela sociedade instituída.

5 FRATERNIDADE E O PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE

O fortalecimento social pressupõe a valoração da ética coletiva, a afirmação de uma sociedade globalmente dialógica e cooperativista. Na era da sociedade fragmentada, a dignidade da pessoa requer não apenas, o protagonismo individual, pois esse é diretamente limitado pela insuficiência do indivíduo de realizá-la isoladamente.

Por sua natureza social, esse "sumo" bem (dignidade da pessoa) exige a participação solidária do meio humano em que a pessoa está inserida. Por sua vez, esse meio humano tem sua função subsidiária limitada pela natureza concomitantemente individual da pessoa e sua autonomia. Observa-se, daí, uma complexidade de relações entre a pessoa e seu meio a partir de sua dignidade, ora necessitando de auxílio, ora necessitando que seja salvaguardada sua esfera de autonomia e individualidade. (DI LORENZO, 2010, p.103)

Nesse linear, segundo o princípio da subsidiariedade, pode-se afirmar que estando ao alcance da pessoa atingir bens necessários a sua dignidade, não deve haver interferência das ordens que lhe são superiores- família, sociedade, comunidade política,

Estado ou ordem internacional- na sua realização. Todavia, não sendo possível à pessoa realizar sozinha sua dignidade, é dever da ordem que lhe é superior subsidiá-la. (ID. Ibid. p. 103.)

A subsidiariedade determina uma hierarquia de esferas no dever de prestar auxílio, que começa na pessoa e termina na ordem internacional. Essas esferas também determinam uma precedência da ordem menor sobre a ordem maior. Ou seja, tudo que estiver ao alcance da ordem menor deve ser por ela executado.

No mesmo sentido a subsidiariedade recusa o individualismo já que a dignidade da pessoa humana não pode ser realizada pelo indivíduo isolado, desta forma o princípio da subsidiariedade obriga a ordem superior a agir, subsidiando, prestando auxílio, amparando, as ordens que lhe são inferiores em suas necessidades. (DI LORENZO, 2010, p.102)

Na prática, já demonstrando a partir dos estratos sociais, a comunidade internacional não deve substituir o Estado, mas auxiliá-lo quando necessário. O mesmo se aplica nas relações entre a comunidade política, a sociedade e a pessoa, e entre os grupos, a família os indivíduos, nas quais uma ordem não pode exercer o papel de outra, mas sempre ampará-la quando houver necessidade. (ID. Ibid. p. 102.)

Observe-se que boa parte das regras acima mencionadas transcende ao próprio Direito. O que demonstra que a subsidiariedade é, sobretudo, um princípio ético da vida social e política e que orienta a atividade da solidariedade e da fraternidade.

6 ANÁLISE DOS DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS

Nesta parte final do presente trabalho científico, demonstra-se à partir da observação dos dispositivos normativos constitucionais, que a família representa a primeira ordem de amparo social, e, que, os sistemas públicos de proteção social, sobretudo o nacional, tem como objetivo fundamental sua proteção.

Também, demonstra-se, a evidente presença do princípio social da subsidiariedade, nos dispositivos constitucionais, destacando a real necessidade que o Estado tem, do auxílio fundamental, das demais ordens de amparo social, para desincumbir suas obrigações institucionais.

Ao analisar a estrutura normativa dos direitos sociais, percebe-se uma preocupação substantiva do legislador constitucional, em relação à proteção da família, à partir dessa percepção, conclui-se que o Estado reconhece a família como base da sociedade civil, e, a ela, atribui proteção especial.

O artigo 201 da Constituição Federal, que está previsto na seção III, do capítulo II da seguridade social, estabelece que:

A previdência social atenderá, nos termos da lei, a: -Proteção à maternidade, especialmente à gestante; - Proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; - Salário família e auxílio reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda; - Pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes. (artigo 201 da Constituição Federal).

O artigo 7 da Constituição Federal, que está previsto no capítulo II dos direitos sociais, do título II dos direitos e garantias fundamentais, estabelece que:

São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XII- salário família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda; XVII- licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com duração de cento e vinte dias; XIX- licença paternidade, nos termos fixados em lei; XXV- assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 anos de idade em creches e pré-escolas. (artigo 7 da Constituição Federal).

O artigo 203 da Constituição Federal, que está previsto na seção IV da assistência social, do capítulo II da seguridade social, estabelece que:

A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivo: I- A proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; II- O amparo às crianças e adolescentes carentes. (artigo 203 da Constituição Federal).

Os dispositivos constitucionais acima destacados, demonstram com substancialidade a fundamental preocupação do

legislador, em relação a proteção da família, que representa, por sua vez, a primeira ordem de amparo social.

Continuando a análise do conteúdo normativo constitucional, também percebe-se com facilidade, a presença do princípio social da subsidiariedade, que pode ser observado nos seguintes dispositivos abaixo citados.

O artigo 227 da Constituição Federal estabelece que:

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 à salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade, e opressão. (artigo 227 da Constituição Federal).

Sobre o artigo 227 acima descrito, vale destacar que, além da complexa previsão protetiva que a norma constitucional determina, percebe-se com nitidez a normatização do princípio em destaque, principalmente quando o legislador atribui o dever de proteção, à criança, ao adolescente, e ao jovem; à primeira ordem família, à segunda ordem sociedade, e, à terceira ordem Estado. Desta forma, o legislador determina objetivamente uma hierarquia de esferas no dever de prestar auxílio aos que necessitam.

O princípio da subsidiariedade está normatizado em diversos outros dispositivos, como o artigo 230 da Constituição Federal que estabelece o seguinte: "A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhe o direito à vida". (artigo 230 da Constituição Federal).

O artigo 229 da Constituição Federal normatiza a subsidiariedade recíproca entre pais e filhos, determina a obrigação dos pais assistir seus filhos menores, e, o dever dos filhos maiores amparar seus pais na velhice.

"Os pais têm o dever de assistir, criar, e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar a amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade." (artigo 229 da Constituição Federal).

Portanto, para a sociedade como todo, atingir sua dignidade, a participação solidária do meio humano em que a pessoa está inserida, se faz de absoluta necessidade, principalmente quando a relação social exige por suas circunstâncias casuísticas, de auxílio mútuo.

Para atingir a finalidade social, a regra básica da subsidiariedade, que determina uma hierarquia de esferas no dever de prestar auxílio, deve prevalecer. Nesse sentido, no âmbito social as individualidades devem ser respeitadas, porém, diante das necessidades, o agir coletivo e a solidariedade deve prevalecer.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao observar as origens e os aspectos históricos dos sistemas de proteção social desenvolvidos, conclui-se que a família por ser a base da sociedade civil, representa a primeira ordem de amparo social, e, que os sistemas públicos de proteção social desenvolvidos, tem como objetivo fundamental sua proteção.

O trabalho demonstrou que, no âmbito social o agir individual e as aspirações singulares, é uma realidade factível, porém, a insistência desse propósito fragiliza o agir, pois, o isolamento social é algo impossível.

À vista dessa constatação, necessário destacar que o corpo social se estrutura a partir da interação de seus membros, desta forma, a cooperação entre os indivíduos é requisito fundamental para alicerçar absolutamente qualquer propósito humano.

Porém, os propósitos sociais não universais, fomentam a fragmentação social, e incentivam os grupos ou indivíduos a procurarem seus bens, sem os dos outros, criando uma profunda crise na vida comunitária.

Apesar da individualidade social e das fragilidades das relações humanas representarem uma visão social factível das relações contemporâneas, tais fragilidades devem ser fortalecidas no plano normativo pela sociedade instituída.

Conclui-se que o fortalecimento social pressupõe a valoração da ética coletiva, e, a afirmação de uma sociedade dialógica e cooperativa, agindo seus integrantes de forma solidária, prestando auxílios uns aos outros, na medida das necessidades.

Por fim, conclui-se que, na escala de hierarquia de esferas que tem por atribuição o dever de prestar auxílio, a família representa a primeira ordem de amparo social, devendo portanto, ter proteção especial do Estado, e ser reconhecida pela própria sociedade civil, por sua fundamentalidade.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Malheiros Editores. São Paulo, 2006.
- ARENDT, Hannah. *A condição humana*: tradução de Roberto Raposo, posfácio de Celso Lafer- 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2007.
- BAGGIO, Antonio Maria. *O Princípio Esquecido/2. Artigo: A inteligência fraterna. Democracia e participação na era dos fragmentos*, Editora Cidade Nova. São Paulo, 2009.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*, São Paulo, 2002.
- BAUMAN, Zygmunt. *Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2004.
- BEVERIDGE, William. *Social insurance and Allied services*. London: His Majesty's Stationery Office, 1942./ BBC, British Broadcasting Corporation News. Beveridge lays welfare foundations. In: http://news.bbc.co.uk/onthisday/hi/dates/stories/december/1/newsid_4696000/4696207.stm, 1º de dezembro de 1942.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 5º. ed., São Paulo, Editora Malheiros, 1994.
- BRAGANÇA, Kerlly Huback. *Direito Previdenciário*. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2009.
- BUONUOMO, Vincenzo. *Direito e Fraternidade. Ensaios/ Prática Forense. Anais do Congresso Internacional "Relações no Direito: qual espaço para a fraternidade?". Artigo: Em busca da fraternidade no Direito da comunidade internacional*, Editora Cidade Nova. São Paulo, 2008.
- DI LORENZO, Wambert Gomes, *Teoria do Estado de Solidariedade: da dignidade da pessoa humana aos seus princípio corolários*. Editora Elsevier, Rio de Janeiro, 2010.

PEREIRA, Potyara. Política Social: Temas e questões. São Paulo: Cortes, 2008. POZZOLI, Lafayette. *Fraternidade como Categoria Jurídica. Artigo: Direito de Família: a fraternidade humanista na mediação familiar*, Editora Cidade Nova. São Paulo, 2013.

VIANA, João Ernesto Aragonês. Curso de direito previdenciário, 3º ed. São Paulo, Editora Atlas, 2010.

O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL DA PAZ SOCIAL

*Giovanna Rossetto Magaroto Cayres*¹⁷

*Thais Estevão Saconato*¹⁸

1 INTRODUÇÃO

O propósito na abordagem do tema “O princípio da fraternidade como garantia constitucional da paz social” é provocar uma reflexão sobre a sua importância, reconhecimento e repercussão não somente na seara jurídica, mas também no âmbito comunitário, levando-se em consideração a atual fase individualista e egoísta que a sociedade vive.

O principal objetivo deste trabalho é apresentar a fraternidade como uma categoria jurídico-constitucional dentro do ordenamento jurídico e a sua importância para a efetivação da paz social. Para aprofundar o tema em questão, necessário se faz analisar, brevemente, a evolução porque passou o constitucionalismo moderno, com destaque na valorização da fraternidade e sua efetiva aplicação no meio jurídico.

Tradicionalmente o tema fraternidade é enfrentado como um ideal de filosofia política ou social, ou mesmo como categoria política,

¹⁷ Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM. Mestranda em Teoria do Direito e do Estado pelo Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM– Marília/SP. Bolsista CAPES/PROSUP. Membro do Grupo DIFUSO – Direitos Fundamentais Sociais, cadastrada no diretório de grupos de pesquisa do CNPQ. Contato: giovannacayres@hotmail.com.

¹⁸ Advogada. Mestranda em Teoria do Direito e do Estado pelo Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM– Marília/SP. Bolsista CAPES/PROSUP. Membro do Grupo DIFUSO – Direitos Fundamentais Sociais, cadastrada no diretório de grupos de pesquisa do CNPQ. Contato: estevaosaconato@uol.com.br.

mas não como uma categoria jurídica. Logo, percebe-se uma natural dificuldade para a análise do tema numa perspectiva jurídica.

A idéia de fraternidade que se pretende difundir exprime igualdade de dignidade entre todos os homens, independente de organização em comunidades politicamente institucionalizadas. A fraternidade é a categoria de pensamento capaz de conjugar a unidade e a distinção a que anseia a humanidade contemporânea.

A Revolução Francesa teve como marco o lema: fraternidade, liberdade e igualdade. E partir de então começou a se pensar sobre a interpretação da fraternidade.

O ponto de partida para a construção da fraternidade é a conscientização do homem em relação a si mesmo e aos outros, ou seja, o direito de ser homem e de se comprometer com a vida em sociedade, buscando realizar o objetivo de uma sociedade desejável com a paz social.

Neste sentido, a fraternidade é o fundamento e o caminho para a paz social, pois cria um equilíbrio entre liberdade e justiça, entre responsabilidade pessoal e solidariedade, entre bem dos indivíduos e bem comum.

A paz, assim como a justiça, tem em vista o bem de cada pessoa e de todos, numa exigência de ordem e verdade. Estando a paz sob a mira da ameaça, atinge simultaneamente a justiça.

Desse modo, cabe ao direito a garantia da paz social, isto é, o regular desenvolvimento das relações entre os cidadãos, e o princípio da fraternidade é o elo que proporciona a todos uma sociedade mais justa, mais harmoniosa e que busca o bem comum, incluindo, neste sentido, a paz social.

Ao analisar a problemática jurídica relacionada com a fraternidade e a paz social, busca-se mostrar a sedimentação deste princípio ao longo do tempo e também no ordenamento jurídico. Para isto, foram realizadas pesquisas e análises bibliográficas pertinentes ao assunto, enlaçando o teor histórico, jurídico, doutrinário, sociológico e religioso.

O trabalho é dividido em partes; a primeira traz a evolução histórica da fraternidade e a sua direta relação com os princípios da liberdade e igualdade; a segunda apresenta a fraternidade como categoria jurídica e como princípio constitucional; e a terceira, finalmente, discorre sobre a paz social e a fraternidade, sendo esse o caminho e o fundamento da busca pela paz na sociedade atual.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A humanidade caminha conforme a evolução histórica, e foi assim que percebeu a necessidade de preservar e assegurar determinados direitos que são considerados importantes para a vida do ser humano em sociedade. Dentre tantos, a fraternidade será objeto deste artigo, um direito constitucional esquecido pela sociedade moderna.

A fraternidade é um conceito filosófico ligado à liberdade e à igualdade, trilogia que caracterizou parte do pensamento da Revolução Francesa, entre maio de 1789 e novembro de 1799, e foi disseminada em busca de um novo Direito, influenciado pelas ideias iluministas da Independência Americana de 1776.

A Revolução Francesa conseguiu consagrar na prática as ideias de liberdade e igualdade, que permitiram a derrubada da estrutura social na época, o “que representou não só a realização dos ideais iluministas, como também sua elaboração teórica, evidenciando os impasses e a necessidade de ultrapassar aquele marco filosófico” (GRESPLAN, 2008, apud NICKINICH, 2012, p. 172).

Os princípios da liberdade e igualdade foram bastante difundidos na época, sendo que a fraternidade somente foi lembrada no nosso país com a Constituição Federal de 1988, que fez constar do Preâmbulo o compromisso com uma sociedade fraterna.

Pode-se dizer que o constitucionalismo moderno conheceu duas fases, a primeira, fundada no liberalismo europeu, com destaque para o valor liberdade; a segunda, caracterizada pela social democracia, pelo constitucionalismo social, com ênfase no valor igualdade. A fraternidade seria uma terceira fase na evolução do constitucionalismo, do liberal para o social e do social para o fraternal. (LAZZARIN, 2015, p. 93).

A Constituição Federal preservou três valores do movimento revolucionário de 1789 definindo como um dos maiores objetivos da República Federativa do Brasil para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. (BAGGIO, 2008, p.8.)

A Idade Moderna é o marco de referência para a Fraternidade como princípio de interpretação e prática política, através do lema consagrado na Revolução Francesa: Liberdade, Igualdade e

Fraternidade. Três princípios valorosos para a construção de um mundo melhor.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, instrumento jurídico de maior significância faz referência ao valor da fraternidade, previsto em seu artigo 1º: "Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotado de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade".

A Fraternidade começou a ser reconhecida como um Princípio Revolucionário e inovador por ter raízes nas Revoluções Francesa e Americana. E foi a partir daí que começou a luta para diminuição das desigualdades sociais e a proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana para que alcançassem o bem-estar social.

A pós-modernidade mostra que a liberdade e igualdade proclamadas na Revolução Francesa, que instituíram inúmeros direitos, não foram suficientes para sustentar a busca pela justiça e o bem comum, havendo necessidade de complementação. E é neste momento que há a retomada do princípio da fraternidade.

A fraternidade é semente de transformação social, e não esgota a sua fecundidade nas relações interpessoais de proximidade, estende-se as relações mais amplas, as relações entre grupos sociais, as relações políticas e internacionais.

"A fraternidade compromete o homem a agir de forma que não haja cisão entre os seus direitos e os seus deveres, capacitando-o a promover soluções de efetivação de Direitos Fundamentais de forma que, não, necessariamente, dependam, todas, da ação da autoridade pública, seja ela local, nacional ou internacional". (AQUINI, 2008, p.138-139)

A fraternidade passou a ter um valor universal, criando condições para construí-la através da conscientização do homem e do seu compromisso com o bem-estar comum na vida em sociedade.

De acordo com Sarlet (2010, p. 48), a fraternidade está inserida nos direitos fundamentais de terceira dimensão, que são desprendidos da figura do indivíduo como titular, destinando-se à proteção de grupos humanos e caracterizando-se como direitos de titularidade coletiva ou difusa. Tais direitos contribuem para a plena

efetividade da liberdade e igualdade e, por isso, possuem caráter universal.

O direito à paz encontra-se elencado nos direitos de terceira geração.

Com o passar dos anos, a fraternidade foi sendo substituída por solidariedade e, então, fraternidade e Solidariedade passaram a ser utilizadas como sinônimos. Embora haja uma ligação, é possível diferenciá-las, pois fraternidade detém uma carga significativa mais ampla que solidariedade, pois este tem suporte nas ações e aquele atua no campo das ações e das intenções.

Explica Munir Cury (2011, p. 344) que a solidariedade está contida na fraternidade, ou seja, a solidariedade é uma das vertentes da fraternidade.

Nesse sentido:

A solidariedade, uma das vertentes da fraternidade, dá um novo sentido a distribuição de justiça posto que, se de um lado tem com base a explicação da lei, de outro avalia os conflitos valorizando a vida, reconhecendo o respeito e a dignidade das partes no processo, interpretado-a segundo o preceito básico de "fazer ao outro aquilo que gostaria que fosse feito a si próprio."

Para Sarlet (2010, p. 48), é compreensível a denominação usual de direitos de solidariedade ou de fraternidade devido "sua implicação universal ou, no mínimo, transindividual, e por exigirem esforços e responsabilidades em escala até mesmo mundial para sua efetivação.

Mas não será somente a passagem da fraternidade à solidariedade que colocará ordem na sociedade. Pois a fraternidade que dará condições para repensar a sociedade, que hoje é pautada em relações concretas, potenciais ou virtuais, que buscam uma forma de convivência pacífica, digna e sustentável para esse cenário global que se apresenta à nossa realidade.

Desta forma, a fraternidade não precisa ser inventada ou redescoberta, precisa ser construída e lembrada, como uma condição para a efetivação dos direitos com raízes na dignidade da pessoa humana. (BAGGIO, 2008, p. 34)

O ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, Carlos Ayres Britto garante que as práticas fraternas merecem ser efetivadas, conforme segue:

“A Fraternidade é o ponto de unidade a que se chega pela conciliação possível entre os extremos da Liberdade, de um lado, e, de outro, da Igualdade. A comprovação de que, também nos domínios do Direito e da Política, a virtude está sempre no meio (*medius in virtus*). Com a plena compreensão, todavia, de que não se chega à unidade sem antes passar pelas dualidades. Este, o fascínio, o mistério, o milagre da vida.” (2007, p. 98).

A fraternidade passa uma ideia de cooperação mútua entre os membros da sociedade na busca do bem-estar social, pois todos possuem uma relação horizontal por estarem no mesmo patamar, sendo necessário unir forças para harmonizar a vida em sociedade da melhor forma possível para obtenção da paz interior e exterior.

Devemos observar o assunto em questão sobre diversas perspectivas, pois só assim seremos capazes de modelar a tradição ocidental, que vem, sobretudo, do judaísmo e do cristianismo, que é o espaço cultural mais rico de significados, ao menos no que diz respeito a democracia e participação. (BAGGIO, 2009, p. 87)

Na atual realidade contemporânea, caracterizada pela passagem da modernidade-nação à modernidade-mundo, na qual se verifica a necessidade de conceber um espaço público mundial, verifica-se nas causas da ausência da fraternidade, o fundamento que reclama sua presença.

Então, é necessário um estudo mais aprofundado sobre o assunto em questão, que pode servir como um instrumento de transformação para que se tenha a paz social tão esperada.

3 FRATERNIDADE COMO CATEGORIA JURÍDICA E COMO PRINCÍPIO

Tem-se atribuído à fraternidade diferentes termos: princípios, categoria, perspectiva e experiência e, são acepções que representam vários planos de uma mesma realidade. Como categoria, a fraternidade dará pistas para compreender melhor os alcances e restrições de outras categorias aplicadas e assim como essas outras ajudarão na busca de precisões sobre a fraternidade.

A fraternidade se desenvolve quando tem realmente uma comunidade politicamente solidária, com pessoas iguais e livres, conforme estabelecido na Constituição Federal:

“Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, 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, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.” (BULOS, 2012, pag. 40).

A fraternidade é compreendida como um agir espontâneo do ser humano, e é destituída de coatividade, de imposição. Neste sentido, surge certa dificuldade para incluir a fraternidade como categoria jurídica constitucional. Porém, a fraternidade como princípio norteia o conjunto de normas. (GORIA, 2008, p. 27).

Neste sentido:

Imperioso destacar que a Fraternidade se apresenta como princípio jurídico capaz de nortear todo o Ordenamento Jurídico existente. Trata-se de um instrumento hábil em contribuir com a segurança e dignidade da pessoa humana, o que ajuda, indubitavelmente, na busca de uma sociedade solidária e ética, que se preocupa em efetivar o bem comum, deixando de lado qualquer pensamento egoísta e também individualista, que muitas vezes se vê na sociedade. (POZZOLI, LUCA, 2015).

Os sentidos irradiados pelo texto constitucional ajudam a construir uma sociedade fraterna, pois é fraterna, pluralista e sem preconceitos. Com esta previsão, a fraternidade deixou apenas uma diretriz religiosa, social e passou a ser considerada um princípio jurídico, sendo utilizado para compreensão das normas e reafirmação das funções do Estado.

A fraternidade é um empenho que: favorece o desenvolvimento autenticamente humano do país sem isolar na incerteza do futuro as categorias mais fracas, sem excluir outras do bem estar, sem criar

novas pobreza; salvaguarda os direitos de cidadania e o acesso à própria cidadania, abrindo uma esperança a todos que buscam a possibilidade de uma vida digna em nosso país, o qual pode mostrar a própria grandeza oferecendo como pátria para quem perdeu, ajuda a pesquisa científica e a invenção de novas tecnologias, salvaguardando, ao mesmo tempo, a dignidade da pessoa humana do primeiro ao último instante de sua vida, fornecendo sempre as condições para que cada pessoa possa exercer a própria liberdade de escolha e possa crescer assumindo responsabilidade (LUBICH, 2003, p. 309-310)

Quando se fala em fraternidade logo vem a idéia de amor ao próximo, de ser fraterno para com os outros ou até mesmo da relação de convivência entre irmãos. Mas a fraternidade ultrapassa significados distintos e complexos. (FRADE, 2013, p. 19). A fraternidade é um princípio norteador, junto da igualdade e da liberdade, para a construção de uma sociedade melhor.

A fraternidade como princípio jurídico ganha mais valor quando passa a ser considerado um direito fundamental de Terceira Geração servindo como ponto de equilíbrio para a Liberdade e Igualdade, conforme posicionamento do autor Oscar Vilhena Vieira:

Fala-se em direitos de primeira, segunda, terceira e quarta gerações, buscando repercutir a evolução dos direitos na história européia. Em primeiro lugar teriam surgido os direitos civis, de não sermos molestados pelo Estado, direito de termos nossa integridade, nossa propriedade, além de nossa liberdade, a salvo das investidas arbitrárias do Poder Público. Esse grupo de direitos demarcaria os limites de ação do Estado Liberal. Uma segunda geração de direitos estaria vinculada à participação política ou direitos políticos. Partindo do pressuposto de que as pessoas são dotadas de igual valor, a todos deve ser dado o direito de participar de igual medida do processo político. Esses são constitutivos dos regimes democráticos. Uma terceira geração de direitos, decorre da implementação dos regimes democráticos e da incorporação do povo ao processo de decisão política, seria o reconhecimento pelo Estado de responsabilidades em relação ao bem-estar das pessoas – logo, de deveres correlatos aos direitos sociais estabelecidos pela ordem legal. São esses os direitos que caracterizam as democracias sociais. Por fim, fala-se num quarto conjunto de direitos relativos ao bem-estar da comunidade como um todo, como os relativos ao meio ambiente, ou de comunidades específicas, como o direito à cultura. (2006, p. 39)

Entretanto, a fraternidade está no capítulo dos Direitos Sociais na Constituição Federal, em que assegura a todos o direito à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados.

Segundo Osvaldo Barreneche a fraternidade como princípio pode ser entendida como:

(...) a fraternidade é um princípio político esquecido ou escondido no caminho da modernidade. (...) O desafio para aqueles que tomaram o estudo da fraternidade, neste caso, é definir, explicar, aprofundar melhor esse princípio para dar consistência e peso. É um princípio que deve demonstrar ainda mais plenamente a sua eficácia e condição base para construir algo novo. Todos os estudos em andamento vão passar nessa direção. Como princípio, é a matéria prima com a qual você tenta construir este prisma através do qual olhamos, tentando entender as coisas de uma maneira nova. (2010, p. 18-19).

Quando a fraternidade é vista como realidade, ou seja, experimentada na vida prática de cada ser humano, se torna desafios um grande desafio. Desta forma, a fraternidade como experiência, pode ser compreendida como princípio, categoria ou mesmo como perspectiva (BARRENECHE, 2010, p. 19-20).

É o amor mútuo, o socorro entre os próprios indivíduos da sociedade que proporcionará um mundo melhor, com práticas fraternas que conduzem a paz social. Portanto, exercitar o princípio da fraternidade, em todos os âmbitos é reconstruir a sociedade.

Sendo assim, é necessário primeiramente reconhecer o valor jurídico que contém a fraternidade no contexto constitucional, junto com sua ligação com o Direito, buscando a compreensão de que, quando se busca efetivamente dar corpo e alma a idéia de que o Direito deve servir à Justiça, deve servir à humanidade, poderemos chegar a paz social.

4 PAZ SOCIAL E FRATERNIDADE

No Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos todos os seres humanos são tratados como membros de uma grande família, sendo que dentre os seus vários direitos reconhecidos, encontra-se a paz no mundo, direito inerente à coletividade: “Considerando que o reconhecimento da dignidade

inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo;”.

No artigo 1.º da referida Declaração há menção expressa da fraternidade como um princípio universal, um norte, que leva a todos os seres humanos a lutarem pela liberdade, pela igualdade, pela dignidade e, inclusive, pela paz mundial. “Artigo 1º - Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.”

Neste sentido afirma Aquini (2008, p.133):

A fraternidade, todavia, não se apresenta apenas como enunciação de um conceito, mas como princípio ativo, motor do comportamento, da ação dos homens, com uma conotação essencialmente moral. Assim, Ela deve ser considerada – a meu ver- estreitamente ligada ao mesmo tempo ao preâmbulo, nas partes em que evoca a idéia da família humana e considera a declaração um ideal comum a ser alcançado por todos os povos e nações, e ao artigo 29, que introduz a ideia dos deveres que todo ser humano tem para com a comunidade.

Ainda sobre a Declaração Universal dos Direitos Humanos, Dobarro (2013) dispõe que a Declaração foi o maior apontamento jurídico criado pela humanidade no século XX, e tem como objetivo primordial o singular e absoluto intuito universal que é o da busca da paz, o que faz com que o ordenamento jurídico tenha essencial união com a fraternidade.

Prosseguindo, Dobarro citando lições do pesquisador Pozzoli, expõe:

A referida declaração, objeto de um estudo mais específico no item seguinte, consigna no seu texto o reconhecimento da dignidade da pessoa humana inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis como constitutivos do fundamento da liberdade, da justiça e da paz. Foram elementos importantes que tornaram os direitos da pessoa humana protegidos, para que a pessoa não se veja levada ao supremo recurso da revolta contra a tirania e a opressão. (POZZOLI, 2001, apud DOBARRO, 2013).

Porém, o proscênio internacional está repleto de conflitos e de atos atentatórios aos direitos humanos. Num mundo globalizado,

tal contexto de violência atinge uma variedade de situações cotidianas a afetar sobremaneira a qualidade de vida das pessoas. Todos os dias fatos divulgados na grande mídia colocam em xeque a competência de diversas instâncias do poder na gestão de conflitos políticos, sociais e econômicos. Tudo isso percuta com muita força nos países da América Latina. Cabe a cada um de nós a responsabilidade de conhecer, discutir e pôr em prática a cultura da PAZ.

Neste sentido, a paz não é somente abandonar o caminho da guerra, mas sim, em especial, abolir situações que podem ser consideradas tão nocivas quanto as guerras, como as injustiças e a exclusão social.

Entender em que consiste o conceito de paz é de grande importância para a compreensão de que a fraternidade é o caminho para conseguir a paz na sociedade.

Todavia, para que isso ocorra é necessário que a comunidade política atue de forma transparente e responsável, devendo os cidadãos sentir-se representados pelos poderes públicos, no respeito de sua liberdade.

A paz, afirma João Paulo II, é um bem indivisível: ou é bem de todos, ou não o é de ninguém. Na realidade, a paz só pode ser conquistada e usufruída como melhor qualidade de vida e como desenvolvimento mais humano e sustentável, se estiver viva, em todos, «a determinação firme e perseverante de se empenhar pelo bem comum». Isto implica não deixar-se guiar pela «avidez do lucro» e pela «sede do poder». É preciso estar pronto a «perder-se» em benefício do próximo em vez de o explorar, e a «servi-lo» em vez de o oprimir para proveito próprio (...). O "outro" – pessoa, povo ou nação – [não deve ser visto] como um instrumento qualquer, de que se explora, a baixo preço, a capacidade de trabalhar e a resistência física, para o abandonar quando já não serve; mas sim como um nosso "semelhante", um "auxílio". (PAPA FRANCISCO, 2014).

BOBBIO (2003, p. 97), dispõe que a paz é o fim de todo o ordenamento jurídico, e é a condição necessária para alcançar todos os demais fins, sendo a razão da existência do direito.

Porém, o homem da sociedade moderna se encontra perdido e precisa recuperar a sua originalidade. Muitos são acreditam que a única força possível de ser identificada é a força

das massas e dos governos. Na concepção da fraternidade, o ser humano se torna consciente da condição íntegra de construir a si mesmo e de se comprometer com a vida em Sociedade.

Fraternidade significa amor ao próximo; fraternização e união ou convivência com irmãos; harmonia, paz e concórdia. A Fraternidade tem um conceito rico, pois abrange a universalidade. Não é mero respeito ao direito, mais talvez um segredo central e a solução dos problemas ligados à dimensão planetária.

É realmente fundamental enxergar o que o mundo contemporâneo anseia e precisa para que se tenha concretizado o amplo conceito da fraternidade.

“Na verdade, a solidariedade (aqui também é possível referir-se à fraternidade) implica reconhecimento de que, embora cada um de nós componha uma individualidade, irredutível ao todo, estamos também juntos, de alguma forma imanados por um destino comum. Ela significa que a sociedade não deve ser um locus da concorrência entre indivíduos isolados, perseguindo projetos pessoais antagônicos, mas sim um espaço de diálogo, cooperação e colaboração entre pessoas livres e iguais, que se reconheçam como tais”. (SARMENTO, 2006, p. 295-296).

O objetivo da Constituição Federal é o reconhecimento da dimensão política que busca construir uma sociedade livre; uma dimensão social que procura construir uma sociedade justa e uma dimensão fraternal que sonha em construir uma sociedade solidária. Cada uma das três dimensões, ou seja, liberdade, igualdade e fraternidade, instituem categorias constitucionais. (ALCANTARA MACHADO, 2008).

Ocorre que o próprio ser humano emite juízos de valor, os quais refletem a realidade em que vivem de forma positiva ou negativa. O valor positivo vem do reconhecimento de qualidades que contribuem para o bem de toda a Sociedade, enquanto que o valor negativo, associa-se a algo ruim e confronta com o objetivo principal da fraternidade. (SILVA, 2009. p. 172).

Desta forma, a Fraternidade pode ser encontrada:

"na origem de um comportamento, de uma relação que deve ser instaurada com os outros seres humanos, agindo 'uns em relação aos outros', o que implica também a dimensão de reciprocidade. Nesse sentido, a fraternidade, mais do que um princípio ao lado da liberdade e da igualdade, aparece como aquele que é capaz de tornar esses princípios efetivos" (AQUINI, 2008, p. 137).

Deste modo, cada ação deve conter atos de fraternidade, incluindo aos mais distantes e desconhecidos. A alma da fraternidade que edifica a paz.

Os obstáculos para a harmonia da convivência humana não são apenas de ordem jurídica, ou seja, devidos à falta de leis que regulem esse convívio; dependem de atitudes, mais profundas, morais, espirituais, do valor que damos à pessoa humana, de como consideramos o outro. A paz só pode ser conquistada se estiver viva em todos, e a determinação de se empenhar pelo bem comum faz parte dessa conquista, pois a alma da fraternidade é o que edifica a paz. (LUBICH, 2006)

O Papa Francisco para o Dia Mundial da Paz, celebrado no dia 1º de janeiro de 2014, com o tema "Fraternidade, fundamento e caminho para a paz" afirma que a fraternidade é uma dimensão essencial do homem e que ela advém do seio familiar. Ele ainda lembrou que sem a dimensão fraterna entre os povos "se torna impossível a construção de uma sociedade justa, de uma paz firme e duradoura". A mensagem dele aborda temas atuais como o fenômeno da globalização, a paz, a guerra, a pobreza, o crime organizado, a economia e o relacionamento do homem com a natureza.

E convém desde já lembrar que a fraternidade se começa a aprender habitualmente no seio da família, graças sobretudo às funções responsáveis e complementares de todos os seus membros, momento do pai e da mãe. A família é a fonte de toda a fraternidade, sendo por isso mesmo também o fundamento e o caminho primário para a paz, já que, por vocação, deveria contagiar o mundo com o seu amor. (PAPA FRANCISCO, 2014).

Nas palavras do Papa (2014) a verdadeira fraternidade entre os homens exige uma paternidade transcendente, Deus, sendo que a

partir do reconhecimento Dele consolida-se a fraternidade entre os homens.

Parafrazeando as palavras do Senhor Jesus, poderemos sintetizar assim a resposta que Ele nos dá: dado que há um só Pai, que é Deus, vós sois todos irmãos (cf. *Mt* 23, 8-9). A raiz da fraternidade está contida na paternidade de Deus. Não se trata de uma paternidade genérica, indistinta e historicamente ineficaz, mas do amor pessoal, solícito e extraordinariamente concreto de Deus por cada um dos homens (cf. *Mt* 6, 25-30). Trata-se, por conseguinte, de uma paternidade eficazmente geradora de fraternidade, porque o amor de Deus, quando é acolhido, torna-se no mais admirável agente de transformação da vida e das relações com o outro, abrindo os seres humanos à solidariedade e à partilha activa. (PAPA FRANCISCO, 2014).

O verdadeiro sentido do direito reside na busca por justiça e pela construção de uma sociedade fraterna. Nelson Mandela já havia urgido que "ninguém nasce odiando", presume-se que esse ódio é aprendido e estimulado. Se for dessa forma, deve-se educar para a construção de uma cultura fraterna. (HORITA; SANCHES, 2014, p. 19)

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É a fraternidade a raiz mais sólida de uma verdadeira transformação social, por partir da mente e do coração das pessoas, sem se limitar as estruturas. Assumindo um papel de grande importância na nossa sociedade, pois impulsiona as relações sociais de forma recíproca.

A efetivação do princípio da fraternidade tornou-se urgente em nos dias atuais, como ferramenta de efetivação do bem comum, principalmente pela prevalência do individualismo e egoísmo que permeiam as relações entre os indivíduos.

Neste sentido, a valorização do princípio da fraternidade no âmbito jurídico vem para aprimorar a efetivação de direitos, garantindo maior segurança e maior eficiência na resolução de conflitos.

Assim, a fraternidade gera paz social, porque cria um equilíbrio entre liberdade, justiça, solidariedade e entre bens

individuais e bens comuns. Neste diapasão, os cidadãos devem sentir-se bem representados pelos poderes públicos no respeito à liberdade, à igualdade, à fraternidade e à paz social.

REFERÊNCIAS

ALCANTARA MACHADO, Carlos Augusto. **A Fraternidade como categoria jurídica jurídica- constitucional**. Disponível em <http://www.portalciclo.com.br/downloads/artigos/direito/CarlosMachado_AFraternidadeComoCategoriaJuridicoConstitucional.pdf>. Acesso 28 de abril de 2016.

AQUINI, Marco. **Fraternidade e direitos humanos**. In: Antônio Maria Baggio (org.). O princípio esquecido: a fraternidade na reflexão atual das ciências políticas. Tradução de Durval Cordas, Iolanda Gaspar, José Maria de Almeida. Vargem Grande Paulista: Editora Cidade Nova, 2008.

AQUINI, Marco. **Fraternidade e Direitos Humanos**. In: BAGGIO, Antônio Maria (Organizador). O Princípio Esquecido/1. São Paulo: Editora Cidade Nova, 2008.

BAGGIO, Antonio Maria (org). **O princípio esquecido**. São Paulo: Cidade Nova, 2008.

_____. **A redescoberta da fraternidade na época do “terceiro 1789”**. In: BAGGIO, Antonio Maria (Org.). O Princípio Esquecido/1. Traduções Durval Cordas, Iolanda Gaspar, José Maria de Alemida. Vargem Grande Paulista/SP: Editora Cidade Nova, 2008.

BARRENECHE, Osvaldo. Los estúdios sobre fraternidad en América Latina, In: BARRENECHE, Osvaldo(coord.) **Estudios recientes sobre fraternidad: De la enunciación como principio a la consolidación como perspectiva** . Buenos Aires: Ciudad Nova, 2010.

BOBBIO, Norberto. **O problema da guerra e as vias da paz**. São Paulo: Editora Unesp, 2003.

BRITTO, Carlos Ayres. **O Humanismo como Categoria Constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 10ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

CURY, Munir. Direito e Fraternidade na construção da Justiça. In: VERNEE, Josiane Rose Petry; OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de (org.). **Direitos**

na pós-modernidade: a fraternidade em questão. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011.

DOBARRO, Sergio Leandro Carmo. **A correlação entre dignidade da pessoa humana e a fraternidade.** Publicado em setembro de 2013.
<http://univem.edu.br/jornal/materia.php?id=391>. Acesso em 27 de abril de 2016.

FRADE, Amarah Farage. **Constituição e fraternidade:** Cultura, Doutrina e Jurisprudência de um novo paradigma constitucional. Dissertação (Mestrado), Curso de Pós Graduação em Direito, Faculdade de Direito da Universidade de Porto, 2013.

GORIA, Fausto. Fraternidade e direito: algumas reflexões. In: CASO, Giovanni et al. (Orgs.). Direito e fraternidade: ensaios/práticas forenses. **Anais do Congresso Internacional “Relações no Direito: Qual Espaço para a Fraternidade?”**. São Paulo: LTr, 2008.

HORITA, Fernando Henrique da Silva; SANCHES, Raquel Cristina Ferraroni. **Direito e educação:** a fraternidade em ação: uma abordagem interdisciplinar In: SANTOS, Ivanaldo; Pozzoli, Lafayette (Org.). São Paulo: Letras Jurídicas, 2014.

LAZZARIN, Sonilde K. O princípio da fraternidade na Constituição Federal Brasileira de 1988. **Direito & Justiça.** Porto Alegre, v.41, n. 1, jan.-jun. 2015.

LUBICH, Chiara. Ideal e Luz. **Pensamento, Espiritualidade e Mundo unido.** São Paulo: Cidade Nova, 2003.

LUBICH, Chiara. **Movimento dos focolares.** Disponível em
<<http://www.focolare.org/pt/news/2006/11/01/parola-di-vita-di-novembre-2006/>>. Acesso em 01 de maio de 2016.

NICKNICH, Mônica. O direito e o princípio da fraternidade. **RDU – Revista de Direito Univille.** Joinville, v. 2. n. 1, 2012.

PAPA FRANCISCO. **Fraternidade, fundamento e caminho para a paz.** 2014. Disponível em
<http://m.vatican.va/content/francescomobile/pt/messages/peace/documents/papa-francesco_20131208_messaggio-xxvii-giornata-mondiale-pace-2014.html#&ui-state=dialog&sref=https://delicious.com/direitofraterno>. Acesso em 02 de maio de 2016.

POZZOLI, Lafayette, LUCA, Guilherme Domingos de. Valores éticos na sociedade atual: fraternidade e sustentabilidade. In: **Fraternidade e sustentabilidade no Direito.** Curitiba: Editora Instituto Memória, 2015.

SANTOS FILHO, Agenor José dos. O princípio da fraternidade na perspectiva do neoliberalismo econômico. In: POZZOLI, Lafayette; SPLICITO, Christiane

(org.). **Teoria Geral do Direito**: ensaios sobre a dignidade humana e fraternidade. Birigui, SP: Boreal, Editora, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

Sarmento, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2006.

SILVA, Moacir Motta da. **A Ideia de Valor como Fundamento do Direito e da Justiça**. In: DIAS, Maria da Graça dos Santos et al. Política Jurídica e Pós- Modernidade. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

VIERA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais – Uma leitura da Jurisprudência do STF**. São Paulo: Malheiros, 2006.

PAZ E O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE UMA RELEITURA DO ENSINO RELIGIOSO NAS ESCOLAS PÚBLICAS DO BRASIL

*Luana Pereira Lacerda*¹⁹

*Marcelo Rodrigues Francisco*²⁰

1 INTRODUÇÃO

O Brasil, desde sua colonização, foi influenciado por uma religião, especificamente a Católica Apostólica Romana, e com isto, questões que envolvem, em especial, o ensino de religião nas escolas públicas tem se tornado grandes debates no meio social, uma vez que há dificuldade em estabelecer ou até mesmo concretizar a forma de Estado laico.

Nesse linear, conforme estabelece a Constituição Federal de 1988, inciso I do artigo 19 avedação dos entes Federativos: União, Estados Membros e o Distrito Federal, promoverem cultos religiosos ou embaraçarem, registra-se, nesse sentido, a da liberdade de religião, o Princípio da Laicidade.

¹⁹Aluna do Mestrado em Teoria do Direito e do Estado no Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, como Bolsista Institucional. Advogada. Membro e Secretaria Geral do Grupo de Pesquisa GEP - Grupo de Pesquisa de Estudos, Pesquisas, Integração e Práticas Interativas. Direito e Fraternidade. Realiza as atualizações da página Direito e Fraternidade, <<http://www.lafayette.pro.br/campanha-da-fraternidade-2016>> desde 2015. E-mail: luanaplacerdaadv@gmail.com

²⁰ Aluno do Mestrado em Teoria do Direito e do Estado no Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM. Especialista em Direito Educacional pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC-MG. Advogado. Secretário Geral e Procurador Institucional da FAJOPA – Faculdade João Paulo II. Analista de Educação a Distância pela Universidade Católica de Brasília- UCB. E-mail: marcello_rodrigues@msn.com

Além disso, a CF/88 também ressalta no inciso VI a “inviolabilidade a liberdade de consciência e de crenças, sendo assegurado o livre exercício de culto religioso”, e a garantia de cada religião à proteção aos locais de celebrações de sua liturgia e cultos, observando-se na forma da lei.

Nessas considerações, surge-se o debate quanto à forma e a existência do desenvolvimento do ensino religioso nas escolas públicas, isto porque, uma das preocupações é para que o meio ambiente escolar não promova a intolerância religiosa e coloque em risco a laicidade do Estado Democrático de Direito.

Nessa vereda, o Princípio da Fraternidade como categoria jurídica é um dos meios para convivência pacífica social, pois afirma a necessidade de implantar de forma pedagógica um ensino religioso, que promova um saber mútuo de respeito em relação a cada indivíduo e, além disso, a conscientização fraternal da ideia de um saber dos outros, perante os outros.

Além disso, para esta construção mútua de respeito para com a diversidade religiosa, registra-se o Direito à paz como quinta dimensão dos direitos humanos, para construção cultural religiosa da paz.

Partindo-se do exposto, o presente artigo se propõe a analisar a forma e a influência que o Brasil passou perante a colonização, perante os portugueses, a existência da diversidade religiosa no país, e a forma como alguns Estados Membros estão promovendo o ensino religioso nas escolas públicas para, então, registrar os caminhos que se deve orientar para a tolerância da religião com base na fraternidade e no direito à paz.

2 A PROPOSTA DO ENSINO RELIGIOSO NO BRASIL

No decorrer da história do Brasil, pode-se observar que muito mesmo antes dos colonizadores portugueses, os índios praticavam suas culturas e suas religiões.

No entanto, com a chegada dos portugueses, os índios tiveram a sua cultura e suas influências. Aqueles consideravam como uma manifestação de selvageria, passando a não respeitar e, conseqüentemente, os índios eram induzidos a praticar e conhecer a outras culturas, que começaram a surgir naquela época.

Nessa vereda, Junqueira e Kadlubitski (2014, p.375) afirmam “Como matriz da cultura, os jesuítas se apropriaram da língua *tupi-guarani* para incutir seus propósitos religiosos nos índios do Brasil e convertê-los à fé católica”.

Ademais, o Brasil passou a ser conhecido como um país de terras fértil, pois aqui era possível encontrar vários recursos naturais, minerais, em especial, o Pau Brasil, conseqüentemente houve a necessidade de ampliação de mão de obra braçal, uma vez que, os índios não aceitavam trabalhar de forma espontânea.

Com isso, vários povos como africanos, italianos e árabes, entre outros, começaram a chegar ao Brasil por meio de suas caravanas para trabalhar. Formando-se, assim, um cenário da diversidade cultural e religiosidade no país.

Nesse íterim, apesar das diversidades mencionadas, durante o Brasil colônia é possível observar que uma das religiões que predominava e catequizava diariamente era o Catolicismo, caracterizando, assim, o ensino religioso que vinculava Estado e Igreja.

Para Diniz, Carrião e Lionço (2010, p.39) registram:

Enquanto o país permaneceu como colônia de Portugal, firmou-se a hegemonia da religião católica, uma fusão cultural e política da religião como a monarquia que se atualizava no trânsito da elite governante entre a colônia e a coroa.

Aprofundando ainda tais reflexões, quanto à construção da religiosidade no Brasil Colônia, pode-se afirmar o que existia era liberdade de crença, pois, os cultos se assentavam na igreja Católica. Costa e Regis (2014, p.62) registram “Aos seguidores das demais religiões era concedido o direito de realizarem culto doméstico, em residência particular, e proibia-se a edificação de templos para a prestação dos cultos e sua liturgias.”

Nessa vereda, destaca-se outro momento histórico, a Proclamação da República, assim, Constituições brasileiras passaram a estabelecer outros vieses ao ensino religioso, este agora seria pela análise da diversidade da cultura. Nesse alcance, o ensino religioso passou a ser laico, público, gratuito e obrigatório, rejeitando o monopólio da religião Católica Apostólica Romana.

Na Constituição de 1934, especificamente em seu artigo 15, o Brasil registrou um dos marcos históricos do ensino religioso, o reconhecimento de uma das áreas do conhecimento com frequência gratuita, e ministrada de acordo com os princípios da confissão religiosa do aluno, o qual era manifestado pelos pais ou por algum responsável.

Entretanto, Junqueira e Kadlubitski (2014, p.376) ressaltam: “na prática, poucas mudanças significativas ocorreram, o Ensino Religioso continuou sendo o ensino da religião cristã.”

Na Constituição de 1937, o ensino religioso (art. 133) poderá ser admitido como matéria do “curso ordinário das escolas primárias, normais secundárias”, no entanto, era estabelecida a frequência não compulsória, bem como a não obrigação entre professores, mestre em lecionar.

Conforme o exposto, surgiram grandes discussões acerca do ensino religioso, e com isso, dois grupos ficaram conhecidos: “movimento renovador e ala católica”. Nesse momento, para aqueles, o país passa adquirir um novo cenário referente à política social, uma vez que antes a educação era privilégio das elites, e obtê-la por meio do pagamento, agora se encontravam as reivindicações tanto pelas classes médias, ensino médio, como também as classes populares no ensino primário. Assim, uns dos ideais desse movimento era o Estado assumir o comando da Educação, além disso, esta deveria ser de forma gratuita, obrigatória e alcançável a todos (STRECK, 2012, p. 263).

Já o movimento da ala Católica, acreditava-se que a “escola pública, leiga e gratuita” ao comando do Estado teria como consequência o monopólio estatal. Uma das críticas realizadas a este movimento: o referido monopólio era a própria Igreja católica (STRECK, 2012, p.263-264).

A partir disso, as constituições brasileiras começaram a estabelecer, cada vez mais, a ideia de assumir e edificar o ensino público religioso pelo Estado. Para tanto, a Constituição de 1946, em seu artigo 168, inciso V, registrou:

O ensino religioso constitui disciplina dos horários das escolas oficiais, é de matrícula facultativa e será ministrado de acordo com a confissão religiosa do aluno, manifestada por ele, se for capaz, ou pelo seu representante legal ou responsável.

Registra-se, também, que a educação brasileira era regida por Leis Orgânicas, as quais estabeleciam o ensino religioso pelos termos “práticas educativas”, como partes dos estudos e, ainda, como “Disciplina”. Porém, com a Lei de Diretrizes e Bases n.º 4.024, de 1961, estabeleceu-se as diretrizes as bases da Educação Nacional.

A partir disso, apesar dos avanços sociais, para estabelecer a desvinculação entre a religião e a educação surgiram novas discussões quanto às questões que envolvem as escolas públicas e particulares, em face da Lei de Diretrizes e Bases.

Nesse sentido, para a Igreja Católica, por meio do “partido da democracia”, caberia urgentemente assumir o ensino educacional pelo seguimento: a igreja, a família e, de forma subsidiária, o Estado. No entanto, para os “partidos da filosofia fascista e congêneres”, assim denominados pelos católicos, o homem é como indivíduo só possuidor de direitos que o Estado lhe confere, relatando “é erro continuar a escola na mão de particulares, pois além de ter econômicos, é privilégio dos ricos, é separatista das classes sociais e empecilho para progresso cultural do povo” (CNBB, 1996, p.67).

Nessa análise, percebe-se uma das grandes dificuldades enfrentadas pela sociedade brasileira, se parar o ensino educacional e o religioso da Igreja, especificamente, da religião Católica. O porquê era a forma de muitos acreditarem que o ensino religioso deveria ser orientado, com base tão somente aos que os pais praticavam e, como por essência da história do Brasil, o Catolicismo predominava nas famílias, portanto, deveria prosseguir.

Ademais, observa-se que, após o regime militar em 1984, e o com o início do período conhecido como “Nova República”, o Brasil caminhava para uma redemocratização, Constituição de 1988. Nessa análise, a CF/88 não omitiu quanto à diversidade de cultura existente no país para considerar o fenômeno da religião, ou seja, conheceu a liberdade de crenças e de consciência, conforme art. 5º VI “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e as suas liturgias”.

Além disso, afirmou que o Ensino Religioso é de matrícula facultativa, constituído por disciplina com horários normais dentro do ensino fundamental das escolas públicas (BRASIL, 1988, art. 210, §1º).

Neste sentido, Junqueira e Kadlubitsli (2014, p. 376) comentam:

Assim, a partir de 1988, a diferença religiosa não pode nem deve ser justificativa possível para apoiar qualquer ação de cisão, violência ou perseguição, uma vez que está pautada na ideia ilimitada de liberdade, recebida tanto pelos que descreem, quanto, por aqueles que creem num Ser Superior, tenha ele o nome que tiver, é de que a todos foi dada a opção do livre pensar e conseqüentemente de livremente optar pela prática religiosa que melhor lhe convenha.

Além disso, em âmbito infraconstitucional, adveio a Lei n.º 9.394/69, a qual dispõe acerca das Diretrizes e Bases da educação Nacional (LDB) que estabelece, em seu artigo 33, com redação dada pela Lei n.º 9.745/1997, a garantia do ensino religioso com parte integrante para formação básica dos cidadãos, assegurando a diversidade cultural religiosa, construindo a escola democrática, com mais inclusão e garantindo a multiplicidade cultural.

Nessa ideia de promover o ensino religioso democrático, Junqueira e Rodrigues comentam sobre necessidade do respeito para um alcance à convivência pacífica religiosa:

Para que um projeto pedagógico seja assumido colegiadamente pela comunidade educacional, é fundamental que respeite as múltiplas diversidades e a pluralidade cultural, que valorize a riqueza das diferenças manifestadas pelos sujeitos do processo educativo, em seus diversos segmentos (JUNQUEIRA, RODRIGUES, 2010, p. 108).

Neste entendimento, percebe-se que, desde sua colonização, o Brasil e a Religião é algo de discussão e questionamento, principalmente, a formacomo o Ensino Religioso deve ser desenvolvido no meio ambiente escolar. Assim, pode-se concluir a necessidade, de cada vez mais, ressaltar a tolerância religiosa, ou seja, a convivência pacífica.

3 OS DESAFIOS DA DIVERSIDADE CULTURAL RELIGIOSA

Para Constituição Federal de 1988, o Estado passou assumir e a exercer a laicidade, ou seja, não há uma religião oficial, com isto,

propõe uma religião sobre o aspecto da igualdade, perante cada cidadão que professa ou não alguma fé.

Costa e Regis (2014, p.62) ressaltam a prudência em colocar os termos laicidade e laico juntos, isto por que são conceitos distintos:

A laicidade estatal vem denominada como a desvinculação do Estado de uma religião oficial e como garantia da liberdade religiosa. Estado laico tem a sua fundamentação na democracia, pois ele não é instituído por dogmas religiosos, mas sim pela vontade popular.

Convém registrar, que a laicidade surgiu ao longo do tempo formado por um processo de independência, e conseqüentemente, causou o afastamento de alguns dos dogmas, do clero e, principalmente, do controle e do poder da Igreja Católica e, que para o Brasil não foi diferente.

Assim, com a CF/88 o Princípio da Laicidade foi consagrando em face do art.19, inciso I, ao estabelecer a vedação a todos os estados membros, distrito federal e a união:

[...] cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público.

Para a Declaração Universal da Laicidade do século XXI, a qual foi enunciada por Jean Baubérot (França), Micheline Milot (Canadá) e Roberto Blancarte (México) no Senado Francês, em 9 de dezembro de 2005, afirmou-se que diante da oportunidade ocasionada pelas comemorações do centenário da separação Estado-Igrejas na França, pode-se observar com relevância o Princípio da Laicidade como um fundamento perante um Estado constituído com Estado de Direito.

Art. 4º: Definimos a laicidade como a harmonização, em diversas conjunturas sócio-históricas e geopolíticas, dos três princípios já indicados: respeito à liberdade de consciência e a sua prática individual e coletiva; autonomia da política e da sociedade civil com relação às

normas religiosas e filosóficas particulares; nenhuma discriminação direta ou indireta contra os seres humanos.

A partir dessas considerações, uma das preocupações do Estado laico é garantir a laicidade. Nesse sentido, Diniz; Lionço e Carrião (2010, p.37) afirmam “O desafio passa a ser o de como assegurar que o ensino religioso proteja o marco da laicidade e promovaa formação básica comum e o respeito ao pluralismo”.

Martins afirma a importância de um real Estado laico, senão vejamos:

[...] estado laico é apenas um Estado conduzido por homens eleitos pelo povo, nas democracias, os quais exteriorizariam a vontade da sociedade, assim como o regime jurídico e a ordem pública que deseja que sejam conforme o país em que vive. É no Estado laico que o povo, e não líderes religiosos, que define as leis e o governo, que deve respeitar a vontade popular (MARTINS, 2012, p. 209).

Isso porque, cada cidadão tem a sua liberdade religiosa garantida entre os direitos fundamentais da primeira dimensão/ geração, conhecido como Direitos de defesa, em que o estado não pode interferir na vida de cada indivíduo.

Nesse sentido, afirma Bobbio (2002, p.48) “na qual um sujeito tem a possibilidade de agir sem ser impedido, ou de não agir sem ser obrigada, por outros sujeitos”

Pode-se considerar que a liberdade religiosa está relacionada ao livre – arbítrio – vontade- da pessoa humana de poder escolher e decidir o exercício livre e consciente de sua crença e culto, sem sofrer limitação ou coação de terceiros e por parte do Estado, mas sempre respeitando a liberdade de outrem (COSTA; REIS, 2014, p.60).

Registra-se que o conceito de Laicidade no Estado Brasileiro pode modernizar sobre duas vertentes, estas pautadas entre as “instituições básicas e as religiões. A primeira seria a neutralidade confessional, ou seja, o não uso de símbolos, expressões sagradas em espaços considerados públicos caracterizando, assim, um Estado neutro (DINIZ; LIONÇO; CARRIÃO, 2010, p.38).

Entretanto, o segundo seria que o conceito da laicidade no Brasil é a não neutralidade supramencionada, mas a pluriconfessionalidade. Tanto o é que alguns dos espaços públicos como Tribunais detêm de símbolos religiosos que agregam com a “ideia da anterioridade do fato religioso ao pacto político, que favoreceu a proteção constitucional ao ensino religioso nas escolas públicas” (DINIZ; LIONÇO; CARRIÃO, 2010, p.38).

É de suma importância, pois se verifica que o Brasil é um país de grande diversidade cultural e religiosa, isto porque, pelo último censo de 2010, realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), verificou-se que o país é considerado como plurirreligioso, e que apesar do decréscimo da religião Católica, esta ainda é predominante.

Nesse ínterim, outra questão que elevaram os debates quanto ao Ensino Religioso, o qual está também ligado ao Princípio da Laicidade no país, foi o Tratado do Brasil com a Santa Sé ratificado pelo presidente da República em 2008. Os porquês estão nas discussões referentes aos artigos: 11, §1º do decreto n.º 7.107/2010; 210, §1º CF/88; e 33 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação-Parecer, no que tangem ao caráter confessional, facultativo do ensino religioso nas escolas e a natureza do Estado laico.

Nessa vereda, a CF/88 estabelece em seu artigo 210, §1º, o Ensino Religioso nas escolas e a forma como deve ser desenvolvido:

Serão fixados conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais.

§ 1º O ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental.

Na Câmara dos Deputados, em face do artigo 11, a discussão está ao mencionar a confessionalidade Católica para Ensino Religioso. Na ocasião, as Comissões da câmara ressaltaram a necessidade de suprimi-lo sobre o argumento que o Brasil é um país laico, e poderiam as escolas públicas se tornarem espaços de discriminação cultural religiosa. Assim, a postura a ser seguida é a neutralidade confessional. Entretanto, o entendimento foi pela pluriconfessional, ou seja, a “presença das religiões em instituições básicas do Estado” (DINIZ; LIONÇO; CARRIÃO, p. 43).

Ademais, no parecer de Martins (2012, p. 219) sobre o tratado da Santa Sé, afirmou-se que o ensino religioso é obrigatório e que pode ser ensinado por docentes não confessionais. Porém, facultativo é ensino confessional, posto que “é aquele em que o professor versado na fé explica tais fundamentos a seus alunos, que completam a sua formação humana com a formação religiosa. E tais alunos freqüentarão tais cursos se os seus pais o desejarem”.

Entretanto, nas reflexões de Costa e Regis, registram-se:

Apesar dessa interpretação de que a Concordata Brasil - Vaticano fere frontalmente a laicidade estatal ao estabelecer o ensino confessional, é possível extrair que não ficou vedada a exposição e discussão de assuntos de caráter não confessional nas escolas, até por que a concordata destacou a diversidade cultural, o pluralismo existente no país, além de conceder a facultatividade ao aluno em efetuar a matrícula para frequentar o ensino religioso ministrado pela escola (COSTA; REIS, 2014, p. 70).

Além dessas considerações, outra questão relevante é com relação ao Estado Membro do Rio de Janeiro (RJ), isto porque, com a Lei nº 3.459/2000, estabeleceu-se o ensino da religião confessional, que distingue aulas pelos diferentes credos, católicos, evangélicos, espíritas e entre outros (CAVALIERE, 2007, p. 305).

Ao promovê-lo o Rio de Janeiro realizou concurso público, por meio de um decreto com possibilidade de 500 vagas para a contratação de professores de Ensino Religioso na educação básica, educação profissional e especial, não limitando somente ao ensino fundamental, conforme estabelece a LDB. Aquela lei afirma, ainda, que o conteúdo referente ao ensino mencionado é competência específica das “diversas autoridades religiosas, cabendo ao Estado o dever de apoiá-lo integralmente” e, ainda, estabeleceu a necessidade que os docentes sejam credenciados pela autoridade religiosa da qual pretendem ensinar (CAVALIERE, 2007, p.305).

Entretanto, a Confederação Nacional dos Trabalhadores em Educação (CNTE), em 2004 propôs a Ação de Direita de inconstitucionalidade (ADIn) n.º 3268, no Supremo Tribunal Federal (STF), afirmando que a lei representaria uma ameaça à laicidade do Estado Democrático de Direito, em especial, aos artigos 1º, 2º e 3º da Lei Estadual nº 3.459, de 14 de setembro de 2000:

Art.1º - O Ensino Religioso, de matrícula facultativa, é parte integrante da formação básica do cidadão e constitui disciplina obrigatória dos horários normais das escolas públicas, na Educação Básica, sendo disponível na forma confessional, de acordo com as preferências manifestadas pelos responsáveis ou pelos próprios alunos a partir de 16 anos, inclusive assegurado o respeito à diversidade cultural e religiosa do Rio de Janeiro, vedadas qualquer forma de proselitismo. Parágrafo único – No ato da matrícula, os pais, ou responsáveis pelos alunos deverão expressar, se desejarem, que seus filhos ou tutelados freqüentem as aulas de Ensino Religioso.

Art. 2º - Só poderão ministrar aulas de Ensino Religioso nas escolas oficiais, professores que atendam às seguintes condições: I – Que tenham registro no MEC, e de preferência que pertençam aos quadros do Magistério Público Estadual; II – Tenham sido credenciados pela autoridade competente, que deverá exigir do professor, formação religiosa obtida em instituição por ela mantida ou reconhecida.

Art. 3º - Fica estabelecido que o conteúdo do ensino religioso é atribuição específica das diversas autoridades religiosas, cabendo ao Estado o dever de apoiá-lo integralmente.

Nesse sentido, a antropóloga Janayna Lui, em entrevista concedida ao jornalista Marcelo Cabral, ressaltou sobre as questões de discussões envolvendo a mencionada lei, conforme segue:

[...] a escola é um lugar de formação de sujeitos que partilham identidades diversas. Falar de religião da maneira como ocorre atualmente, através do ensino religioso confessional, é complicado, sobretudo na escola pública que se define laica.

Outrossim, aprofundando as reflexões da entrevista, algumas religiões se posicionaram dizendo no que tange à forma do credenciamento e a remuneração dos professores. Nesse sentido, o Conselho Espírita do Estado do Rio de Janeiro (CEERJ) afirmou “o ensino espírita é praticado no lar e nos centros espíritas, dentro da premissa evangélica ‘dai de graça o que de graça recebestes’. Não concordamos com ‘professores de Espiritismo’ remunerados”.

Nessa análise, a matéria é merecedora de muito debate, pois ainda falta entender, buscar ou até mesmo reformular muitos conceitos, bem como analisar, a forma como deve ser conduzido o Ensino Religioso nas escolas, diante da diversidade cultural religiosa e a garantia do Estado laico.

No entanto, não se pode olvidar que as políticas desenvolvidas pelo Estado do Rio de Janeiro já são uma realidade social, devendo serem analisadas e acompanhadas.

Convém registrar, que o estado de São Paulo propõe nas escolas um Ensino Religioso voltado para uma releitura da religião sobre o fenômeno sociológico, diante da diversidade de culturas nas escolas públicas estaduais, baseia-se no ensino das histórias e é ministrado por docente de várias áreas do conhecimento: Filosofia, História e Sociologia.

Nesse sentido, dispõe o Decreto n.º 46.802, de junho de 2002:

Artigo 2.º - O Ensino Religioso a ser ministrado no horário normal das aulas das escolas estaduais terá caráter confessional, devendo assegurar o respeito a Deus, à diversidade cultural e religiosa, e fundamentar-se em princípios de cidadania, ética, tolerância e em valores universais presentes em todas as religiões. Parágrafo único - Não será admitido nas escolas públicas, qualquer tipo de proselitismo religioso, preconceito ou manifestação em desacordo com o direito individual dos alunos e de suas famílias de professar um credo religioso ou mesmo o de não professar nenhum.

Nessa análise, pode-se contratar que o tema de educação religiosa nas escolas brasileiras ainda é delicado e complexo, pois aquele envolve pontos centrais como: a cidadania, a liberdade de crenças e cultos, de forma que estes estejam atrelados à liberdade de consciência e ao Princípio da Laicidade perante à CF/88.

4 ASPECTO DOS DIREITOS HUMANOS: PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE E O DIREITO À PAZ

Ao estudar os direitos humanos, percebe-se que o seu elemento de historicidade é fundamental, diante das transformações no meio social, pois os direitos humanos surgem por uma "gerações/dimensões". Na medida em que a sociedade vai evoluindo, ocorre o processo de *dinamogenesis*, ou seja, novos direitos vão nascendo.

Silveira e Rocasolano relatam tal processo:

Tal processo permite uma crescente concretização da dignidade da pessoa humana, ao mesmo tempo em que atende às necessidades de cada novo momento histórico. Pela *dinamogenesis*, os direitos das gerações anteriores permanecem válidos nas seguintes, embora com roupagem nova, já que se alterou o paradigma destes direitos (2010, p. 231).

Assim, nesses aspectos de construção de direitos, destacam-se:

- **Primeira dimensão** - direitos civis e políticos este inerentes ao indivíduo, conhecido como garantia da sua liberdade referente ao Estado;
- **Segundadimensão**- direitos humanos sociais são os direitos econômicos e culturais, estes denominados de direitos de igualdade, e para talse vê ser assegurado a todos na mesma medida, por exemplo, saúde de educação;
- **Terceira dimensão** - fala-se em direitos meta- individuais coletivos e difusos direitos de solidariedade;
- **Quarta dimensão** - é referente à biotecnologia, à bioética e à regulamentação genética que relaciona de forma direta com vida da pessoa humana, por exemplo, a reprodução humana assistida (inseminação artificial).

Nessa oportunidade, ressaltam-se os direitos da terceira geração, em especial, a Fraternidade como categoria jurídica.

Nessa reflexão do Princípio da Fraternidade, observa-se no contexto histórico que, especificamente na Idade Moderna, a Fraternidade foi proclamada na Revolução Francesa, em 1789, ao lado dos Princípios da “Igualdade e Liberdade”.

No entanto, Baggio (2008) registra que, no decorrer da história, a Fraternidade veio sendo esquecida, diante de grandes regimes vividos pela humanidade. Entre eles, destaca-se o Regime de Vichy, que tinha como base um governo antoche, cuja principal característica era a submissão a outros regimes e, neste caso, a influência dos Nazistas. Assim, os lemas supramencionados (na referida Revolução) foram substituídos por “trabalho, família, pátria” (BAGGIO, O princípio Esquecido/1, p. 7).

Para Oliveira (2015) o esquecimento da fraternidade está ligado à liberdade e à igualdade pregada ao longo da história:

O problema do esquecimento da fraternidade está em que, como assinala a Crítica de Hegel, a Revolução Francesa de 1789, tomou a liberdade e a igualdade como princípio abstrato, com o que ficou desde logo inviabilizada a possibilidade de relação fraterna em sociedade, na medida em que esta reclama uma inserção na vida social e comunitária; a liberdade e a igualdade podem ser invocadas para regular um direito abstrato como o modelo surgido do Código Napoleônico; a fraternidade não; a fraternidade necessita de um chão histórico para operar efeitos. Resulta problemático, portanto, simplesmente resgatar do esquecimento a fraternidade sem questionar, ao mesmo tempo, uma concepção do instituto como princípio, no contexto de assimilação normativa pela ordem jurídica (OLIVEIRA, 2015, p.52-53).

A partir dessas considerações, a Fraternidade foi sendo conhecida pela humanidade como algo universal, ou, como alguns autores afirmam, “humanidade – comunidade de comunidades”, já que marcava um momento de plenitude junto aos Princípios da Liberdade e Igualdade.

Assim, o Art. 1º registra, em âmbito universal, os três Princípios – Liberdade, Igualdade e Fraternidade–, promovendo o encontro da humanidade em um só conjunto, de forma a não prevalecer o individualismo, pois o homem não existe individualmente, mas em uma relação contínua com seu semelhante, sobrepondo o seu agir de maneira fraterna.

Além disso, o Art. 29, em seu §1º, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, afirma: “O indivíduo tem deveres para com a comunidade, fora da qual não é possível o livre e pleno desenvolvimento da sua personalidade”.

Nessa vereda, percebe-se a Fraternidade embasada em responsabilidade, ou seja, o homem deve ter o compromisso com seu meio social, e só assim se pode falar em formação de uma personalidade concreta e fraterna. O Estado estabelece o dever pelas próprias constituições, e a definição da palavra “comunidade” ultrapassa fronteiras, ou seja, responsabilidade fraterna é global e promovida por um grupo social que a passa de geração para geração.

A fraternidade, por sua vez, “responsabiliza” cada indivíduo pelo outro e, conseqüentemente, pelo bem da comunidade, e promove a busca de soluções para aplicação dos direitos humanos que não passam necessariamente, todas, pelas autoridades públicas, seja ela local, nacional ou internacional. (AQUINI, PRINCÍPIO ESQUECIDO /1. 2008. p.39).

A Constituição Federal de 1988 consagrou em seu preâmbulo como base de ordem democrática os princípios: da liberdade, igualdade e fraternidade para construção de uma sociedade mais justa, fraterna pluralista e principalmente sem preconceito. Assim, poderá o aplicador do direito na sua forma analógica a efetivar as normas constitucionais tanto nos artigos como no preâmbulo, especificamente o Princípio da Fraternidade para a concretização deste documento jurídico, pois a maioria são normas pragmáticas, ou seja, são de eficácia mediata, que necessitam ser completadas, posteriormente.

Lima deixa clara a importância do preâmbulo para o ordenamento jurídico:

Sendo assim, o intérprete da constituição pôde obter a norma valendo-se tanto das disposições dos seus artigos quanto do preâmbulo constitucional: o Preâmbulo é, ao mesmo tempo, a síntese das aspirações nacionais e um documento político com elementos claramente ideológicos (LIMA, 2012, p.202).

Assim, pode-se entender que o direito não é apenas a lei, a qual será ou não aplicada ao caso concreto, como também possui a sua complexidade, uma vez que faz parte dos acontecimentos que ocorrem na sociedade, por meio dos quais teremos a pacificação social, caso haja atitudes fraternas, tornando possível o progresso comunitário, em vez do aumento de conflito.

Nessa linha de reflexões, bem como entendimento, ainda na análise do processo histórico das dimensões dos direitos humanos, destaca-se a quinta dimensão/geração esta relacionada com o Direito à paz. Isto porque, uma das discussões doutrinárias é no sentido de que o Direito de Fraternidade, da terceira dimensão, não afirmou de modo complemento do Direito à paz

Neste sentido, pode-se observar o posicionamento do autor Paulo Bonavides (2008, p.83):

Não desenvolveu as razões que a elevam à categoria de norma. Sobretudo aquelas que lhe conferem relevância pela necessidade de caracterizar encabeçar e polarizar toda uma nova geração de direitos fundamentais, como era mister fazer e ele não o fez. O direito à paz caiu em um esquecimento injusto por obra talvez da menção ligeira, superficial, um tanto vaga perdida entre os direitos da terceira dimensão.

O Direito à Paz passa a ingressar nas dimensões dos direitos humanos, e com isso a sua natureza, para mundo contemporâneo, é condição de realização dos próprios direitos humanos, e para tanto, ao homem indivíduo, a paz deve ser colocada em sua vida como referencial no processo de condução da sua própria história.

Nessa vereda, surgem-se os primeiros documentos históricos referentes à necessidade de tutela e garantir, para sociedade contemporânea, o Direito à paz, registra-se, portanto, não como uma utopia, mas uma perspectiva de inovação e superamento.

Destaca-se a Declaração das Nações Unidas sobre a preparação das Sociedades para viver em paz, em 14 de dezembro de 1978, que veio aprovar a Resolução 33/73, na 84ª Sessão Plenária da Assembleia da ONU, assim, passou-se a consagrar expressamente o Direito à paz como direito fundamental.

Além disso, outras bases correspondem a Declaração Universal dos Direitos do Homem, Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, Declaração dos Direitos dos Povos à Paz. Para tal importância, de construção jurídica, Paulo Bonavides (2008, p.84) registra a finalidade quanto à garantia do Direito à paz: "O direito à paz é concebido ao pé da letra qual direito imamente, sendo condição indispensável ao progresso de todas as nações, grandes e pequenas, em todas as esferas".

Na constituição Federal de 1988, o Direito à paz se tornou um princípio constitucional, diante do artigo 4º, inciso 6º, ao estabelecer que República Federativa do Brasil seja regida por alguns princípios como:

[...] independência nacional; prevalência dos direitos humanos; autodeterminação dos povos; não-intervenção; igualdade entre os Estados; defesa da paz; solução pacífica dos conflitos; repúdio ao terrorismo e ao racismo; cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; concessão de asilo político [GRIFO NOSSO].

Torna-se oportuno registrar que vivermos em um Estado democrático, e para tal tanto os entes Federativo, distrito federal, sociedade civil, meio social, e etc, devem consagrar e exercer o processo da indivisibilidade, ou seja, democracia, direitos humanos e paz.

Nesse entendimento, afirma Machado:

Deste modo, a democracia autêntica realiza a paz e a justiça, termos indissociáveis. Somente numa sociedade democrática os direitos humanos estão garantidos, e assim, o direito à paz. Por outro lado, para que uma democracia seja efetiva, além de reconhecer os direitos humanos, deve lançar mão de um pacto de não agressão e de uma resolução de controvérsias sem o uso da força (MACHADO, 2008, p. 11).

Assim, nesse sentido, elevou-se o Direito à paz como direitos fundamentais, porém o que se observar na sociedade atual é a falta de sua universalização, de seu alcance. Nesse entendimento, o Direito em si, bem como a sociedade, deve requerer o Direito à paz de forma que requer à moradia, a igualdade, a liberdade, etc.

A idéia de paz é consubstancial à idéia de direito. O direito é, por essência, uma ordem para a preservação da paz. A paz não pode caracterizar-se somente pela ausência da violência, já que a idéia de paz se integra necessariamente com a idéia de justiça. A paz é uma ordem de liberdade, em que há equilíbrio entre direitos e deveres, um sistema adequado em função do bem comum (MACHADO, 2008, p. 6).

Nessa análise, no processo de dimensões dos direitos humanos, o princípio da Fraternidade encontra-se na terceira dimensão, apesar do longo esquecimento, no decorrer da história da sociedade a Fraternidade existe e é exercida pela sociedade, porém é inegável a sua necessidade cada vez no meio social para que

promova uma sociedade fraterna, justa e pluralista, com respeito um para com o outro, além de comprometimento.

Nessa linha, o Direito à paz traz consigo o impulso para superação do ser humano do não praticar a violência. Ao mesmo tempo é salvaguarda dos direitos humanos, na medida em que a paz é reconhecida como a quinta dimensão dos Direitos humanos.

Assim, observa-se que viver em um dever fraternoum para com os outros na harmonia entre Direito e Paz é um dos caminhos, seja no plano interno seja no internacional, o equilíbrio entre direitos e deveres da sociedade em si, civil e toda a sua abrangência humana.

5 O ENSINO RELIGIOSO UMA ANÁLISE A PARTIR DO PRINCÍPIO DA FRATERNDIADE E O DIRIETO À PAZ

O Ensino Religioso fraternal desenvolvido nas escolas públicas traz grandes vantagens para a convivência pacífica no meio social. No entanto, convém ressaltar, que aquele deve ser orientado pelo direito à liberdade religiosa; em que cada cidadão possui por ser umdos direitos fundamentais, bem como Laicidade do Estado e seu modelo laico.

Nesse sentido, Costa e Reis (2014, p. 72):

O ensino religioso na escola pública traz grandes benefícios, principalmente na retomada de um dos princípios da revolução francesa, a fraternidade, pois mostra à criança, diante da ampla diversidade religiosa, a importância da convivência cordial e pacífica entre as pessoas.

Nesses caminhos, o ato de respeito, para com o outro propiciará um novo experimento, este terá como consequência a Fraternidade, uma ação mútua do saber da religiosidade uns para com os outros no meio ambiente escolar.

Nessa vereda, diante da diversidade cultural e religiosa na sociedade brasileira, é necessária a observância de outros caminhos como complemento de harmonia, para garantir à liberdade religiosa e a de crença.

Nessa perspectiva, o ensino religioso fraternal torna possível o “buscar” por valores éticos, para construção da cultura da paz. Isto

por que, a paz pode ser entendida como uma ordem de liberdade, ou seja, há existência do equilíbrio entre deveres e direitos.

Para o alcance do ensino religioso nas escolas públicas como tolerância, pode-se registrar a necessidade que a escola tenha como objetivo central: o diálogo e a preocupação quanto à composição dos educadores, pois este deve sempre respeitar as escolhas religiosas dos alunos, empenhando-se para promover a necessária compressão do homem em si, sobre os conceitos dos princípios da ética.

A ética deve sempre permear a condução dos diálogos interreligiosos, principalmente em um ambiente escolar com a diversidade de pessoas oriundas das mais diferentes classes sociais e culturas e que trazem consigo uma visão de mundo muito particular, que, no ambiente escolar, podem ser transformadas em conhecimento (PECINI, 2004, p. 109).

Assim, tomando por base a proposta de diálogo, para levar em consideração a diversidade religiosa e sua tolerância, verifica-se a formação de uma sociedade consciente, em que cada indivíduo tem a sua maneira de ser, bem como de crer, ou seja, a sua liberdade de crença.

Nesse processo de tolerância religiosa comentam:

Portanto, a prática pedagógica do ensino religioso implica na existência da tolerância e respeito às pessoas que possuem outras religiões ou pontos de vista diferentes do professor ou da maioria dos alunos. A tolerância é uma palavra chave nas relações entre as pessoas com suas diferentes crenças religiosas, nesse caso, pode-se dizer que é preciso saber conviver com e nas situações (RIBEIRO; KLEBIS; BOLCOLI, 2015, p. 1337).

Nesse sentido, afirma Streck (2012, p. 273):

Os contextos brasileiros e a realidade plurirreligiosa podem ser diversificados, mas as grandes questões que se apresentam são quase as mesmas, o que abre a possibilidade de aprendermos uns dos outros e em conjunto para construir um mundo melhor.

Porém, Costa e Reis chamam atenção para a forma como deve ser desenvolvido o Ensino Religioso nas escolas públicas:

A matéria ainda merece muito debate, porém, cabe ao Estado fomentar que se ministre ensino religioso nas escolas públicas, mas não de forma que se encontra hoje, que se finge que o caráter é não confessional, que na verdade destina-se um professor para ministrar aulas somente de uma religião (COSTA; REIS, 2014, p. 73).

Nessa vereda, Paulo Pulido Aragão (2002, p.435) registra o meio de observâncias mediante princípios, na finalidade de estabelecer um espaço religioso dentro das escolas públicas:

- 1 - Possibilidade de acesso de todas as confissões religiosas, segundo a própria representatividade e sem discriminação;
- 2 - liberdade de opção positiva dos alunos e dos pais;
- 3 - Definição pelas confissões religiosas dos programas e conteúdo.

Nesse compromisso para com a formação dos cidadãos, no ambiente escolar terá como consequência a compressão e a consciência que o ser humano deve buscar cada vez mais a sua convivência de forma pacífica no meio social.

Nesse sentido, afirmam Ribeiro, Klebis e Bolcoli (2015, p.1344)

Um bom cidadão reconhece que ele não vive isoladamente, que ele precisa do outro e consequentemente entender que suas ações implicarão também na vida do próximo; esse é o ponto de partida para a construção real de uma cultura para a paz. [GRIGO NOSSO]

Nessa análise, observa-se, também, que O princípio da Fraternidade traz para sociedade brasileira o caráter fraterno, na reflexão da diversidade cultural religioso, em especial o ensino religioso nas escolas, isto porque, a partir da Fraternidade haverá o renascer, conhecer, valorizar e respeitar cada religião, na finalidade de promover a convivência fraterna e o buscar para com a construção da paz social.

Nesse sentido, é também um saber dos outros, com os outros. Se por um lado, o Ensino Religioso oportuniza uma busca pessoal pelo Transcendente, por outro lado também abre espaço para uma vivência e uma partilha desta busca, para o diálogo como o outro, sem que isso se deva caracterizar como ensino de uma determinada religião (STRECK, 2012, p. 271).

Nesse sentido, fala-se em um ensino para educar, a tolerância, baseado em um diálogo fraterno e na construção da paz social, que ressalta a diversidade religiosa do país, bem como, o Princípio da Laicidade, ou seja, o desvincular da ideia de uma religião oficial, e ainda, garantido Estado laico, predominância da vontade popular na escolha de suas religiões.

A partir do exposto, será possível falar em uma escola neutra que promove a convivência religiosa, respeito uns para com os outros e a construção de valores éticos com horizonte central a cultura da paz.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal de 1988 ressaltou Direito à liberdade religiosa e a de crença, especificamente no inciso I, artigo 19. Assim, tem-se o Princípio da Laicidade do Estado, ou seja, a não existência de uma religião oficial, o Estado laico, este associado à democracia em que cada cidadão poderá seguir de acordo com sua concepção e ideologia religiosa.

Nesse ínterim, pode-se observar que desde colonização, o Brasil era influenciado por religião, pois existia movimento de catequização, desenvolvido pelos portugueses por meio da religião Católica Apostólica Romana para com os índios e as pessoas que começaram a residir no país. Com o passar do tempo a referida, promoveu nas escolas públicas o ensino religioso voltado para os seus credos, influenciando cada vez mais, na composi o religiosa da sociedade brasileira.

Em virtude do exposto, vários questionamentos existiram: a necessidade de estabelecer dentro das escolas um ensino religioso que não venha comprometer o caráter confessional do Estado democrático de Direito. E sim, uma oportunidade, de mostrar as crianças um novo experimento de releitura da religião ou um estudo da sua própria religião, baseado através de uma presença facultativa

e pedagógica, na finalidade de desenvolverem respeito e a tolerância para com outros, tratando-se de crenças religiosas.

Nesse sentido, pode-se adotar o Princípio da Fraternidade, na finalidade de promover uma convivência fraterna religiosa, e não de um ato de imposição por meio de um ensino religioso no meio ambiente escolar, o que teria como consequência a intolerância religiosa, uma vez que o Brasil é composto por uma diversidade cultural religiosa.

Além disso, com ponto central, pode-se observar a necessidade de construir de forma pedagógica a cultura pela paz, paz só a partir disso que será possível em se falar em tolerância religiosa.

Na medida em que promover o Direito à paz com o reconhecimento da quinta dimensão dos direitos humanos, a sociedade deve buscar, principalmente, diante da diversidade religiosa existente no país a sua concretização como forma de inovação e superação.

Com isto, o ensino religioso, desenvolvido pelo Estado do Rio de Janeiro, em análise, observou que um dos pontos questionado quanto aos professores que propõem lecionar, mediante uma remuneração, o ato de credenciamento pela autoridade religiosa, ou seja, a interferência de forma direta da religião na Educação, o qual deveria ao contrário, o Estado.

Assim, para tolerância religiosa baseada na construção cultural da paz, há necessidade da Fraternidade nos modelos de ensino religioso atual, aos que vierem surgir, uma consciência da responsabilidade de todos pela ação na promoção humana, tendo em vista, questões da religião que possam ser analisadas com um respeito mútuo, o saber do conhecimento uns para com os outros, respeito cultural religioso e a garantia do direito à paz.

Por fim, essa brilhante dicotomia, nos dá uma perspectiva de amenizar, reduzir até extinguir a intolerância religiosa, utilizando o Princípio da Fraternidade no desenvolvimento pedagógico do ensino religioso nas escolas públicas, para uma real convivência social, ou seja, a construção cultural à paz.

REFERÊNCIAS

- ADRAGÃO, Paulo Pulido. **A liberdade religiosa e o Estado**. Coimbra: Almeida, 2002.
- BAGGIO, Antonio Maria (Org.). **O princípio Esquecido/1: A Fraternidade na reflexão atual das ciências políticas**. Vargem Grande Paulista: Cidade Nova, 2008.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de C. N. Coutinho. Rio de Janeiro: Nova. 3. Reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26 ed., atualizada. São Paulo: Malheiros, 2011.
- _____, Paulo. **A quinta geração dos direitos fundamentais**. Direitos Fundamentais e Sociais. N.º 3º. Abr/Jun. 2008. Disponível <http://dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/3_Doutrina_5.pdf> . Acesso em 19 de abr. 2016.
- BRASIL. **ADI 3268 – Ensino Religioso em escolas públicas**. Disponível em: <<http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/ADI%203268%20-%20resumo%20-%20STF%20em%20Foco.pdf>> . Acesso em: 19 nov. 2011.
- BRASIL. **Censo Demográfico 2010: Religião – Amostra**. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/estadosat/temas.php?sigla=ap&tema=censodemog2010_relig>. Acesso em: 30 abr. 2016.
- BRASIL. **Decreto nº. 46.802, de 5 de junho de 1995**. Dispõe sobre o Ensino Religioso nas escolas públicas estaduais de ensino fundamental e dá providências correlatas. Planalto. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2002/decreto-46802-05.06.2002.html>>. Acesso em: 28 set. 2015.
- ESTADOS UNIDOS. **Constituição dos Estados Unidos no Brasil, de 18 de setembro de 1946**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 30 abr. 2016.
- CABRAL, Marcelo. **Debate: ensino religioso na rede pública de educação**. Disponível em: <<http://www.forumrio.org/ultimas/ensino-religioso-na-rede-publica-de-educacao-do-rio-de-janeiro-divide-opinioes/>>. Acesso em: 30 ago. 2015.
- CAVALIERE, Ana Maria. O mal-estar do Ensino Religioso nas Escolas Públicas. **Cadernos de pesquisa**, v. 37, n. 131, mai./ago.2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cp/v37n131/a0537131.pdf>> . Acesso em: 29 ago. 2015.
- CONFERÊNCIA** nacional dos bispos (CNBB). Regional Sul III. Texto referencial para o Ensino Religioso Escolar. Petrópolis: Vozes, 1996.

COSTA, Ilton Garcia da; REIS, Junio Barreto dos. Ensino Religioso nas escolas públicas, tolerância ou exclusão. In: SANTOS, Ivanaldo; POZZOLI, Lafayette. (Orgs.). **Direito e educação: fraternidade em ação**: uma abordagem interdisciplinar. 1. ed. São Paulo: Letras Jurídicas.

DECLARAÇÃO Universal da Laicidade no Século XXI. Disponível em: <<http://www.bulevoador.com.br/2009/09/declaracao-universal-da-laicidade-no-seculo-xxi/>>. Acesso em: 28 ago. 2015.

DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos. Disponível em <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf > Acesso em 28 abr 2016.

DECLARAÇÃO sobre o Direito dos Povos à Paz. Disponível em <http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_28028.htm> . Acesso em 28 abr. 2016

DINIZ, Debora; LIONÇO, Tatiana; CARRIÃO, Vanessa. **Laicidade e ensino religioso no Brasil**. Brasília: UNESCO: Letras Libres, 2010.

JUNQUEIRA, Sergio Rogério Azevedo; KADLUBITSKI, Lidia. Diversidade Religiosa na educação no Brasil. **Revista Caminhos**, v.12, n.2, jul. /dez. /2014. Disponível em: <<http://seer.ucg.br/index.php/caminhos/article/view/3546/2056>>. Acesso em: 28 ago.2015.

_____; RODRIGUES, Edile Fracaro. A identidade do Ensino Religioso no contexto da laicidade. **Revista Horizonte**, v.8, n.19, out./dez.2010. Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/horizonte/article/view/P.2175-5841.2010v8n19p101>>. Acesso em: 28 ago. 2015.

LIMA, Alexandre José Costa. O princípio da fraternidade na Constituição. In: LOPES, Paulo Muniz (org.). **A Fraternidade em Debate**: percurso de estudos na América Latina. Tradução de Luciano Meneses Reis, Silas de Oliveira e Silva, Orlando Soares Moreira. Vargem Grande Paulista: Cidade Nova, 2012, p. 202.

MACHADO. Sulamita Crespo Carrilho. **A violência e o Direito à Paz**. Disponível em < <http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2012/08/PDF-D7-06.pdf>>. Acesso em 18 abr. 2016.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Educação Religiosa nas Escolas Públicas, inteligência do Art. 210da Constituição Federal. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria. (Orgs.). **Revistas dos Tribunais - Direitos Econômicos, Sociais, culturais e Ambientais**, v.3, São Paulo, 721/79. Nov. 1995. Coleção doutrinas essenciais.

OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de. O princípio da Fraternidade no âmbito das revoluções moderna e contemporânea. In: VERONESE, Joseane Rose Petry; OLIVEIRA, Olga Maria B. Aguiar. (Orgs.). **Direitos na pós-**

modernidade: a fraternidade em questão. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011.

PACTO Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Disponível em <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tiduniversais/cidh-dudh-direitos-civis.html>>. Acesso em 28 abr.2016

PECINI, José Cláudio. **O Ensino Religioso e o seu Caráter Formador do Cidadão Contemporâneo**. 2004. 128 p. Dissertação (Mestrado em Educação) – Pró-Reitoria da Pesquisa e Pós-Graduação, Universidade do Oeste Paulista – UNOESTE, Presidente Prudente, 2004.

RIBEIRO. Angélica Ferreira; KLEBIS; Augusta Boa Sorte O. BOLCOLI, Olga Maria de Andrade P. **O Diálogo e a tolerância no ensino religioso como fatores contribuintes para a cultura da paz**. Encontro Nacional de Ensino, Pesquisa e Extensão, Presidente Prudente, 19 a 22 de outubro, 2015.

Disponível em <

<http://www.unoeste.br/site/enepe/2015/suplementos/area/Humanarum/Educa%C3%A7%C3%A3o/O%20DI%20C%81LOGO%20E%20A%20TOLER%C3%82NCIA%20NO%20ENSINO%20RELIGIOSO%20COMO%20FATORES%20CONTRIBUINTES%20PARA%20A%20CULTURA%20DA%20PAZ.pdf>> .

Acesso em 18 abr. 2016

STRECK, Gisela Waechter. **O Ensino Religioso e a diversidade religiosa no Brasil:** desafios para educação. Disponível em:

<<http://www2.pucpr.br/reol/pb/index.php/pistis?dd1=6049&dd99=view&dd98=pb>>. Acesso em: 28 ago. 2015.

VATICANO. **Ratificação do Acordo entre a Santa Sé e a República Federativa do Brasil**. Disponível

em:<http://www.vatican.va/roman_curia/secretariat_state/2009/documents/rc_seg-st_20091210_ratifica-acc-brasile_po.html>. Acesso em: 29 ago. 2015.

A CONCILIAÇÃO E A MEDIAÇÃO NO DIREITO DAS FAMÍLIAS EVITANDO QUE A EMOÇÃO SE TORNE COMBUSTÍVEL DOS CONFLITOS

*Alinne Cardim Alves Martha*²¹

*Cassiane de Melo Fernandes*²²

1 INTRODUÇÃO

O Novo Código de Processo Civil investiu intensamente na promoção das técnicas alternativas de solução de conflito. O foco do nosso estudo é demonstrar as vantagens da conciliação e da mediação no âmbito do direito das famílias como forma de pacificação social.

De início é importante ressaltar que o direito da família e sucessões, passou a ser o direito das famílias e sucessões, devido à pluralidade, em face às inúmeras possibilidades de formação de vínculo familiar existentes como a família monoparental, plural, multiparental, entre outras. A família deixou de ser a união de duas pessoas heterossexuais com a finalidade de reprodução, dando lugar a união de qualquer pessoa pelo vínculo do afeto. Assim, possibilitou-se que o princípio do afeto, adentrasse ao ordenamento jurídico, se inserindo como alicerce do direito das famílias. Passado a entender a necessidade de se adequar a nomenclatura do direito de família para direito das famílias e sucessões, é importante refletir sobre a

²¹ Mestra em Direito Constitucional pelo Centro de Pós Graduação da Instituição Toledo de Ensino – ITE/Bauru. Especialista em Direito Constitucional pela Università Degli Studi di Pisa. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito de Bauru/ITE. Advogada.

²² Mestranda em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto. Especialista em Direito Empresarial pela Faculdade Barretos (FB). Conciliadora e Mediadora do TJ-SP. Docente da Faculdade Barretos. Advogada.

importância da mediação e conciliação no âmbito das relações familiares. O que se busca é um novo olhar voltado à paz, à harmonia e a justiça.

É importante saber a diferença entre conciliação e mediação para que na prática, saibamos qual o método mais adequado de solução de conflitos, que produz mais resultados positivos. A mediação busca transformar uma situação adversarial em um processo colaborativo, estimulando diálogo e a construção criativa da solução do problema pelas próprias partes, enquanto a conciliação é um processo consensual breve, onde o facilitador adota uma postura mais ativa buscando a harmonização social.

O Novo Código de Processo Civil no seu artigo 694 ressalta que: “Nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para mediação e conciliação.” No âmbito de direito de família, a tendência é que a mediação prevaleça sobre a conciliação, uma vez que a mediação possibilita uma ampla discussão do conflito familiar, enquanto a conciliação permite um trabalho mais pontual e breve sobre o litígio.

Vale ressaltar que essa possibilidade de solução adequada do conflito vem resguardar e privilegiar a dignidade da pessoa humana, metadireito que deve ser efetivado sempre.

Assim elucida Ingo Wolfgang Sarlet (2009, p.89):

(...) na condição de limite da atividade dos poderes públicos, a dignidade necessariamente é algo que pertence a cada um e que não pode ser perdido ou alienado, porquanto, deixando de existir, não haveria mais limite a ser respeitado (este sendo considerado o elemento fixo e imutável da dignidade). Como tarefa (prestação) imposta ao Estado, a dignidade da pessoa reclama que este guie as suas ações tanto no sentido de preservar a dignidade existente, quanto objetivando a promoção da dignidade, especialmente criando condições que possibilitem o pleno exercício e fruição da dignidade, sendo portanto dependente (a dignidade) da ordem comunitária, já que é de se perquirir até que ponto é possível ao indivíduo realizar ele próprio, parcial ou totalmente, suas necessidades existenciais básicas ou se necessita, para tanto, do concurso do Estado ou da comunidade (este seria, portanto, o elemento mutável da dignidade), (...).

Evidente que a mediação e a conciliação são formas de permitir à pessoa humana a preservação e o respeito de sua dignidade, uma vez que disponibilizam alternativas possíveis de resolução de conflitos, privilegiando as partes envolvidas através de empoderamento e autonomia da vontade, propiciando o restabelecimento da comunicação mútua, fazendo com que cada indivíduo perceba a importância que tem em si mesmo, nas relações com os indivíduos e com a sociedade e buscando a pacificação social.

Nesta trilha, notamos que o Novo Código de Processo Civil, passou a ter um estímulo maior pela figura da mediação, linha que já vinha ocorrendo com a conciliação e com a arbitragem, o que reflete a tendência atual de se desmitificar a “cultura da sentença”.

Quando nos deparamos com uma demanda que envolve questões familiares, as quais deslocam - se diretamente para via judicial, o que se percebe é que muitas vezes as partes movidas por suas emoções interpoem outras demandas de diversas naturezas para agredir o outro, ou ainda os processos geram outros problemas como alienação parental, violência contra a mulher, maus-tratos de criança e adolescente, ou seja, a demanda judicial se transforma em um processo de ódio. Por outro, quando se incentiva a mediação e a conciliação nos processos de cunho familiar, é possível buscar a retirada da carga subjetiva do processo, e trabalhar apenas com a carga objetiva, fazendo com que as partes, se coloquem na posição do outro, e abram o canal de comunicação. O saber ouvir das partes é requisito indispensável para que um acordo seja alçado e a Paz restabelecida entre os sujeitos, criança, adolescentes, jovens e idosos, entre outros.

Nos casos do direito das famílias por se tratar de relações continuadas, na maioria dos casos, optar pela conciliação leva a um resultado negativo. Optar pela mediação nestes tipos de conflito é não restringir à solução da controvérsia, atacando todas as questões pertinentes à relação das partes. Assim, o objetivo da mediação não se limita a um acordo como ocorre na conciliação, mas diz respeito à relação humana, o que torna evidente a adaptação dessa prática aos conflitos familiares e o estímulo da pacificação social.

Antigamente, os métodos autocompositivos de solução de conflitos eram conhecidos como “alternativos a jurisdição”, com a resolução do CNJ 125 de 2010, a expressão métodos adequados de solução de conflitos, passa a ganhar evidência.

Os tribunais deverão criar centros de solução consensual de conflito, para a realização de audiências de conciliação e mediação (NCPD, art.165 a 175). Essa determinação já existia por meio da resolução do CNJ 125 de 2010.

A incorporação pelo Judiciário, de uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios é inspirada na ideia de Frank Sander dos Tribunais Multiportas, segundo o qual cada porta corresponde a uma técnica diversa, não sendo simples a tarefa de se decidir que casos devem ir para qual porta. A preocupação central é indubitavelmente, com a adequação do método adotado, sem a expectativa de serem resolvidos os problemas inerentes ao inchaço e aos custos da atividade jurisdicional.

Desta forma, o artigo busca diferenciar a mediação e a conciliação, destacando seus princípios norteadores, bem como, o novo procedimento acolhido pelo Novo Código de Processo Civil. Ademais antes de adentrar o tema, é preciso entender o que é um conflito e sua natureza, organizando as vias de comunicação, informação e emoção das partes, evitando que estas vias se tornem o combustível das demandas. Ao final, concluiu-se que a mediação é a técnica mais adequada para lidar com os casos que envolvem os direitos das famílias, uma vez que sua amplitude na análise do caso e difusões de sessões, permite um novo olhar sobre o caso e alcance de uma sociedade mais justa e fraterna.

2 ANÁLISE DO CONFLITO

A sociedade é fonte de conflitos, uma vez que os conflitos marcam a relação social, e no direito das famílias, estão presentes na discussão da guarda compartilhada, no divórcio, alimentos, herança. O conflito surge quando há a necessidade de escolha entre situações que podem ser consideradas incompatíveis.

E, no direito das famílias, sabido é que o conflito é fenômeno inerente às relações humanas. Sempre existiu e jamais deixará de existir. Porém para solucioná-lo, é preciso incentivar o diálogo, evitando que o mesmo seja judicializado.

Com razão, portanto, Eduardo de Vasconcelos (2008.p.19), afirma que:

“O conflito” é dissenso. Decorre das expectativas, valores e interesses contrariados. Embora seja contingência da condição humana, e, portanto, algo natural, numa disputa conflituosa constuma-se tartar a outra parte como adversária, infiel ou inimiga. Cada uma das partes da disputa rende a concentrar todo o raciocínio e elementos de prova na busca de novos fundamentos para reforçar a sua posição unilateral, na tentativa de enfraquecer ou destruir os argumentos da outra parte. Esse estado emocional estimulada as polaridades e dificulta a percepção do interesse comum.

Note a definição encontrada na literatura parte dessa dimensão:

Um conflito existe quando ocorrem atividades incompatíveis. Uma atividade incompatível impede ou interfere na ocorrência ou efetividade de uma segunda atividade. Estas atividades podem ter sua origem em uma pessoa, entre duas ou mais pessoas, ou entre dois ou mais grupos” (DEUTSCH, 1973).

Para compreendermos melhor o conflito é preciso estudar os três elementos do conflito: percepção, emoção e comportamento.

No que tange a percepção do conflito, faz com que nós nos sentimos em conflito quando percebemos uma incompatibilidade de interesses, necessidades ou valores. Mesmo que essa percepção parta apenas de um dos envolvidos, já existe um conflito.

Já quando estamos lidando com o elemento emoção do conflito, é possível que sinta medo, aborrecimento, chateação, raiva, desesperança, tristeza, entre tantas outras emoções, e assim sentimos que estamos em conflito. O conflito envolve uma reação emocional que sinaliza um desacordo de alguma espécie. O simples fato de nos sentirmos assim, mesmo que não saibamos qual o fator de desacordo, já indica que há um conflito. Se as pessoas conseguissem permanecer racionais e focadas em como melhor atingir suas necessidades e as do outro, e se pudessem calmamente trabalhar em estabelecer uma comunicação efetiva, então muitos conflitos não teriam crescido ou teriam sido desencadeados rapidamente. Uma genuína expressão de sentimentos pode auxiliar no direcionamento do conflito e na busca pela paz.

E por fim, quando o conflito interfere no comportamento, é como se se representa as ações que adotamos para expressar

nossos sentimentos, articular nossas percepções, atender nossas necessidades. Pode ser um comportamento de dominação, ou violento, ou destrutivo. Mas, também, pode ser uma ação conciliatória, construtiva e amigável.

Quando estamos diante de um conflito no âmbito das Famílias, é preciso um olhar mais sensível para lidar com a situação, é preciso romper com o passado e demonstrar as partes à necessidade de restabelecer a comunicação para buscar a solução mais adequada para aquela demanda, evitando que as emoções sejam coladas a frente da solução, refletindo no comportamento positivo ou negativo do outro.

As três dimensões do conflito não são estáticas, mas variam quanto à sua intensidade e duração. Além disso, uma dimensão afeta as outras duas. Se você acredita que alguém está tentando te magoar de alguma maneira (percepção), você sentirá que está em conflito com essa pessoa (emoção) e ficará propenso a adotar ações específicas (comportamento).

Os conflitos na verdade são formados por emoções fortes negativas, as quais no Direito das Famílias são difíceis de ser afastadas. Todavia, o papel do mediador e do conciliador é justamente demonstrar o lado do outro, e estabelecer uma nova comunicação eficiente, clara, e sem a carga subjetiva dos sentimentos como raiva, abandono, desamparo, medo e insegurança.

É necessário abandonar os estereótipos, uma vez que a falsa percepção da situação impede que as partes possam alcançar um acordo satisfatório e restabelecer as relações. É muito triste, quando se permite que o juiz de forma impositiva, decida o destino das pessoas, quando se tem a oportunidade de garantir a paz entre sujeitos, e a proteção integral da criança e do adolescente, quando estiverem envolvidos na demanda.

Ademais, os partícipes de um conflito familiar muitas vezes estão diante de conflitos de interesse, os quais acreditam que para satisfazer suas necessidades, devem sacrificar do outro, incentivando uma competição entre necessidades incompatíveis, movidos pela sua emoção negativa.

No âmbito familiar também é muito comum os conflitos de valores, causados por sistemas de crenças incompatíveis ou percebidas como incompatíveis. As disputas de valores surgem quando uns tentam impor um conjunto de valores á outros, ou

pretendem que tenha vigência exclusiva um sistema de valores que não admite crenças divergentes. Quando expressamos nossos valores de forma afirmativa – ou seja, em termos do que acreditamos ao invés do que somos contra –, podemos direcionar o conflito mais construtivamente. Os valores são crenças que as pessoas empregam para dar sentido a suas vidas. Os valores explicam o que é bom ou mau, verdadeiro ou falso, justo ou injusto.

O que as pessoas não conseguem entender é que podem viver juntas em harmonia com sistemas de valores muito diferentes. Assim, o papel dos mediadores e dos conciliadores é de fato, buscar a comunicação perdida no passado, que é a via régia do conflito e é por meio da comunicação que todos os conflitos escalam ou caminham para uma solução ou transformação.

Segundo Lília Maia de Moraes Sales (2003, p.176-177):

Encampada estará a democrática teoria da ação comunicativa de Habermas, através do discurso “tipo de ação comunicativa que num processo argumentativo questiona ou restaura as pretensões de validade da situação cotidiana”, eis que “o discurso deve ser realizado de maneira que todo o indivíduo interessado possa agir, falar, problematizando as afirmações, introduzindo novas declarações no discurso, esclarecendo sobre suas convicções, não sendo possível, a imposição de qualquer barreira para a expressão do discurso. Garantem-se, pois, a inclusão dos participantes, a igualdade de condições desses participantes e a liberdade de comunicação entre eles. Deve-se salientar que o discurso deve ser limitado no tempo e no espaço de acordo com os interesses da comunidade que se comunica.

Caso não seja possível retirar a carga subjetiva daquele conflito familiar, acaba o conflito materializando em um processo, os quais as pessoas resolvem aquele conflito para o bem ou para o mal. Sem dúvida, em muitas ocasiões, é justamente nesse processo que surgem os ressentimentos, o ódio, sentimentos de injustiça e uma sensação de estar indefeso. Quando o conflito se materializa existem três formas de lidar com o conflito: dominando, concedendo ou integrando.

Quando pensamos em conflito como forma de dominação, é dizer que existe uma vitória de um lado sobre o outro. Essa é a maneira mais fácil de lidar com o conflito, pelo menos temporariamente, mas, ao final, geralmente se mostra malsucedida. Busca-se a satisfação dos próprios interesses: um dos lados tenta

dominar o outro e o conflito é sufocado. Esse método é instável, cria ressentimento e não é construtivo.

Por outro lado, quando pensamos em um conflito de forma concessiva, é por meio dela que resolvemos a maioria dos conflitos: cada um cede um pouco, renunciando a um desejo e um meio-termo será adotado como solução. Entretanto, na busca de cada um por se conseguir a totalidade do seu interesse, o conflito ressurgirá mais e mais vezes de outra forma.

E o melhor cenário, seria pensar no conflito como integração, onde trata – se da busca pela satisfação conjunta dos interesses de todos os envolvidos. Nenhum lado deve sacrificar alguma coisa.

Esclarece Eduardo Vasconcelos (2008, p.19):

O conflito não é algo que deva ser encarado negativamente. É impossível uma relação interpessoal plenamente consensual. Cada pessoa é dotada de uma originalidade única, com experiências e circunstâncias existenciais personalíssimas. Por mais afinidade e afeto que existam em determinada relação interpessoal, algum dissenso, algum conflito, estará presente. A consciência do conflito como fenômeno inerente à condição humana é muito importante. Sem essa consciência tendemos a demonizá-lo ou fazer de conta que não existe. Quando compreendemos a inevitabilidade do conflito, somos capazes de desenvolver soluções autocompositivas. Quando o demonizamos ou não encaramos com responsabilidade, a tendência é que ele se converta em confronto e violência.

Assim, o conflito não é positivo nem negativo, nem destrutivo nem produtivo: é ambos de uma só vez. É o modo como o enfrentamos que fará que tome um curso destrutivo ou produtivo. Não devemos eliminar o conflito, e sim aprender a manejá-lo de tal maneira que controlemos os elementos destrutivos e deixemos a via livre aos produtivos.

O Poder Judiciário deve ser visto, ao contrário do que se pensa, como a última instância à disposição das partes, acionando somente depois de fracassada todas as tentativas de composição, eis que é a demonstração cabal de ausência de diálogo.

Lília Maia de Moraes Sales (2003, p. 185) apoiada na teoria do discurso habermasiano, utilizando-a, esplendidamente, na mediação:

O diálogo além de apresentar-se como um meio de solução para os conflitos presentes, evita possíveis conflitos destes derivados, visto que a comunicação real e justa entre as partes oferece o melhor caminho a ser seguido por ambas. As partes passam a visualizar e diferenciar os conflitos reais dos aparentes, possibilitando a solução dos conflitos reais, garantindo assim a execução do acordo. O diálogo é enaltecido como meio de solução de conflitos, desenvolvendo, assim, a possibilidade de comunicação entre as partes e, daí, uma solução amigável.

Desta forma, é preciso para alcançar a paz das famílias: promover a compreensão das emoções; facilitar o reconhecimento das necessidades humanas, de maneira que esses sentimentos possam ser explicados, justificados e, finalmente, desabafados; escutar pelo tempo necessário e mostrar respeito pela dignidade básica de todas as pessoas como seres humanos; apoiar, não ameaçar, a autoestima; aprofundar-se nas percepções da situação e dos outros; ajudar a identificar como o comportamento dos outros, e a situação em geral, lhes afeto.

3 DIFERENÇA ENTRE MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO

Quando estamos tratando de mediação, é necessário lembrar que o instituto é regido pela

Lei nº 13.140/2015 (Lei de Mediação) e CPC/2015. Trata-se de método utilizado para resolução de conflitos em que uma terceira pessoa imparcial facilita o diálogo entre as partes para que elas próprias construam sua decisão. Pode terminar ou não em um acordo; É feita pelo Mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes (art. 165, §3º, do CPC) e o Mediador não propõe soluções para os litigantes.

Por outro lado, a conciliação, é regida pela Lei nº 9.099/95 e CPC/2015. Trata-se de um método utilizado para resolução de controvérsias em que um terceiro facilitador imparcial pode sugerir soluções para o litígio. Pode terminar em um acordo ou não. É feita por um conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes. (art. 165, §2º, do CPC); conciliador pode sugerir soluções.

A mediação e a conciliação no âmbito do direito das famílias visa estimular a via colaborativa entre as partes. Propõe que as partes possam dialogar sobre a controvérsia e a abordagem não e

apenas centrada no passado, mas inclui o futuro como uma perspectiva a ser avaliada. Prevalece a autonomia dos envolvidos, o terceiro não intervém para decidir, mas apenas para facilitar a comunicação e viabilizar o resultado positivo.

Afirma Âguida Arruda Barbosa (2007, p. 34):

que a mediação familiar é uma prática social, consubstanciada em três fundamentos: respeito a lei respeito ao outro; respeito a si próprio. Trata-se de um estudo de natureza interdisciplinar, cuja prática no trato dos conflitos familiares constrói uma mentalidade capaz de mudar o Judiciário, libertando para sua efetiva função.

O que se busca é afastar a via contenciosa, onde as partes atuam em contraposição, disputam vantagens, e análise do conflito foca no passado, e um terceiro é chamado a decidir em caráter impositivo a demanda. Parece, obvio que nas demandas familiares, o olhar do juiz não será suficientemente voltado para a melhor solução na percepção de cada parte. A satisfação nunca será completa e plena, o que poderá incentivar outros conflitos a partir daquele, uma vez que as partes não puderam interagir sobre seus interesses e valores.

A Mediação e a Conciliação são mais céleres do que um processo adversarial e está resguardada pela confidencialidade. Costuma ser bastante eficaz na resolução das questões, pois trata dos interesses e não das posições. Representa menor custo financeiro e emocional, em relação ao Judiciário e à Arbitragem. Existe a possibilidade o controle dos riscos e tende a preservar ou, até mesmo, restaurar a relação afetiva, social e/ou negocial entre as partes.

Ensina Maria Berenice Dias (2016, p.80):

A sentença raramente produz o efeito apaziguador desejado pela justiça. Principalmente nos processos que envolvem vínculos afetivos, em que as partes estão repletas de temores, queixas e mágoas, sentimento de amor e ódio se confundem. A resposta judicial jamais responde aos anseios de quem busca muito mais resgatar prejuízos emocionais pelo sofrimento do sonho acabado do que reparações patrimoniais ou compensação de ordem econômica. Independentemente do término do processo judicial, subsiste o sentimento de impotência dos componentes do litígio familiar além dos

limites jurídicos. O confortante sentido de justiça e de missão cumprida dos profissionais quando alcançam um acordo dá lugar à sensação de insatisfação diante do desdobramento das relações conflituosas.

Sendo assim, a mediação é o método mais adequado para solução das demandas judiciais familiares, por aborda o conflito como um todo, possibilitando a evidenciação da verdadeira causa que motiva a perpetuação do dissenso. A grande inovação da Mediação, em relação aos demais métodos de resolução de disputas, consiste na criação de um ambiente de confiança, no qual todos possam expor o máximo de informações úteis à negociação e gerar resultados para além das expectativas. Essa alquimia acontece a partir dos seguintes diferenciais: imparcialidade, confidencialidade (inclusive entre os participantes) e visão prospectiva.

A mediação familiar, notadamente em matéria de separação e divórcio, é um processo de gestão de conflitos no qual os membros da família damdandam ou aceitam a intervenção confidencial e imparcial de uma terceira pessoa, o mediador familiar, cujo o papel é o de levá-los a encontrar por si próprios as bases do acordo durável e mutuamente aceito, levando em conta as necessidades de cada um, e, particularmente, das crianças, no espírito de corresponsabilidade parental. A mediação familiar ocupa-se com questões da desunião, principalmente relacionais, econômicas e patrimoniais. Este processo pode ser acessível ao conjunto de membros da família (ascendentes, descendentes, colaterais) concernentes à ruptura da comunicação cuja a origem está vinculada a uma separação.²³

O mediador também tem em mente as técnicas que serão aplicadas ao caso no decorrer da sessão. Mas é preciso ir além! O diagnóstico das emoções é fundamental para a resolução do conflito submetido à mediação. É recomendável uma estratégia emocional. A partir da escuta ativa, que é uma técnica de mediação, muitas vezes se escancaram os sentimentos, de todos os lados envolvidos. O mediador perceberá como as partes estão se sentindo através da linguagem corporal, do tom de voz, da respiração, do olhar e das palavras, carregadas ou não de dor, de raiva e de outros sentimentos que indicarão o estado emocional de cada um.

²³ Disponível em: www.mediationfamiliale.fr., conteúdo acessado em 02/05/2016.

Sentimentos negativos podem enterrar qualquer possibilidade de entendimento. Ansiedade, raiva, decepção, euforia, alegria, entre outros sentimentos desfilarão diante do mediador, que se estiver preparado, pode auxiliar muito os litigantes a lidar com toda essa gama emoções. Tomemos como exemplo a ansiedade, a raiva e a gratidão.

A ansiedade não é um sentimento positivo. Ela desencadeia insegurança, impaciência e a pessoa ansiosa fica mais suscetível à opiniões de terceiros, muitas vezes sequer sentados à mesa de negociações. A ansiedade é um tipo de angústia. Faz com que a pessoa se sinta exageradamente ameaçada por estímulos externos que são amplificados na esfera subjetiva. Isso gera tensão e quase sempre uma vontade de sair rapidamente da situação em que se encontra. É claro que esse estado mental atrapalha o foco, a concentração, a persistência, a perseverança e a calma, elementos essenciais para o desenvolvimento de uma boa negociação. A raiva, assim como a ansiedade, é uma emoção negativa, mas em vez de se reprimida, ela é dirigida à outra pessoa, ou até mesmo contra o Estado- Juiz, por demorar tanto para resolver um conflito, ou por não resolvê-lo da forma como a parte desejou.

Destarte, no âmbito de direito das famílias, a tendência é que a mediação prevaleça sobre a conciliação, uma vez que a mediação possibilita uma ampla discussão do conflito familiar, enquanto a conciliação permite um trabalho mais pontual e breve sobre o litígio

4 PRINCÍPIOS DA MEDIAÇÃO E DA CONCILIAÇÃO

É importante destacar as partes quais os princípios que regem a mediação e a conciliação, criando um ambiente natural e de confiabilidade, permitindo que as partes possam expressar seus desejos e emoções, visando à pacificação social do conflito.

Ensina Paulo Bonavides: “As regras vigem e os princípios valem. Os princípios valem por que estão acima da lei, outorgando a estas a mais alta expressão da normatividade.”²⁴

O primeiro princípio a ser estudado, é o princípio da confidencialidade, um dos mais importantes, que significa que toda

²⁴ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo. Malheiros, 2005, 17.ed.p.288 e 289.

informação obtida pelo mediador ou pelos participantes, em razão do procedimento, deve ser mantida em sigilo, salvo autorização expressa das partes, violação a ordem pública ou às leis vigentes, não podendo ser testemunha do caso, nem atuar como advogados dos envolvidos, em qualquer hipótese. Este princípio permite que as partes sintam-se seguras para falar, mostrar documentos e expressar suas opiniões, sem que isso seja usado contra elas depois em processo judicial.

O mediador e conciliador deve sempre observar o princípio da decisão informada, que é o dever de manter o jurisdicionado plenamente informado quanto aos seus direitos e ao contexto fático no qual está inserido. É preciso utilizar uma linguagem, clara e direta para que interlocutor não tenha dúvidas de seus direitos.

De fato, é preciso que o mediador e conciliador estejam dotados de competência, o que exige que sejam habilitados e qualificados, na forma da resolução 125 de 29 de novembro de 2010, observando a reciclagem periódica obrigatória para formação continuada.

Não se pode deixar de lado a observância do princípio da imparcialidade, o mesmo exigido dos magistrados, que é o dever de agir com ausência de favoritismo, preferência ou preconceito, assegurando que os valores e conceitos pessoais não interfiram no resultado do trabalho, compreendendo a realidade dos envolvidos no conflito e jamais aceitando qualquer espécie de favor ou presente.

O mediador e o conciliador também são dotados de independência e autonomia, sendo este o princípio ligado ao dever de atuar com liberdade, sem sofrer qualquer pressão interna ou externa, sendo permitindo recusar, suspender ou interromper a sessão se ausente às condições necessárias para seu bom desenvolvimento, tampouco havendo dever de redigir acordo ilegal ou inexecuível.

Ainda, o mediador e conciliador devem observância as normas de ordem pública e as leis vigentes tendo o dever de velar para que eventual acordo entre os envolvidos não viole a ordem pública, nem contrarie as leis vigentes.

Desta forma, o mediador e conciliador, devem observar os princípios vigentes, para não incorrer em causas de suspensão ou revogação do direito de atuar como conciliador e mediador.

5 NA PELE DO OUTRO

Não é exclusividade de Gandhi, Madre Teresa de Calcutá ou Mandela olhar para o próximo e reconhecer e respeitar seus sentimentos. Antigamente especialistas afirmavam que 98% das pessoas nasciam biologicamente preparadas para desenvolver empatia - conhecida como a capacidade de se colocar no lugar do outro.

Mas o nível dessa habilidade tem declinado quase 50% nos últimos 40 anos. O próprio processo evolutivo favoreceu essa capacidade de sermos (empáticos), mas essa seria uma perspectiva enquanto espécie. Evidentemente que o meio o qual o indivíduo se desenvolve vai favorecer ou não o pleno desenvolvimento da empatia.

Se você se desenvolve em um meio onde a visão egocêntrica é incentivada, as tendências (de desenvolver empatia) podem ser contrariadas. Quando você entende as motivações de outra pessoa em uma situação de conflito, não é que você vai abrir mão de suas necessidades, mas você pode lidar melhor com a negociação.

Se você faz um esforço nesse sentido e percebe que o retorno é positivo, aos poucos, descobrirá que, de fato, é melhor se conduzir dessa forma. É uma forma saudável de se relacionar. Mas a empatia precisa ser sempre estimulada, e por isso os métodos de solução de conflitos, devem ser estudados e trazidos a debate, visando a estimulação do princípio da solidariedade e a conquista da paz entre litigantes.

6 A ESTIMULAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE

A ideia de solidariedade pode ser encontrada na Antiguidade clássica próxima da noção de amizade (*filia*), tendo alcançado dimensão religiosa com o cristianismo, especialmente pela noção de caridade. A solidariedade corresponde ao pertencimento a um determinado grupo social, do que resulta compartilhar os benefícios e também as responsabilidades nas dificuldades, o que a identifica com a ideia de fraternidade. As construções da ideia da solidariedade dos primórdios da história do pensamento, até as utopias renascentistas e o período pré-liberal, são baseadas em uma dimensão ética e religiosa, fase de sua construção que se possa chamar "solidariedade dos antigos".

Neste caso, ainda com um pouco de influência da história, onde a solidariedade moral começa a ganhar uma proporção jurídica, não se consegue afastar totalmente os componentes morais religiosos ou culturais.

A solidariedade é mais do que um vínculo com a comunidade; é o reconhecimento das dificuldades sociais de um indivíduo como a dificuldade de todos os membros da sociedade, pelo que a todos cabe o dever de contribuir para sua superação.

A solidariedade não é inerente ao ser humano individualmente considerado; solidariedade é um fato social e previsto na Constituição no artigo 3º, como objetivo fundamental da República Brasileira, mas não somente no inciso I, pois compreende: responsabilidade recíproca entre as pessoas, prontidão ao auxílio aos menos favorecidos, transformação dos indivíduos em cidadãos através da mediação jurídica, reconhecimento e aceitação da diversidade e da pluralidade social, facilitando a democracia e transformando pessoas em povos, respeitando a identidade de cada um. Assim, constitui elemento integrador de nação e facilitador da democracia.

Neste sentido, a solidariedade social como princípio é suposta pela noção de dignidade da pessoa humana, em sua dimensão intersubjetiva.

A solidariedade está muito mais voltada para o campo da moral e da cultura do que para o aspecto jurídico. Todavia o direito pode impor algumas normas, como por exemplo, a tributação redistributiva, para que não fique restrito ao espírito solidário espontâneo.

Assim, deve-se separar a solidariedade decorrente dos valores éticos, religiosos ou culturais que sobrevivem sem a atuação enérgica do Estado, mas que podem ser estimulados de forma subsidiária pelo poder estatal, da solidariedade como princípio jurídico que se refere a direitos e deveres fundamentais, os quais são formados pela comunhão de esforços e de participação de todos para contribuir com as necessidades básicas de cada um no sentido de direcionar forças para a diminuição da marginalização social.

E, por outro lado, temos o posicionamento de Bitencourt Neto (2010, p.112):

A solidariedade social é fundamento de deveres fundamentais, seja na gestão dos interesses sociais atuais, seja no compromisso com as gerações futuras, no caso de interesses difusos, por exemplo, no campo do meio ambiente, do patrimônio histórico, artístico e cultural, sendo possível se falar em deveres fundamentais entre cidadãos gerados pelo princípio da solidariedade social.

Pode-se dizer que o princípio da solidariedade se refere à solidariedade entre os membros da sociedade quanto à situação econômica, social, física e psíquica; à solidariedade entre as gerações, para que uma geração não comprometa o bem estar das gerações futuras pelo uso egoísta dos recursos naturais ou das riquezas disponíveis; à solidariedade entre os povos devido ao caráter global hoje em que se vive, possibilitando o desenvolvimento.

Em suma, é preciso estimular o princípio da solidariedade nas relações familiares, visando o alcance da paz e da justiça buscada entre os conflitantes.

Tu te tornas eternamente responsável pelo que cativas. Essa frase da obra *O Pequeno Príncipe*, de autoria do pensador francês Saint-Exupéry, sintetiza, de maneira feliz, o fundamento do direito das famílias. Afinal, são os laços de afetividade, fraternidade e solidariedade que justificam a construção de um ramo do direito voltado a vínculos de natureza matrimonial, parental e assistencial. E isso, que se busca demonstrar neste estudo.

7 PROCEDIMENTO DA MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO

Após uma análise das diferenças entre conciliação e mediação, seus princípios norteadores, é preciso saber como sera aplicados no Novo Código de Processo Civil.

O Novo Código de Processo Civil trouxe a previsão legal de que os processos se iniciem por uma audiência de conciliação (NCPC 334 e 308) a ser conduzida por um conciliador ou mediador judicial. A audiência não se realizará se alguma das partes manifestarem expressamente, desinteresse na composição consensual (NCPC 334 §4º, I) ou quando a demanda não comportar autocomposição (NCPC 334 §4º, II).

O problema, enfrentado no Brasil, é que as audiências de acordo com a orientação do Novo CPC devem ser realizadas por

mediadores e conciliadores, todavia, temos poucas pessoas com formação adequada para exercer esta função, além da dificuldade ainda de regulamentar a remuneração dos conciliadores e mediadores. A idéia trazida pelo Novo Código foi de retirar o juiz da audiência de conciliação para que ele se ocupe com outras tarefas. É importante ressaltar, que o juiz não é mediador ou conciliador, por isso nem sempre é a pessoa mais indicada para esta tarefa, por que pode não ter a técnica necessária, e segundo, por que pode ser acusado de pré-julgamento na hipótese de uma participação mais ativa na tentativa de obter a conciliação ou mediação.

Na inicial o autor deve optar pela realização ou não de audiência de conciliação ou mediação (NCPC 319 VII). Este dispositivo se contrapõe ao outro (NCPC 334 §5º): o autor poderá indicar na petição inicial, seu desinteresse na autocomposição.

Outro ponto de reflexão, é no que tange as custas para se realizar a mediação e conciliação, ou seja, quem paga esta conta. O Novo Código de Processo Civil afirma que as custas devem ser pagas pelas partes na forma de diligência, como por exemplo o pagamento da diligência do oficial de justiça. Mas, na prática talvez esse não seja o melhor caminho. Pensamos que a cobrança de diligência para a realização das audiências, irá incentivar as partes a informarem seu desinteresse na audiência de conciliação e mediação, evitando mais este ônus de pagamento. O ideal seria o Estado absorver este onus, incentivando a prática da conciliação e mediação e não inibindo seu uso.

Designada audiência, o réu deve manifestar-se seu desinteresse na sua realização, por petição, protocolada com 10(dez) dias antes da audiência (CPC 334 § 5º). Aqui, devemos observar um problema, se a parte contrária estiver com a intenção de prolongar o processo ela aguardará os últimos dez dias antes da audiência para manifestar seu desinteresse, ou seja, perdemos muito tempo até este momento, o artigo não privilegia a celeridade processual. Existem várias correntes flutuando na doutrina sobre este assunto, mas concordamos com a Professora Fernanda Tartuce ao afirmar que se o autor na petição inicial informa que não tem interesse na audiência de conciliação, a audiência não deve ser agendada, uma vez que seria ele o maior interessado em realizar o acordo. Outra parte da doutrina como o Professor Fernando da Fonseca Gajardoni, entende que mesmo que o autor afirme na sua petição inicial que têm interesse na audiência de conciliação e mediação, o juiz pode decidir

se irá ou não marcar a audiência, considerando que o juiz tem a informação de que a parte ré conta com uma política de acordo de não realizar acordos, privilegiando a celeridade processual.

O réu será intimado para audiência de conciliação e mediação por oficial de justiça, devendo o mesmo comparecer acompanhado de advogado ou defensor (NCPC 250, IV). Qualquer das partes pode constituir representante, não necessariamente o advogado, para a audiência, com poderes para negociar e celebrar acordo (NCPC 334 §10).

De todo descabido considerar como ato atentatório á dignidade da justiça o não comparecimento injustificado de qualquer das partes na audiência de conciliação sujeitando o falante ao pagamento de multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, importância que reverte em favor da União ou do Estado (NCPC 334 §8º). Como a solenidade é presidida por um mediador, não pode ele impor tal penalidade.

Assim, sendo o prazo da contestação inicia-se na data da audiência ou da última sessão de conciliação ou mediação (NCPC 335, I).

A audiência de conciliação e mediação pode dividir-se em tantas sessões quantas sejam necessárias para viabilizar a solução consensual (Art. 696 NCPC), este fato possibilita que sejam abordados diversos pontos controvertidos e permite que as partes possam avançar e evoluir naquela sessão, que no primeiro momento pode restar infrutífera, mas com chances futuras de um acordo em uma próxima sessão.

O acordo formalizado entre as partes constitui título executivo extrajudicial instrumento de transação referendado pelo conciliador ou mediador credenciado pelo Tribunal (NCPC 784 IV).

Para atuarem como mediadores e conciliadores os candidatos precisam freqüentar curso ministrado por entidade credenciada, conforme parâmetros definidos pelo Conselho Nacional de Justiça, em conjunto com o Ministério da Justiça (CPC 167 §1º).

Registra-se que o art.11 da Lei 13.140 de 2015 cria um novo requisito não previsto no Novo Código de Processo Civil: graduação há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação. Não há necessidade de conciliadores e mediadores serem advogados, o que deve ser

saudado. Às técnicas de conciliação e mediação não dependem de conhecimento jurídico, sendo imprescindível que, além de operadores do Direito, outros profissionais, em especial aqueles acostumados a lidar com as pessoas e conflitos entre eles, possam atuar como mediadores e conciliadores.

O Novo Código de Processo Civil trouxe um impedimento ao advogado para que o mesmo atue na forma de mediador e conciliador. O NCPC entendeu que na comarca que o advogado exercesse a advocacia em juízo, estaria impedido de se cadastrar como conciliador ou mediador. Ainda, o art. 172 do NCPC prevê que o conciliador e o mediador ficam impedidos, pelo prazo de um ano, contado do término da última audiência em que atuaram, de assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes, o que na visão do legislador evitaria a prática de aliciamento de clientes. Assim, conclui-se que o advogado não foi incentivado a prática colaborativa da mediação e da conciliação, uma vez que impedido de atuar na sua Comarca, não teria fonte de sustento, haja vista ainda que não existe uma remuneração para conciliadores e mediadores em vigor.

O enunciado nº 47 do FONAMEC (Forúm Nacional da Mediação e Conciliação) tenta regulamentar a questão, mas somente pacificou a questão das audiências de conciliação que forem realizadas pelo CEJUS no setor pré processual, mesmo por que sua natureza não é processual, o que de fato autorizaria a exclusão da aplicação dos artigos 165 § 5º e art.172 do NCPC.

ENUNCIADO nº 47 – A atividade jurisdicional stricto sensu volta-se à solução dos litígios dentro do processo, pela manifestação da vontade estatal, apreciando o mérito da ação. Os CEJUSCs são órgãos de natureza diversa, tendo por função precípua fomentar e homologar os acordos a que as partes chegaram, atividade puramente formal sem caráter de jurisdição stricto sensu. Nos termos do artigo 7º, inciso IV, da Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça, a atividade da conciliação e da mediação é concentrada nos CEJUSCs. Por isso, estando o conciliador ou o mediador subordinado ao Juiz Coordenador dos CEJUSCs, não há qualquer vinculação do conciliador ou mediador operante nos CEJUSCs ao juízo do processo, razão porque não se aplica aos advogados atuantes nas comarcas em que há CEJUSCs instalados o impedimento do artigo 167, § 5º, do Código de Processo Civil (Lei 13.105, de 16 de março de 2015).

Ainda existe a opção de o Tribunal optar pela criação de quadro próprio de conciliadores e mediadores, a ser preenchido mediante concurso público de provas e títulos.

Ademais, deve haver um cadastro federal e um cadastro estadual composto exclusivamente por quem tiver obtido a devida certificação.

Ainda que seja atividade remunerada, um percentual de audiências será realizado *pro bono*, para atendimento dos processos em que há gratuidade da justiça. Trata-se de contrapartida pelo cadastramento (NCPC 169, § 2º).

Outra novidade, e que em se tratando de solução de conflitos, é natural que a vontade das partes seja prestigiada desde o momento da escolha do terceiro responsável pela intermediação entre elas. Feliz nesse sentido o art. 168 no Novo CPC ao indicar que cabe as partes escolherem o conciliador ou mediador, inclusive sujeitos não cadastrados junto ao tribunal ou câmara privada, não sendo, inclusive, necessária a qualificação formal exigida para os mediadores e conciliadores cadastrados nos Tribunais. Nesse tocante deve ser registrado o previsto no art.25 da Lei 13.140 de 2015 ao prever que os mediadores não estão sujeitos á previa aceitação das partes.

Já o artigo 168 §3º do NCPC deve ser aplicado com ressalvas. Segundo o dispositivo legal, sempre que recomendável, haverá a designação de mais de um mediador e conciliador. Essa pluralidade de intermediários dever ser medida excepcional, uma vez que além do custo elevado, a presença de multiplicidade de pessoas pode tornar a mediação e conciliação mais complexa do que seria necessário, demandando mais tempo para chegar a um resultado positivo.

Os tribunais deverão criar centros de solução consensual de conflito, para a realização de audiências de conciliação e mediação (NCPC, art.165 a 175). Como o verbo é no futuro: criarão, trata-se de imposição cogente. Essa determinação já existia por meio da resolução do CNJ 125 de 2010. Este ponto, é interessante por que além da atuação pontual nos processos, o centro judiciário de solução consensual de conflitos ficará responsável pelo desenvolvimento, publicação e adoção de políticas voltadas á conciliação e a mediação, em atividade essencial para a mudança da mentalidade litigiosa das partes e de seus patronos.

Os centros previstos pelo dispositivo em comento serão vinculados aos tribunais de segundo grau na Justiça Estadual e Federal, cabendo a eles a definição de sua composição e organização, nos termos do artigo 165, §1º do Novo Código de Processo Civil. Para evitar que as regionalidades tornem tais centros excessivos, heterogêneos, o mesmo dispositivo condiciona a atuação dos tribunais locais às normas do Conselho Nacional de Justiça, que deve regulamentar as diretrizes fundamentais de composição e organização, deixando alguma margem para os tribunais locais atenderem as especialidades regionais. Já há, inclusive, norma nesse sentido na resolução 125 de 2010 do CNJ, que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesse no âmbito do Poder Judiciário.

Buscando a desjudicialização, inovadora a medida adotada em São Paulo que autoriza tabeliães e oficiais do registro civil a lavrarem atos de mediação e conciliação (Prov.CG 17 de 2013).

Assim é latente que todo o ordenamento jurídico e a sociedade caminham para a busca de sociedade mais justa, fraterna e solidária.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desta forma, a mediação é o método mais adequado para a solução dos conflitos familiares, haja vista, que um movimento capaz de compreender o movimento que deu origem ao conflito, e sua abrangência ultrapassa o limite de eventual acordo, que possa a vir a ser celebrado pelas partes, e seu tempo é o futuro. Assim, a mediação visa o restabelecimento da comunicação, com o reconhecimento dos seus sofrimentos, e principalmente com a possibilidade do mediador desenvolver a escuta entre as partes. Ao mediador cabe harmonizar os sentimentos dos conflitantes, visando que eles mesmos elaborem a melhor solução para o problema enfrentando, uma vez que a solução alcançada de forma integrativa gera sentimento de satisfação e plenitude entre as partes, evitando que outras demandas sejam lançadas contra o outro. Este é o momento de magia da mediação, que consegue restabelecer as relações e efetiva a paz.

Portanto, discutimos neste trabalho um novo direiro de famílias, que busca fazer prevalecer, primeiramente, a vontade das partes na retomada do diálogo, bem como demonstramos que é

necessário avançar nos conceitos, e permitir uma maior interação entre os princípios da afetividade, solidariedade, fraternidade e pacificação social.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Âguida Arruda. **Mediação Família: instrumento para a reforma do judiciário**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord). Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Afeto, Ética, Família e o Novo Código de Processo Civil Brasileiro. Belo Horizonte. Del Rey, 2004.

BUENO, Cassio Scarpinella – **Novo Código de Processo Civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

BITENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 112.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo. Malheiros, 2005, 17.ed.

CNJ - RESOLUÇÃO Nº 125, DE 29 DE NOVEMBRO DE 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Manual De Direitos Das Famílias**. 11.ed.rev.atual e ampl.- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

DEUTSCH, Morton. **The Resolution of Conflict: Constructive and Deconstructive Processes**. New Haven (CT): YaleUniversity Press, 1973.

GRAHAM, Pauline (Org.). **Mary Parker Follett: profetisa do gerenciamento**. Rio de Janeiro: Qualitymark, 1997.

HEREDIA, Ramón Alzate Sáes de. **Teoría del Conflicto I. Concepto y Análisis del Conflicto**. Apostila do curso de Mestrado em Resolução de Conflitos e Mediação. Universidad Europea Miguel de Cervantes.

JUNIOR. Humberto Theodoro. **Novo CPC – Fundamentos e Sistematização**, ed. Forense. 1 ed.2016.

JUNIOR. Nelson Nery e Rosa Maria de Andrade Nery. **Comentários ao Código de Processo Civil**, ed. RT, 2015

MAYER, Bernard. **The Dynamics of Conflict Resolution: A Practitioner's Guide**. São Francisco: Ed. Jossey-Bass, 2000. MOORE, Christopher. O processo de mediação. Estratégias práticas para a resolução de conflitos. Porto Alegre: Ed. Artes Médicas, 1998.

MACHADO, Costa. **Novo CPC Sintetizado e Resumido**. Editora: Atlas.1 ed. 2015.

WAMBIER. Teresa Arruda Alvim e Luiz Rodrigues Wambier. **Código de Processo Civil Comparado: artigo por artigo**, ed. RT. São Paulo.2015.

PRUITT, Dean G.; KIM, Sung Hee. **Social Conflict: Escalation, Stalemate and Settlement**. New York: McGraw-Hill, 2003.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Tratado de Direito das Famílias**. Editora: IBDFAM, 2015. Belo Horizonte.

SALES, Lilia Maia. **Justiça e Mediação**. Belo Horizonte. Del Rey, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009

TARTUCE, Fernanda. **Técnicas de mediação. In Mediação de Conflitos: da teoria à prática**. SP: Atlas, no prelo (14 paginas). SILVA, Érica Barbosa e. Técnicas e etapas da conciliação IN A efetividade da prestação jurisdicional civil a partir da conciliação. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012, p. 251/257.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas**. São Paulo: Método, 2008.

MEDIAÇÃO:

COMUNICAÇÃO CONSTRUTIVA COMO FORMA DE RESOLUÇÃO E PREVENÇÃO DE CONFLITOS

*Ricardo Vilariço Ferreira Pinto*²⁵

*Sarah Carolina Galdino da Silva*²⁶

1 INTRODUÇÃO

Como se depreende, são inegáveis e incontáveis problemas estruturais que prejudicam o acesso ao sistema oficial de resolução de conflitos na ordem jurídica brasileira. As necessidades da população de socorrer-se ao Poder Judiciário e esperar uma decisão judicial para defender seus direitos quando violados ou ameaçados, mostra que o direito fundamental ao acesso da justiça (inafastabilidade da jurisdição), consolidado na Constituição Cidadã de 1988 está amplamente exercido.

Porém, essa recepção de qualquer afronta ao possível direito nos últimos tempos tem sido a maior problemática do judiciário, sendo denominado pela imprensa e outros pensadores como “crise da Justiça”.

Nessa conjuntura, o momento atual mostra a necessidade de repensar no futuro da administração da justiça que está totalmente sobrecarregada fisicamente e estruturalmente para atender os completos anseios jurídicos da sociedade. Ao passo disso, torna-se necessário buscar formas ou modelos alternativos de resolução de conflitos que possam trazer respostas céleres e eficazes nas demandas que nascem a todo instante.

²⁵ Mestrando em direito -UNIVEM, Especialista em direito do estado- FIO/SP, graduado em direito - FIO/SP

²⁶ Graduada em Direito –FAI. Mestrando em Direito - UNIVEM

Essa indagação dos meios consensuais como uma alternativa a jurisdição vem criando força, não apenas pelos problemas enfrentando pelo Estado de como lidar com avalanche de demandas, mas como meio de evolução da própria sociedade que participará de forma ativa e independente através do dialogo, consenso e respeito. Nesta circunstância, o judiciário detém um caráter subsidiário, para intervir nas demandas que realmente necessite a efetiva proteção jurídica.

Importante mencionar que, as formas de consenso não visa substituir e eliminar a atividade jurisdicional, mas sim a ideia de simultaneidade dos métodos para caminharem nas efetivas respostas aos litígios que surgirem. Portanto, esta relação é de complementação entre esses modelos de composição de conflito.

Dessa maneira, pode-se sustentar que devido a crise do setor judiciário, as formas alternativas de solução de conflitos irão ultrapassar o caráter de coadjuvante a ator principal para conter a falência absoluta do judiciário.

Dentre esses conceitos alternativos de jurisdição, existe a autocomposição que trata as partes como verdadeiros juizes ao atribuir a capacidade de decisão do melhor acordo a ser buscado para solucionar àquela questão. Visto isso, a autocomposição divide-se em mediação e conciliação.

A mediação ressurge como instrumento singular no gerenciamento dos conflitos, relegando a segundo plano a utilização dos meios judiciários tradicionais. Tem por finalidade a realização de um acordo amigável entre as partes sem a intervenção direta do Estado, evidenciando a natureza pacificadora e harmônica deste instituto. O papel do Estado se reduz à de um mediador, como um terceiro neutro que busca auxiliar às partes na formação do consenso. O acordo é reduzido a termo e homologado pelo juiz, produzindo validade e com poder de sentença cível, evitando-se os entraves da burocracia e a conseqüente morosidade.

Outrossim, a trabalho traz uma proposta de incentivo aos mecanismos para obtenção da autocomposição, que não visa somente a pacificação dos problemas judiciais mas sim o legitimo crescimento e mudança social para vencer a crise do judiciário e consolidar o sistema de resolução, como meio de comunicação entre os envolvidos atingindo uma pacificação social.

Em síntese, a nova regulamentação privilegiou o modelo consensual tanto na esfera judicial como extrajudicial. Com esta deliberação, pretende-se desafogar o judiciário a medida que a mediação passou a ser um procedimento obrigatório dentro dos autos acarretando uma nova sistematização deste instituto em processos judiciais, provocando a celeridade processual tão esperada por todas as partes envolvidas. Como consequência natural que tal instituto propõe, espera-se assegurar e fortalecer as garantias constitucionais que um Estado Democrático de Direito defende e, por conseguinte, a eficácia jurisdicional.

Posto isso, para compreensão deste trabalho será delineado o conceitos, princípios e elementos que norteiam o instituto da mediação, bem como no novo código processualista. Ao final, a comunicação construtiva será tratada na mediação como forma avançada de êxito à solução do conflito processual.

2 INSTITUTO DA MEDIAÇÃO E SUA EFETIVIDADE NO NOVO CPC

É de suma importância a mediação no cenário atual em que vivemos. Cada dia mais a sociedade clama por uma justiça mais célere e eficaz.

As práticas consensuais de resolução de conflitos têm como foco a concepção que o indivíduo é capaz de ser protagonista de suas próprias escolhas, fazendo com que o Estado seja o menos possível intervencionista nas relações.

A mediação permite que os próprios indivíduos tomem suas próprias decisões, por meio de um diálogo construtivo, que busca a reconciliação. Isto faz com que, de forma autônoma e responsável os indivíduos que estão em um conflito, decidam sobre o que é melhor para eles naquela situação. Portanto, além de as partes restabelecerem seus laços e escolherem o que é melhor para ambos, por meio desses meios consensuais, é possível descongestiona a máquina do Judiciário, que a cada dia vem se tornando mais ineficaz, devido ao grande volume de litígios que entram diariamente no sistema e a falta de estrutura para suporta-los.

Busca-se resgatar então a cidadania que é parceira da dignidade da pessoa humana. A dignidade humana foi justamente inserida no art. 1º, inciso III, da CF/1988, porque os constituintes já sabiam que fosse inserida no art. 5º, teria pouca efetividade. É de

suma importância considerar a dignidade humana, já que é fundamento do Estado Democrático de Direito.

O esforço do Estado em efetivar alternativas de composição de litígios, pode ser encontrado no novo Código de Processo Civil que regulou um capítulo somente para autocomposição (art. 165 a 175), assim como estabeleceu outros mecanismos legais que podem alcançar um processo mais célere, mais justo, atendendo as necessidades sócias e descomplicando a composição. Tanto que, o código estabelece as formas de conciliação ou mediação como pré-requisitos antes do oferecimento da defesa da parte contrária (art. 334 e 695), a possibilidade de homologar judicialmente acordos extrajudiciais independentemente de sua natureza (art. 515, inciso III e 725, inciso VIII), assim como a recepção de matéria diversa do objeto da ação no acordo (art. 515, §2º) e sobre questões atípicas (art. 190).

Visto isso, resta claro a opção do sistema processual brasileiro em priorizar à autocomposição ao invés da jurisdição contenciosa, tal qual estabeleceu como princípio fundamental do processo civil, no artigo 3º, parágrafos 2º e 3º, que em síntese afirma que o Estado proverá a solução consensual dos conflitos, através de mecanismos específicos, bem como criando locais próprios para dirimirem os litígios, sem prejuízo à participação ativa dos sujeitos processuais (juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público).

Em linhas gerais, o novo código expos a prescrição desses meios consensuais como fonte principal de resolução de conflitos, como forma de desafogar os fóruns e tribunais, com demandas que podem ser resolvidas de outras formas sem a intervenção do Estado-Juiz ou de uma instrução onerosa e desnecessária. A princípio, ao contrário que o antigo código não previa esses métodos, o novo CPC reconhece que através práticas restaurativas pela mediação é o futuro sistema jurídico.

Voltando ao sistema normativo, os mediadores foram classificados como auxiliares da justiça (Livro I, Capítulo III, Seção V), com previsão nos artigos 165 a 175, sendo estruturados pelos princípios da independência, da imparcialidade, do autorregramento da vontade, da normalização do conflito, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada, conforme exposto pelo artigo 166, do luso estatuto:

Posto isso, inicia-se uma breve exposição sobre as finalidades desses respectivos axiomas. O princípio da independência está ligado na atuação do mediador que tem autonomia de comandar a sessão para alcançar o correto diálogo e comunicação entre os envolvidos para sentirem-se confortáveis para dirimir completamente o litígio e chegar a um acordo justo.

A manutenção da harmonia na audiência decorre do mediador imparcial que não manifesta posições contrárias ou favoráveis, mantendo o zelo e descrição a todos, extraindo-se somente uma conduta que assegure um ambiente condizente para composição.

O autorregramento da vontade vincula-se o respeito a absoluto da decisão tomada pelas partes quanto ao destino final da sessão, que dizer o mediador deve abster-se de atos que possam induzir a formulação do acordo. O ato firmado pelas partes, bem como seus respectivos termos devem ser mantidos em sigilo sendo vedado a transmissão a outros desinteressados (art. 166, §3º, CPC).

Quanto a oralidade e informalidade, estes princípios de forma geral se complementam. Primeiro a oralidade possibilita que os advogados e o mediador usem expressões simples e objetivas para que as partes tenham pleno conhecimento da mediação e de seus benefícios. Em consonância, a decisão informada é de plena consciência e convicção das partes que são totalmente livres para decidirem sobre o problema, do mesmo modo que estabelecer as condições dos respectivos termos.

Com isso, pode-se afirmar que a mediação representa uma das formas de “prevenção ou solução de conflitos e controvérsias, de natureza individual ou coletiva” (GALVÃO FILHO; GALVÃO, 2015, p. 67), com exclusiva contribuição para celeridade e econômica processual reduzindo drasticamente a espera pela resposta judicial, ao estabelecer práticas restaurativas para o diálogo, preservação de relacionamento e principalmente a prevenir outros conflitos entre os combatentes. De fato, representa um aprendizado de saber aceitar os problemas e buscar formas pacíficas de solucioná-los, através do bom senso e respeito mútuo cultivado sempre pela paz social.

Nessa mentalidade de restauração fraternal dos litigantes que conseguem chegar a um consenso comum, sem precisar da participação ou intervenção direta do Estado-Juiz, faz com que Kazuo Watanabe traduza esse momento como uma “cultura da pacificação”

(2005, p. 690). Assim, a sociedade deve aprender a caminhar sozinha e resolver seus problemas pautados sempre pela honestidade, lealdade e ética, pois a solução harmônica preserva as relações e evita ambientes conflituosos.

De natureza igual, Fernanda Paiva et tal afirma:

Aqueles que participam da mediação não apenas administram pacificamente sua contenda e se mantêm em diálogo na convivência por vir, como aprendem outra forma de negociar diferenças em desacordos vindouros. A mediação representa como verdadeiro aprendizado para a vida e como medida de prevenção e pacificação de conflitos (2014, apud GALVÃO; GALVÃO FILHO, 2015, p. 70).

Por isso, a mediação aparece como um método alternativo de solução de conflitos, que resgata o diálogo e o convívio social das partes, com o fim de buscar um acordo que vise beneficie mutuamente, sem precisar socorrer ao judiciário para obter uma resposta que poderá não satisfazer a ninguém.

Em virtude dessas considerações, a mediação pode ser conceituada como:

um processo de negociação assistida por um terceiro imparcial e sem poder decisório, ao qual incumbe auxiliar as partes a refletir sobre os seus reais interesses, resgatar o diálogo e criar, em coautoria, alternativas de benefício mútuo, que contemplem as necessidades e as possibilidades de todos os envolvidos (DE ALMEIDA; PANTOJA, 2015, p. 140-141).

Em complementação, Luiz Guilherme de Andrade Vieira Loureiro:

Conforme ensina Bonafé-Schmit, a mediação é constantemente definida como uma arte, na medida em que ela implica um *savoir-faire* de técnicas de gestão de conflitos. De fato, a mediação não se limita à gestão de conflitos, mas constitui também um poderoso instrumento de recomposição de relações sociais, de estabelecimento de novas relações entre indivíduos ou entre a sociedade civil e o Estado. [...]. Colocada tais características, podemos definir a mediação como sendo processo pelo qual um terceiro, neutro, através da organização de contatos e concessões entre as partes, permite a confrontação de

pontos de vistas diferentes e auxilia na busca de uma solução ao conflito que as opõe (1998, p. 95).

Diante disso, a obtenção de um resultado positivo para solução do processo através das decisões das próprias partes pode ser arguida como principal característica da mediação e como um precursor de meio consensual sem a intervenção de um poder jurisdicional.

As partes que desejaram a solucionar seus respectivos conflitos através da mediação, as mesmas serão gerenciadas indiretamente por um terceiro desinteressado e neutro que poderá estabelecer uma conexão sugerindo soluções para o embate, mas não impondo a resposta ou decisão por si, apenas mediando às informações para que os sujeitos do processo decidam formalizem o acordo justo ser cumprido.

Nesse ponto, ao contrário da conciliação que representa uma voluntariedade na forma de buscar um acordo neutro, por meio da participação de um terceiro que atua positivamente sobre a vontade das partes para chegarem ao consenso, a mediação por outro lado, respeita em primeiro lugar, a vontade, o espaço do diálogo livre perante o problema apresentado retirando a autônoma do terceiro em interferir diretamente na decisão final. Em vista disso, a mediação resgata, recupera o respeito e o dialogo mutuo para depois atuar pacificamente no resultado.

Não obstante, a mediação sempre esteve presente no ordenamento jurídico, alias, falar em justiça consensual e práticas restaurativas não é revolucionário ou criativo, mas no presentem momento um caminho para enfrentar a crises dos processos judiciais.

Na prática, segundo as novas regras do procedimento comum, ao ingressar com uma medida judicial o sujeito ativo deve informar na própria petição inicial, o interesse ou não nos métodos autocompositivos, caso opte por esse método deve apontar pela conciliação ou mediação (art. 319, inciso VII), logo em seguida o juiz analisando os requisitos da inicial caso estejam aptos a prosseguir deve designar a referida audiência. Oportuno se torna dizer que, em face do caso em concreto, a possibilidade do juiz designar a audiência de composição, independentemente de vontade das partes, em face dos princípios processuais que o código positivou (artigo 3º, parágrafos 2º e 3º, do CPC).

Embora a mediação apresente a informalidade e flexibilidades, como características grande parte da doutrina sustenta a existência de etapas a serem logradas com êxito para viabilizar relação entre as partes e o objeto do processo.

Deste modo, pode ser assim fragmentado: 1) identificação do conflito e escolha do método: nesta pré-sessão as partes tem o conhecimento do método consensual que estão aderindo, seus benefícios e vantagens, principalmente do poder de decidirem e darem um fim ao conflito; 2) introdução do mediador e reunião de dados: após terem conhecimento dos benefícios da mediação, o mediador deve ser apresentado às partes, coletando informações do objeto de discussão e as pretensões respectivamente; 3) definição do problema: coletado dados o mediador deverá identificar o ponto do litígio, independentemente de benefício para uma das partes; 4) desenvolver opções: encontrado o ponto central conflito inicia-se uma carga de ideias e possibilidades para solucionar a questão. Há de ressaltar que durante esse dialogo as partes devem estar centradas quanto ao verdadeiro problema enfrentado e a solução pacífica; 5) barganhar: nesta fase inicia a negociação dos termos do acordo, cujas partes privam-se de uma ou de outra vantagem para chegarem a um consenso, cedem mutuamente; 6) redigir o acordo: pactuado os termos, o mediador redigirá o presente acordo e encaminhará para homologação (MARODIN; HAYNES, 1996).

Nesta ordem, a mediação busca a satisfação bilateral por meio do acordo, retirando à mácula de vencedor ou perdedor que a sentença judicial intrinsecamente traz, para o estágio de apenas vencedores, expondo a evolução da personalidade, o retorno da autoestima e o respeito ao ser humano como individuo dotados de direitos.

Portanto, pode-se concluir que além dos estágios traçados para consumação do acordo, este modelo de justiça tem como objetivo preponderante: “[...] à prevenção e ao tratamento dos conflitos (através de uma visão positiva na pretensão de encará-lo como meio de sociação, de transformação e evolução social), como meio de inclusão social objetivando promover a paz social” (DE MORAIS; SPENGLER, 2012, p. 137).

Por isso, para resguardar esses valores se torna necessário inserir os mecanismos da comunicação construtiva no processo de mediação, principalmente no tocante à moldagem de participação do terceiro imparcial (mediador) que deve utilizar estes elementos como

arma não para influenciar a conduta de uma das partes, ou sopesar numa decisão que não seja da vontade dos mediados, ocasionando um acordo com vícios.

Portanto, para que não haja essa contaminação nas sessões, o mediador deve usar uma comunicação visual e gestual construtiva, cujos diálogos somente tragam imagens positivas e relevantes à questão debatida, retirando da zona de conforto (convicções pessoais) as partes e paralelamente modificando sua linguagem de tratamento para potencializar a harmonia com o fim de buscar uma decisão legítima e efetiva.

3 COMUNICAÇÃO CONSTRUTIVA NA MEDIAÇÃO: RESOLUÇÃO DE CONFLITOS E BUSCA PELA PAZ

Adentrando no mérito do presente trabalho, deve-se primeiramente ressaltar que, as habilidades para comunicação construtiva não possuem poderes para dizimar as desigualdades sociais, corrupção, manipulação de carteis e licitações ou outras formas de exclusão e injustiças. Entretanto, essa forma de comunicação semeia nessa terra seca e negativa uma pequena semente para iniciar um debate sobre um dialogo fraterno com alternativas para buscar mudanças nas formas de resoluções de determinados casos.

Como se depreende, nas primeiras horas da mediação, as partes encontram-se psicologicamente em conflitos consigo próprias na busca de justificativa de sua raiva naquele momento, buscando na parte contrária o motivo para esse sentimento autodestrutivo. Para buscar a harmonia na comunicação e compreender melhor o conflito para solucioná-lo, além dos elementos da mediação à inserção da comunicação construtiva – não violenta, pacifista, positiva ou conciliatória.

Esse tipo de comunicação, a priori baseia-se na condição do ser humano, como detentor de direitos e deveres na sociedade que se encontra em pé de igualdade com seu semelhante, ou seja, relação de homens livres e iguais.

Nessa linha, Carlos Eduardo de Vasconcelos define a comunicação construtiva como:

[...] um conjunto de habilidade que contribui para gerar confiança, empatia e colaboração no trato dos inevitáveis conflitos de convivência humana, pela validação de sentimentos a partir do reconhecimento da essencialidade e legitimidade do outro, enquanto o coconstruir e coinovador dos padrões relacionais que podem ajudar na identificação das necessidades vitais a serem contempladas em cada situação (2014, p. 131).

Trazido este conceito, o autor afirma que a relação interpessoal deve estar controlada pelo mediador que deve ter além da técnica de composição, elementos da comunicação construtiva, para aproximar as partes para resolverem as pendências através do debate e do consenso, tendo como objetivo a restauração do vínculo entre elas.

Nesse sentido, há uma junção do instituto da mediação com a comunicação benéfica no tratamento de conflitos, com uma visão positiva de encarar determinadas adversidades como forma de socialização e transformação das partes litigantes em consensuais, aflorando naquele caso a paz social.

Dessa forma, o autor traz oito elementos (atitude de acolhimento, escuta ativa, perguntas sem julgamento, reciprocidade escuta-fala, mensagem de ponto de vista pessoal, prioridade a questão relacional, validação de sentimentos com empatia e reformulação de mensagens ofensivas) que compõem esse tipo de comunicação e abordagem, afirmando que estas características podem ser estudadas isoladamente, mas na prática são totalmente interdependentes para existirem e serem aplicadas no universo dos conflitos.

Nessa guisa, será feito uma ligação entre cada elemento e sua essência e funcionalidade na mediação como solução alternativa à jurisdição.

O primeiro é a atitude e acolhimento. Este instituto visa primordialmente à forma de comunicação do mediador no processo. Traz a tona a maneira do comportamento do mediador com as partes, uma conduta positiva que acomode e conforte os participantes do processo para que estes possam expressar de forma livre e igual suas pretensões quanto à resolução daquela demanda, sem qualquer interferência ou fala negativa que possa inibir uma possível autocomposição.

Esse acolhimento pode-se apresentar-se um ato meramente formal, mas preparar um ambiente adequado, praticar gestos de bom humor, mostrar receptividade e respeito pelo demandante podem desafogar a ansiedade e o clima negativo que circula no ambiente. Com mensagens positivas pode facilitar a empatia das partes, refletindo sobre o verdadeiro propósito de resposta do processo (DE MORAIS; SPENGLER, 2012).

Outro ponto da comunicação construtiva chama-se a escuta ativa. Acredita-se que este elemento seja o mais importante nas relações de conciliações e mediações, visto que, na maioria das vezes o interessado não teve a oportunidade de se expressar sua vontade. Portanto, deve-se primeiramente o mediador escutar.

Carlos Eduardo de Vasconcelos fala da importância de escutar o próximo:

Escute o sofrimento e as necessidades do outro e perceba, por trás de palavras rudes, ressentidas, uma possível súplica, uma proposta implícita. Escutar portanto, é, antes de tudo, atitude de reconhecimento; essa necessidade básica de todos nós nas relações interpessoais. [...] é a partir da escuta que se estabelece uma circularidade coevolucionária na comunicação humana (2012, p. 135).

Estar atento ao que o outro quer dizer, estar prestando atenção ativamente no sentimento da parte contrária, ter a oportunidade de ser protagonista e ouvinte ao mesmo tempo, respeitando o momento de fala de cada. Retirando aquele obsoleto argumento que a linguagem representa poder e o silêncio fraqueza, pois nessas intrínsecas comunicações encontra-se a abertura para solução célere e satisfatória do conflito.

Reunindo a cordialidade de frases positivas e escutando a problemática, o mediador ainda deve antes de usar suas ferramentas para mediar o conflito, utilizando perguntas que façam o mediado refletir e repensar sobre todo o contexto fático e não se destoe do foco principal que é a mediação.

Nesse enfoque, o autor cita alguns exemplos de perguntas rotativas: “quando foi, onde foi, como foi, se foi a primeira vez, qual foi a reação das pessoas envolvidas, como costuma reagir, [...] como era a relação antes do problema, qual o motivo, você acha que haveria outra maneira de fazer isto” (VASCONCELOS, 2012, p. 137).

Essas indagações mostram a importância do mediador que através de simples perguntas as partes possam voltar-se a comunicar de forma eficiente e pacífica, com intuito de debater os pontos controvertidos para que ao final juntas encontrem uma solução consensual a lide.

Nesse sentido, a mediação como uma medida alternativa de acesso à justiça também tem a força de reorganizar a comunicação das pessoas, com educação e de habilidades sociais para criar um modelo interpessoal capaz de restabelecer o contato de diálogos desgastados. Além disso, essa aproximação e manutenção da boa relação dos mediados após a resolução do conflito, tende-se do mesmo modo evitar que novas discussões sobrevenham.

A vista disso, Maria Berenice e Giselle Groeninga (2011) afirmam que a mediação é o meio mais próximo da concepção de justiça, pois alcança o consenso ao apresentar a resposta da discussão que foi pactuado de forma livre e justa pelas próprios agentes conflitantes. Assim, a pura vontade das partes em chegar a um acordo, afasta a morosa demanda judicial elevando o estado de espírito do ser humano fraterno, bem como restaurando a paz social desfeita pelo pleito.

A par disso, a comunicação eficiente para ser uma saída consensual é necessário que durante o diálogo as partes devam ter a consciência de narrativa de suas convicções, da mesma maneira de respeitar e ouvir o outro lado. Essa reciprocidade de escuta-fala advém da comunicação construtiva que assegura o direito de expressar-se e ouvir de forma serena e imparcial sobre as indagações dos fatos controvertidos. Posteriormente, o mediador de forma equilibrada contextualiza as informações, expondo um resumo das pretensões para início de formação de ideias e alternativas para solucionar a questão.

Dentro desse ciclo de opções para chegar ao consenso, o mediador tem um papel fundamental para conduzir essa comunicação e negociação, simultaneamente. Nesse estágio os possíveis dizeres ofensivos devem ser revistos e reformulados sob o enfoque assertivo e otimista mostrando o lado da decência e generosidade, visto que esse ponto pode ensejar êxito pacificador.

Por sua vez, o mediador também detém a técnica de reformulação de perguntas que nada mais é adotar outras formas quando as frases de algum mediado trazer adjetivos que possam

constranger ou ofender a parte contrária. Nessa ocorrência, cabe ao terceiro imparcial reformular essa construção linguística e enquadrar em outro contexto que não seja injurioso. A reformulação pode ser adotada por intermédio da paráfrase ou por meio de pergunta.

Para fins de aplicação, Carlos Eduardo cita uma questão hipotética, mas bastante peculiar e habitual, cujos operadores do direito já presenciaram:

Imaginemos que o marido separado afirma, numa mediação, que está sendo impedido de ver o filho, sob a guarda informal da mãe, e faz a seguinte ameaça: “Se ela não permitir que eu, no próximo sábado, pegue o meu filho para passear com ele, juro que vou arrombar aquela porta e levá-lo de qualquer jeito. Não posso ficar desmoralizado” (2012, p.150).

Quanto a questão de regulamentação de visitas, resta claro uma mensagem de ameaça contra a guardiã, sob o enfoque de retirar a força o filho caso seja negado o seu direito de visita. Contudo, o autor chama a atenção que nessa animosidade, existe na verdade, um sofrimento por parte do genitor em exercer seu papel e participar na criação do seu filho.

Posta assim a questão, a mensagem poder ser reformulada com a seguinte colocação construtiva pelo mediador:

[...] pelo que estou percebendo o senhor gosta do seu filho, faz questão de passear com ele e espera que este assunto seja resolvido, o mais rápido possível, é isto?” (paráfrase). [...] O senhor está querendo dizer que gosta do seu filho e que não abre mão de passear com ele no próximo sábado? (2012, p. 150).

A reprodução dessa frase em outro contexto, principalmente numa conotação positiva pode mostrar a parte distinta o verdadeiro sentimento daquela expressão, cabendo através da escuta ativa receber essa nova afirmativa. Nesse sentido, os mediados devem ter ciência que essas reflexões (externas e internas) são necessárias para uma solução amigável, ou seja, o respeito é fundamental para o desenvolvimento da mediação.

Esse tipo de reformulação é “[...] de grande importância para o desenvolvimento de uma cultura de paz e direitos humanos” (VASCONCELOS, 2012, p. 149), uma vez que evidencia de forma democrática a participação de todos os indivíduos, independentemente da sua classe econômica e social, de poderem tomar suas próprias decisões para por fim ao processo e, alcançando consequentemente uma evolução moral e ética de responsabilidade do resultado obtido.

Portanto, justifica-se a autocomposição como caminho para condução de conflitos, pelo fato da intensidade de processos e dificuldade do próprio sistema judiciário em administrar o acesso à Justiça. Nesse tocante, os meios alternativos são complemento da prestação jurisdicional que demonstram um coerente estímulo à cultura de paz preconizada pela Constituição Federal e efetivada no novo Código de Processo Civil.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em linhas derradeiras, o presente trabalho apresentou uma das espécies de justiça consensual, a mediação como forma de solução de conflitos e meio alternativo ao poder jurisdicional. Além de demonstrar sua institucionalização como uma realidade no sistema jurídico brasileiro, trouxe outro elemento essencial para complementar as técnicas da mediação, a comunicação construtiva.

Em primeiro plano, apresentado a crise no Poder Judiciário frente aos princípios basilares que garante e o acesso a qualquer cidadão socorrer-se a tutela legal quando seu direito for ameaçado ou estiver em iminência de lesão, mostrou uma confirmação do Estado Democrático de Direito e a consolidação dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, ou seja, o próprio Estado estava regulando seus poderes em prol de uma gama de direitos individuais ou coletivos.

No entanto, o acesso ilimitado de demandas que aos primeiros olhos era a melhor resposta para as adversidades que ocorriam no dia-a-dia, os constantes desentendimentos, impasses pessoais e egoístas passaram a vigorar de forma global que começou a travar o poder jurisdicionado para apreciar demandas que realmente precisassem de sua tutela e efetividade.

A cultura tradicional é a jurisdicional que privilegia o ganhar e o perder. Entretanto, as formas alternativas de solução de conflitos vêm ressurgindo cada dia mais e ganhando força no atual cenário, capaz de encurtar ou evitar os processos.

O Poder Judiciário passou a ser um pacificador universal dos problemas cotidianos da sociedade e não efetivo defensor e cumpridor das leis que realmente trouxesse grave lesão aos direitos. Arelado a essa demanda excessiva de processos, concomitantemente, o Estado não se atentando a essa avalanche não disponibilizou suporte material e humano para atender todas as respectivas demandas, agravando ainda mais a crise.

Dentro dessa contingência, com a criação e aprovação do novo código processualista, restou clara a preocupação de trazer soluções para conter as distribuições de processos que originavam a todo instante, dentro das hipóteses de contenção os meios consensuais que estavam literalmente resignados foram importados e positivados na lei processual, nos artigos 165 a 175 do luso estatuto, ressaltando a importância da mediação dos conflitos conforme estabelecido na Resolução nº. 125/2010, do CNJ.

Com isso, a mediação ingressou no sistema como uma das espécies de justiça consensual e alternativa à jurisdição, implantando como principal bandeira o diálogo entre as partes, restabelecendo o convívio e a harmonia que foram abalados. Um mecanismo não adversarial em que um terceiro cujo não tem poder sobre as partes, mas coopera para que encontrem o ponto de harmonia do conflito.

Além disso, a principal característica deste instituto é a posição e atuação do sujeito ativo e passivo. Ao contrário de outros métodos que restringe ou impõe momentos da efetiva participação, a mediação reconhece o indivíduo como a chave da solução tanto que atribui as suas mãos, o direito de definir seu próprio processo responsabilizando-se pelos termos do acordo celebrado.

Destacado a importância da mediação no atual cenário jurídico, como forma eficiente de resolução e prevenção de conflitos, a comunicação construtiva ingressa como auxílio para preparar a sessão e restabelecer a comunicação perdida. Essa reconstituição é maciça, pois, a origem do litígio com o processo cria o fantasma da rivalidade eterna, sendo que a ordem consensual irá controlar esses anseios, criando meios para resgatar e conseqüentemente conservar este relacionamento.

Desse modo, a comunicação construtiva adveio como ferramenta adjunta na mediação para aperfeiçoá-la como elemento consensual, inserido nos conflitos que forem necessários, tendo como enfoque a comunicação recíproca e o acordo congênere.

Nada obstante, a mediação e a comunicação construtiva podem colaborar para prevenção de conflitos, mas é importante ressaltar que para o sucesso absoluto dessa medida o Estado deve-se empenhar à prática de políticas públicas voltadas à ética e educação, princípios essenciais de um cidadão para apreender que existem outras formas de lidar com as adversidades do mundo desigual. Essa afirmativa de desigualdade se sustenta no comportamento das pessoas pensam em si próprias e não estende os olhos a quem precisa. Às vezes a devida atenção e o ato de perguntar podem resolver diversos problemas.

Ressalta-se isso, pois, ao longo dessas pequenas e isoladas atitudes podem ensejar outra atitude e assim por diante, ou seja, a comunicação mútua será o verdadeiro poder de decidir o que é certo que é errado.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 30 abr. 2016

_____. BRASIL. **Código de Processo Civil**. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm>. Acesso em: 02 de maio. 2016.

_____. BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº.125/2010**. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/atos-normativos>>. Acesso em 10 jun. 2015.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas. 3 ed.rev., atual. e ampl.** Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

DE MORAIS, J.L.B.; SPENGLER, F.M. **Mediação e arbitragem: alternativa à jurisdição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

DIAS, Maria Berenice; GROENINGA, Gisele. **A mediação no confronto entre direitos e deveres**. Revista dos advogados, São Paulo, nº. 62, p. 59-63, mar. 2001.

DE ALMEIDA, D.A.R.; PANTOJA, F.M. **Técnicas e procedimentos de mediação no novo Código de Processo Civil.** In: _____. Rio de Janeiro: Forense, 2015. cap.5, p. 139-156.

GARCEZ, José Maria Rossani. **Negociação. ADRS. Mediação. Conciliação e arbitragem. 2.ed.rev.e atual.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

WATANABE, Kazuo. **Política pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses.** Revista de Processo, v. 195, maio 2011.

GALVÃO, F.K.; GALVÃO FILHO, M.V. Da mediação e da conciliação na definição do novo Código de Processo Civil: artigo 165. In: DE ALMEIDA, D.A.R.; PANTOJA, F.M.; PELAJO, S.(Orgs.). **A mediação no novo Código de Processo Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2015. cap.2, p. 33-108.

MARODIN, M.; HAYNES, J.M. **Fundamentos da Mediação Familiar.** Tradução de Eni Assunção e Fabrizio Almeida Marodin. Porto Alegre: Arttmed, 1996.

LOUREIRO, Luiz Guilherme de Andrade Vieira. **A mediação como forma alternativa de solução de conflitos.** Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 87, n. 751, p. 94-101, maio 1998.

MICROEMPRESA E SUA FUNÇÃO SOCIAL SOB O PARADIGMA CONSTITUCIONAL ECONÔMICO DE 1988: REFLEXÕES PARA UM AMBIENTE ECONÔMICO FRATERNAL

Daniela Ramos Marinho Gomes²⁷

1 INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas deflagraram-se diversas discussões envolvendo a relevância dos pequenos negócios e a relação destes com o desenvolvimento econômico e social Brasil.

Surgem, em decorrência dessa constatação, normas com escopo de promover um tratamento diferenciado para estimular o desenvolvimento e permanência das empresas deste seguimento no mercado.

É assim que, desde o início da década de 80, várias ações foram efetivadas na seara legislativa para promover e fomentar os pequenos empreendimentos, culminando na edição da Lei Complementar nº. 123 que instituiu regime único de arrecadação de impostos e contribuições no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e Municípios, além de trazer normas facilitadoras para o registro e regulamentação de sua atividade frente à lei civil e tributária, como, por exemplo, abertura e encerramento das atividades sem a necessidade de apresentação de comprovantes de regularidade fiscal.

²⁷ Possui graduação em Direito pela Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha - UNIVEM, pós-graduação lato sensu em Direito Empresarial com ênfase em Tributário pela Universidade Estadual de Londrina - UEL e mestrado em "Direito Negocial" pela Universidade Estadual de Londrina - UEL.

Com enfoque num ambiente econômico que faça resultar também a fraternidade que deve permear todos os atos em sociedade, este trabalho objetiva demonstrar que os pequenos empreendimentos, em seu mister, exercem uma função social que sobrepõe-se à lógica do lucro em virtude do relevante papel que exerce na economia, quando da franca oportunidade de empregos. Neste mister, demonstrar-se à que as microempresas acabam por deflagrar um ambiente econômico fraterno, à medida em que proporcionam a dignidade das pessoas que, sob outra perspectiva e contexto, poderiam estar à margem do mercado.

Diante da relevância deste empreendimento, a proteção dos pequenos negócios no Brasil foi alçada à princípio basilar da Ordem Econômica Constitucional. E isto decorre porquanto, dado seu papel, sua preservação encontra respaldo no paradigma econômico Constitucional de 1988 que tem por fim valorizar o trabalho humano, a proteção do equilíbrio da concorrência, a garantia da isonomia de tratamento no mercado econômico, além de induzir à formalização das atividades econômicas, proteger o consumidor; enfim, promover o que se conhece como desenvolvimento socioeconômico com vistas à um ambiente fraterno na órbita econômica - normalmente relegada à concepção individualista.

Perscrutando tal propósito, o trabalho se inicia explicando o conceito de microempresa à luz da legislação e outros órgãos que a definem para fins de concessão de incentivos. No mesmo capítulo, apresenta-se a evolução do arcabouço legal, construído a partir da década de 80, em cujo bojo foi possível observar a intenção de se proporcionar tratamento específico e diferenciado para os pequenos negócios no Brasil.

Após o delineamento de mencionado aspecto, tratar-se-á de apontar a função exercida pelas microempresas no cenário econômico brasileiro a fim de esclarecer a relevância desse segmento empresarial no que diz respeito ao papel de inclusão econômica e social.

Em terceira abordagem, o trabalho versa sobre os paradigmas constitucionais estampados na Carta de 1988, cujo conteúdo constitucional possibilitou, no capítulo que trata da Ordem econômica, uma previsão específica que impõe tratamento favorecido para as microempresas brasileiras. Inicia-se com estudo da Ordem econômica exarada no bojo do texto constitucional, enovelando seus fundamentos, princípios e objetivos para então demonstrar a proteção

dada à microempresa que adquiriu *estatus* de princípio norteador dos postulados desta Ordem.

Nesta tessitura, ancorado na doutrina de escol, o trabalho se direciona com vistas à finalização apontando que as microempresas possuem condições de contribuir para promoção de um ambiente econômico fraterno à medida em que contribuem para efetivação da inclusão social no Brasil.

A pesquisa se deu de forma exploratória, com análise bibliográfica a partir de coleta de dados em material científico e informativo atualizado sobre o assunto abordado. A fundamentação centra-se apenas no plano teórico-normativo e apóia-se na característica sistêmica que a ordem jurídico-positiva brasileira possui. Toma se em conta a unidade e a supremacia constitucional, e a necessidade de interpretação que leve em consideração o todo sistêmico, de modo que as normas constitucionais sejam privilegiadas e concretizadas ao máximo, com vistas a sua efetividade social.

2 A MICROEMPRESA – CONCEITO E EVOLUÇÃO HISTÓRICO-LEGISLATIVA

Antes de abordar do objeto deste trabalho, faz-se necessário apresentar o que se concebe quando se está a tratar de microempresa, analisando a evolução deste segmento empresarial no ordenamento jurídico brasileiro.

Destarte, embora não aponte um conceito hermético sobre o termo, Montaño (1999, p.13), explica que a definição de microempresa envolve três aspectos fundamentais, a saber: a dimensão, a complexidade e a formalização.

A dimensão de uma empresa é definida a partir dos custos de produção, do volume de produção e de comercialização, do seu capital fixo e capital de giro, do mercado que atende, do valor do seu lucro, entre outras características. Na pequena empresa, todos os elementos citados acima têm uma dimensão reduzida. A ME e a EPP empregam poucos funcionários, e os níveis de produção e comercialização são baixos. A complexidade de uma empresa envolve sua centralização, estratificação e divisão técnica do trabalho. A centralização é o grau de concentração da autoridade dentro da empresa. Nas pequenas empresas, devido à pequena quantidade de membros, geralmente observa-se uma elevada concentração do poder em seus proprietários. Conseqüentemente, conclui-se que nas pequenas empresas há baixa

estratificação, ou seja, a divisão política do trabalho é pouco complexa. Prevalece nas microempresas basicamente dois estratos: os proprietários na direção empresarial e seus empregados na área produtiva. A divisão técnica do trabalho também é muito simplificada. Há pouca divisão de tarefas, e o trabalhador acompanha o produto desde sua fase inicial de produção até a etapa final.

No Brasil identificam-se pelo menos três critérios para classificação das empresas, adotados por instituições oficiais e/ou bancos de investimento e fomento:

I - Segundo o número de empregados. É o desenvolvido pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) e pelo Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE), empregado de acordo com a quantidade de pessoas que trabalham nessas empresas. Assim, é considerada microempresa aquela que emprega até nove pessoas no ramo de atividade de comércio e serviços e até dezenove pessoas na indústria.

II - Segundo a Receita Operacional Bruta Anual: é utilizado pelas Instituições de apoio creditício como o BNDS Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social -, sendo assim considerada microempresa a que tiver receita bruta anual de até R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais).

III- Segundo o Faturamento Bruto Anual: é o que fixa como parâmetro o volume monetário ou econômico da empresa. Esta classificação é utilizada pelas leis federais e estaduais para fins de tributação, considerando os limites de faturamento e seu enquadramento como micro e pequena empresa. É, inclusive, o critério aplicado pela Complementar 123/2003.

Grazziotin (2004, p. 24), concebe a pequena empresa como aquela cujo proprietário empenha direta e decisivamente a sua força de trabalho com reduzido quadro de pessoal. Possui pouco capital e baixa renda bruta com relação ao setor onde opera, e não faz parte de grupo econômico ou esteja interligado com outro empregador.

Observa-se que existem diversos parâmetros para definir e classificar microempresas, os quais são desenvolvimentos para enquadramento com o intuito de usufruir dos benefícios da lei. O critério mais aceito é aquele utilizado com base nas receitas auferidas.

Sobre sua evolução normativa no cenário brasileiro, ensina Batalha (1989, p.44), que na década de 70 as pequenas atividades autônomas já eram objeto de cogitação do legislador brasileiro. Exemplo disso está na Lei nº. 6.586, de 06.11.1978, que classificou o comerciante para fins trabalhistas e previdenciários, definindo, no art. 1º que: “Considera-se comerciante ambulante aquele que, pessoalmente, por conta própria e a seu risco, exerce pequena atividade comercial em via pública, ou de porta em porta”.

No início da década de 80, ficou assentada a importância da pequena empresa para o desenvolvimento nacional. A partir desse momento, várias ações foram efetivadas na seara legislativa. Assim, em 14.04 de 1980, foi editado o Decreto- Lei nº 1.780, concedendo isenção de imposto sobre a renda em relação às empresas de pequeno porte, dispensando o cumprimento de obrigações acessórias.

Em setembro de 1981, surgiu a Lei nº. 6.939 estabelecendo o regime sumário de registro e arquivamento no Registro do Comércio para as firmas individuais e sociedades mercantis que preenchessem alguns requisitos, como por exemplo, serem constituída sob a forma de sociedade limitada, em nome coletivo, em comandita ou sociedade de capital e indústria.

Já em novembro de 1984, surgiu a Lei 7.256, regulamentada pelo Decreto 90.880/85, disciplinando a primeira categoria de pequena empresa. Por essa lei, ficou estabelecido, em linhas gerais, que a microempresa teria um tratamento privilegiado.

Esse tratamento privilegiado consistia numa atenção diferenciada das microempresas nos campo administrativo, tributário, previdenciário, trabalhista e comercial. Naquele momento (1984/1985), almejava-se primeiramente facilitar a constituição e o funcionamento dessas unidades produtivas de pequenas proporções e, num segundo momento, o fortalecimento de sua participação no processo de desenvolvimento econômico e social do país.

Ainda em 1984, buscando consolidar os objetivos almejados, criou-se a Lei Complementar Nº. 48, que isentou as microempresas do recolhimento de ICM (Imposto sobre Circulação de Mercadoria) e de ISS (Imposto sobre Serviço), isenção essa ampliada pouco depois pela lei 7.519, de julho de 1986.

Embora tais leis tivessem como escopo precípua o tratamento diferenciado para as microempresas, este intento logrou avanço

somente quando da promulgação da Constituição Federal do texto Constitucional de 1988. É que, conforme será exposto em tópico específico, a prática de estímulo às pequenas empresas foi acolhida pela Constituição de 1988 que, ao dispor sobre os princípios gerais da atividade econômica, tratou, especificamente, em seu art. 170, da proteção às empresas de menor porte.

Além do suporte legal para o fomento de suas atividades, surgiu em 1990 o Serviço Brasileiro de Apoio à Micro e Pequenas Empresas – SEBRAE, como uma instituição técnica de apoio e desenvolvimento da atividade empresarial de pequeno porte, voltado para a difusão de programas e projetos de promoção e fortalecimento das micro e pequenas empresas, criado pelas Leis 8.029 de abril de 1990 e 8.154 de dezembro de 1990 e regulamentado pelo Decreto 99.570 de outubro de 1990.

Em março de 1994, surgiu a Lei 8.864 que passou a regular o Estatuto da Pequena Empresa, afirmando os benefícios assegurados anteriormente para essa espécie de entidade empresarial. Embora não tivesse causado grande impacto pela falta de regulamentação que a maioria de seus artigos reclamavam, esta lei chegou a inovar com a elevação da receita bruta anual da microempresa, além de fazer surgir, pela primeira vez, a figura da empresa de pequeno porte, conforme previsto na Constituição Federal.

A Medida Provisória no. 1526, de outubro de 1996, também veio dispor sobre os benefícios do regime tributário diferenciado, simplificado e favorecido previsto na ordem constitucional. Ainda neste ano, no mês de dezembro, com a entrada em vigor da Lei 9.317, foi criado o regime tributário conhecido como SIMPLES (Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte). Por este regime, as empresas que fizessem a opção teriam o benefício de pagar diversos tributos mediante um único recolhimento mensal proporcional ao seu faturamento.

Ressalte-se que a Lei do Simples, revogou alguns dispositivos da Lei nº. 7.256 de novembro de 1984, especialmente o capítulo que dispunha sobre o tratamento fiscal da microempresa, e da Lei nº. 8.864 de março de 1994, pois incompatíveis com as novas disposições do SIMPLES.

Visando efetivar as disposições constitucionais, foi sancionada a Lei 9.841 de outubro de 1999 que recebeu a

denominação de “Estatuto da Pequena Empresa e da Empresa de Pequeno Porte”. Não obstante tal fim, essa lei teve como objetivo, também, facilitar a constituição e o funcionamento das microempresas, de forma a assegurar o fortalecimento de sua participação no processo de desenvolvimento econômico e social.

Após intensos debates, finalmente no mês de dezembro de 2007, foi publicada a Lei Complementar nº. 123, revogando a Lei nº 9841 de outubro de 1999 (Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte) que até então regulava a matéria e a lei nº. 9317 de 1996 (SIMPLES).

Esta lei instituiu um regime único de arrecadação de impostos e contribuições no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e Municípios, o que possibilitou ao erário um controle mais efetivo das atividades empresariais. Objetiva não somente o aprimoramento da forma de arrecadação estatal, como também a diminuição da onerosidade referente às obrigações trabalhistas e previdenciárias. Do mesmo modo, trouxe normas facilitadoras para o registro e regulamentação de sua atividade frente à lei civil e tributária, como, por exemplo, abertura e encerramento das atividades sem a necessidade de apresentação de comprovantes de regularidade fiscal.

Paralelamente a esta norma, outras também trataram de incorporar regras que proporcionaram tratamento jurídico e diferenciado ao segmento empresarial aqui estudado. Exemplo disso reside na Lei de Falência e recuperação de empresas (Lei n. 11.101 de 09 de fevereiro de 2005), a qual instituiu um plano especial de recuperação judicial da microempresa.

Outra norma importante foi a apresentada no dia 08 de agosto de 2011 pela presidente Dilma Rousseff que anunciou em rede nacional o aumento de 50% em todas as faixas da tabela do SIMPLES NACIONAL, em vigor desde 2007. A proposta veiculada por meio do projeto de Lei Complementar 591/10, permitiu o aumento do limite da receita bruta anual das microempresas dos atuais R\$ 240 mil para R\$ 360 mil. No caso das empresas de pequeno porte, o limite foi alterado de R\$ 2,4 milhões para R\$ 3,6 milhões. Tal proposta foi implementada em 10 de novembro de 2011, com a publicação da Lei Complementar 39 de 2011.

3 FUNÇÃO SOCIAL DA MICROEMPRESA

Escrevendo sobre a importância da empresa, Comparato (1990, p.3) afirmou que se trata uma “instituição social que, pela sua influência, dinamismo e poder de transformação, serve como elemento explicativo e definidor da civilização contemporânea”.

Toda empresa, seja ela considerada grande ou pequena para os padrões de seu mercado, pode e deve exercer função social. Entretanto, considerando que para este trabalho a função social é entendida como o dever dos meios de produção de serem empregados de forma a dar a melhor destinação sob o ponto de vista dos interesses sociais, como a dignificação do homem, o desenvolvimento nacional, a proteção do Estado e a erradicação da pobreza e das desigualdades, tem-se que esta função é melhor dimensionada quando se trata das microempresas.

Parte-se da premissa de que, apesar de organizar os meios de produção para a finalidade de lucro, é possível que o segmento empresarial desenvolva uma função social.

É neste contexto que se insere as pequenas empresas porquanto desenvolvem papel de primazia na economia nacional na medida em que absorvem boa parte da mão-de-obra do país. Não obstante, representam uma das formas de resistência da população à crescente concentração de riquezas que acaba por aumentar o distanciamento entre as diferentes classes sociais.

Ao apresentar um panorama sobre a microempresa, a pesquisadora Bonfim (2007. p. 5) declara que a sociedade desconhece o potencial escondido por trás do mundo das micros e pequenas empresas e a força que este segmento possui para a economia brasileira, pois prevalece a imagem do pequeno e frágil negócio, de faturamento quase inexpressivo e que emprega geralmente membros da família.

Apóia seu argumento no fato de que em 2007, ano em que seu livro foi publicado, existiam no país 4,5 milhões de pequenos negócios formais, nos quais 60 milhões de pessoas estavam diretamente envolvidas, que correspondiam a 98% dos empreendimentos existentes no país. Estes micros e pequenos negócios, frisou a pesquisadora, eram responsáveis por 44% dos postos de trabalho e 42% da massa salarial (BONFIM, p. 2007).

O Instituto Brasileiro de Geografia e Pesquisa – IBGE apresentou dados indicando que do total de empresas existentes, 98,3% são microempresas ou empresas de pequeno porte, sendo responsáveis por 52,8% dos empregos disponíveis (ESTATÍSTICAS..., 2014). Estes dados estão a confirmar que os pequenos negócios exercem uma função que se sobrepõe à lógica do lucro.

Conforme as palavras do professor Carlos O. Quandt (2004), as pequenas e médias empresas possuem um grande potencial para acelerar o crescimento econômico, ampliar sua participação nas exportações e promover um padrão de desenvolvimento mais desconcentrado e equitativo nas regiões menos desenvolvidas.

Sobre isto D’Arcanhy (2008, p. 63,) assim escreveu:

As microempresas (ME) e as empresas de pequeno porte (EPP), em nosso país, têm sua origem, via de regra, em trabalhadores excluídos do mercado de trabalho, que entram no setor de serviços, ou de produção em pequena escala, com mínima tecnologia e pouca formalidade de atividades administrativas.

O jurista Alvim (1998) discorrendo sobre a atual “sociedade do conhecimento”, expõe um atributo essencial às microempresas e empresas de pequeno porte, qual seja, ter capacidade de reagir rapidamente neste novo contexto de mudanças constantes. Prossegue afirmando que, dentre as contribuições trazidas pelas microempresas e empresas de pequeno porte, destacam-se a presença em diferentes cadeias produtivas, na forma de fornecedores terceirizados e quarteirizados de grandes empreendimentos produtores de bens intermediários e finais, além de atuar como fornecedores de pequenos lotes em nichos de mercado ou em mercados especializados (...).

Nos últimos anos, diversos postos de trabalho vem se fechando; todavia, a mídia vem informando que a salvação para quem busca emprego tem sido as empresas menores, que está a absorver a massa desempregada.

Isto intensifica o argumento de que o segmento dos pequenos empresários, de fato, desempenha em sua gênese a função social esperada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

4 O PARADIGMA ECONÔMICO NA CONSTITUIÇÃO DE 1998 SOB O VIÉS DA FRATERNIDADE

Ao abordar o paradigma do Estado Democrático de Direito, Gomes ensina que a interpretação e construção da norma constitucional deve ser aquela que:

[...] dignifica a pessoa humana, vista como fundamento maior do referido paradigma estatal, instituído para compor um modo de vida coerente com a natureza, necessidades e condição do ser humano. Por isso, há de se compreender que os objetivos da República, positivados no art. 3º da Constituição, configuram uma teleologia que tem por meta final a salvaguarda da dignidade reconhecida em cada indivíduo, o qual, no âmbito da democracia é visto como pessoa. É isso que justifica a defesa e a concretização dos direitos fundamentais em todas as suas dimensões. E é esta também a razão maior para a existência do próprio Estado (GOMES, 2008, p. 315).

Na verdade, um Estado não pode ser considerado democrático se não desenvolver mecanismos que garantam o pleno exercício da cidadania, ou seja, se não fornecer, no plano fático, reais condições para a efetividade da inclusão social. É dizer que a democracia não pode ser analisada no âmbito estritamente teórico, abstrato, em que não se toma o ser humano enquanto pessoa, pois “sem levar em consideração as ‘condições’ e a situação em que a democracia nasce e se desenvolve, dificilmente poderíamos refletir sobre o tipo de regime sócio-político que vem se construindo nos países da América Latina nestes últimos anos” (VITULO, 2006, p. 355).

No que diz respeito à atividade empresarial, tem-se no texto constitucional vários excertos onde é possível extrair a autorização para a atuação do Estado e dos demais agentes no sentido de firmar ações de transformações econômico-sociais para inclusão social. Isto, pois, a empresa não é mais vista tendo como único objetivo o lucro, pois passou a ser uma instituição social, que pela sua importância, desenvolvimento e influência são capazes de alterar o cenário no qual está investida.

É neste contexto que emerge o arsenal previsto no artigo 3º, 170 e 193 da Constituição, que constituíram os princípios gerais da atividade econômica e das disposições gerais de ordem social.

Com efeito, o artigo 3º exara como objetivos fundamentais do Estado brasileiro: construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional.

A seu turno, o artigo 170 da Constituição Federal anuncia os fundamentos da Ordem Econômica, consubstanciados na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa. Além disso, aponta a finalidade desta ordem, qual seja, assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Na sequencia, o legislador enumerou os princípios regentes da ordem econômica, sendo eles: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III – função social da propriedade; IV – livre concorrência; V – defesa do consumidor; VI – defesa do meio ambiente; VII – redução das desigualdades regionais e sociais; VIII – busca do pleno emprego; IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas, sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Esse arcabouço normativo existe porque a Constituição Federal do Brasil trouxe para seu bojo a ordem econômica; ou seja, “constitucionalizou” a racionalidade do mercado.

A expressão “ordem econômica” foi assimilada pelos juristas a partir do início deste século, significando uma ideia de sistema voltado para regulação das relações econômicas em um Estado, determinando seus limites.

Sobre a ordem econômica Grau (2008, p. 68) ensinou:

[...] em um primeiro sentido, "ordem econômica" é o modo de ser empírico de uma determinada economia concreta; a expressão, aqui, é termo de um conceito de fato (é conceito do mundo do ser, portanto); o que o caracteriza é a circunstância de referir-se não a um conjunto de regras ou a normas reguladoras de relações sociais, mas sim a uma relação entre fenômenos econômicos e matérias, ou seja, relação entre fatores econômicos concretos; conceito do mundo do ser, exprime a realidade de uma inerente articulação do econômico como fato;

[...] em um segundo sentido, "ordem econômica" é expressão que designa o conjunto de todas as normas(ou regras de conduta), qualquer que seja a sua natureza(jurídica, religiosa, moral etc.), que respeitam à regulação do comportamento dos sujeitos econômicos; é o sistema normativo(no sentido sociológico) da ação econômica;

[...] em um terceiro sentido, "ordem econômica" significa "ordem jurídica da economia."

Para Araújo (2000, p. 347,) a ordem econômica pode ser definida como “o conjunto de normas fundamentais que estabelecem juridicamente os elementos estruturais de uma forma concreta de um determinado sistema econômico [...]”.

Simplificando as definições dadas, deve-se dizer que ordem econômica é a parcela que rege normativamente as questões econômicas, que institucionaliza uma determinada ordem econômica, regulando os limites da atuação da iniciativa privada, bem como do Estado.

Quando normas que regem a vida econômica da sociedade são inseridas no seio da Constituição, afirma-se haver, uma “Constituição Econômica”, a qual, composta por normas programáticas, tem uma finalidade precípua: o desenvolvimento da sociedade.

A concretização dos postulados registrados na Constituição Econômica, como por exemplo os delineados no artigo 170 Constituição Federal do Brasil, se dá por meio de políticas públicas instituídas por normas como a que prevê a isenção fiscal para as microempresas. Assim leciona Eros Grau:

“A contemplação, nas nossas Constituições, de um conjunto de normas compreensivo de uma “ordem econômica”, ainda que como tal não formalmente referido, é expressiva de marcante transformação que afeta o direito, operada no momento em deixa de meramente prestar-se à harmonização de conflitos e à legitimação do poder, passando a funcionar como instrumento de implementação de políticas públicas[...] (2008, p. 15).”

Na verdade, a Constituição Federal de 1988 caracteriza-se como estatuto marcadamente voltado, tanto do ponto de vista político quanto do jurídico, para a concretização dos direitos fundamentais sociais, apontando para as políticas públicas como instrumentos de ação do Estado contemporâneo brasileiro voltado para tal finalidade. Neste sentido, há que se delinear que:

[...] as políticas públicas são execuções das normas legais ou constitucionais, verdadeiros mecanismos de sua efetivação ou um “law enforcement” (reforço para execução da lei). Não são apenas atos meramente políticos ou de governo, os chamados atos de gestão. (COMPARATO, 2007, p. 338)

Segundo Bercovici (2006, p. 144), as políticas públicas no Brasil se desenvolvem basicamente em duas frentes principais, a social e a econômica, ambas voltadas para o desenvolvimento do país. O desenvolvimento, portanto, pode ser apontado como a principal política pública, conformando e harmonizando todas as demais. O desenvolvimento econômico e social, com a eliminação das desigualdades, pode ser considerado como a síntese dos objetivos históricos nacionais.

É nesse contexto que se insere o papel das microempresas na medida em que estas, embora não componham a estrutura estatal, possuem condições de contribuir para promoção do desenvolvimento, tal qual apontado por Bercovici, de forma que neste mister, contribuem para efetivação da inclusão social no Brasil, concretizando o paradigma constitucional econômico.

E falando em paradigma constitucional econômico, tamanha é a relevância dos pequenos negócios no Brasil que a Constituição Federal elencou como princípio regente da ordem econômica o “tratamento favorecido para as pequenas empresas”.

Destarte, o favorecimento às microempresas revela a necessidade de se proteger os organismos microempresariais que possuem menores condições de competitividade em relação às grandes empresas.

Este favorecimento aos pequenos empreendimentos é reafirmado no art. 179 da CF, nos seguintes termos:

A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei. (BRASIL, 2011)

Trata-se de um princípio de isonomia que reconhece as desigualdades que existem na prática. Numa ordem econômica fundada na livre iniciativa, é necessário dispensar tratamento favorecido às pequenas empresas para que estas possam resistir ao mercado competitivo da livre concorrência.

Ferreira Filho (2007, p.65) afirmou que:

Numa era de gigantismo empresarial, a sobrevivência das empresas de pequeno porte é extremamente difícil. São elas, porém, um elemento de equilíbrio e, conseqüentemente, merecem um tratamento especial.

Além da função social exercida pelas microempresas, já apontado em tópico anterior, o pesquisador Petter (2005, p.38), apresentando justificativa para tal tratamento diferenciado discorreu que:

[...] de outra banda, certo é que o tratamento jurídico favorecido às empresas de pequeno porte tem variados fundamentos a justificar sua inserção dentre os princípios da atividade econômica. Bem examinadas as disposições relativas à ordem econômica no texto constitucional – sem olvidar que ela é parte integrante e indissociável da Constituição vista em sua inteireza - parece mesmo intuitivo que algo deveria ser feito em relação às empresas de pequeno porte. Pois são elas que mais empregam mão-de-obra, o que nos reconduz à valorização do trabalho humano como fundamento da ordem econômica. São elas que menos investimentos necessitam, havendo expansão do desenvolvimento se trilhados os caminhos em face delas abertos. Demais disso, exercem no contexto da economia um papel mais versátil e próximo do consumidor do que o desempenhado por grandes estruturas empresariais. Obtêm sua aprovação no mercado sem intermediação de pesados investimentos publicitários, indutores de hábitos de consumo, em muitos casos, evidentemente supérfluos. Mas também são elas as que mais dificuldades têm para a obtenção de financiamentos junto às instituições financeiras, daí o necessário.

O tratamento jurídico favorecido às empresas de pequeno porte possui variados fundamentos a justificar sua inserção dentre os princípios da atividade econômica. Na verdade, a busca da preservação da dignidade da pessoa humana, do pleno emprego, entre outros objetivos almejados pela ordem econômica constitucional podem ser melhores obtidos se houver, no Brasil, uma microempresa forte, capaz de sobreviver às intempéries do mercado.

Todo o exposto retrata que o princípio propulsor do tratamento favorecido, traçado na Constituição de 1988, visa harmonia com a ordem econômica, de forma que, além da busca pelos valores acima mencionados, tem por fim a proteção do

equilíbrio da concorrência, a garantia da isonomia de tratamento no mercado econômico, além de induzir à formalização das atividades econômicas, valorizar o trabalho humano, proteger o consumidor; enfim, promover o que se conhece como desenvolvimento socioeconômico com vistas à um ambiente fraterno na órbita econômica - normalmente relegada à concepção individualista.

Por falar em ambiente econômico fraterno, é necessário lembrar que já no Preâmbulo da Constituição Federal de 05 de outubro de 1988, o legislador constituinte comprometeu-se com a construção de uma sociedade fraterna, pluralista, sem preconceitos, tendo como valores supremos a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça. Eis o teor do preâmbulo:

Nós representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, 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, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

A respeito da fraternidade lecionam Veronese e Oliveira (2013, p. xi):

[...] a fraternidade como elemento essencial a constituição, formulação e interpretação do Direito exsurge como sustentáculo do Estado Democrático de Direito, ao lado da liberdade e da igualdade, e ainda, fundamenta-se numa ética relacional que tem como objetivo a superação dos modelos individualistas, com vistas a uma sociedade inclusiva, de partilha e comunhão.

Observa-se que a fraternidade emerge como princípio propulsor de uma sociedade inclusiva. É neste contexto que se pode inferir que as microempresas, em virtude da já mencionada função social que desempenha, embora não componham a estrutura estatal, possuem condições de contribuir para promoção de um ambiente econômico fraterno à medida em que contribuem para efetivação da inclusão social no Brasil, concretizando o paradigma constitucional

econômico, cujo postulado firma-se no projeto de uma existência digna.

5 CONCLUSÃO

Antes de abordar o tema deste trabalho, tratou-se de apresentar a concepção da microempresa, pelo que ficou evidente existir diversos parâmetros para definir e classificar microempresas, os quais são desenvolvimentos para enquadramento com o intuito de usufruir os benefícios da lei.

Em linhas gerais, concebe-se a pequena empresa como aquela cujo proprietário empenha direta e decisivamente a sua força de trabalho com reduzido quadro de pessoal. Possui pouco capital e baixa renda bruta com relação ao setor onde opera, e não faz parte de grupo econômico ou esteja interligado com outro empregador.

A discussão em torno das microempresas é legítima à medida que a realidade brasileira revela que este segmento exerce uma função que se sobrepõe à lógica do lucro. Isto, pois, pelo que se expôs no seio deste trabalho, as micros possuem um grande potencial de assimilação da massa desempregada, o que contribui com o crescimento econômico, além de promover um padrão de desenvolvimento mais desconcentrado e equitativo nas regiões menos desenvolvidas.

Desse modo, a contribuição das micro e pequenas empresas fica evidente. No âmbito social, a atividade empresarial de pequeno porte resulta na geração de empregos, ocasiona a circulação de riquezas na sociedade e, via de conseqüência, acaba por possibilitar melhoria das condições de vida da população. No âmbito econômico, a atividade empresarial de pequeno porte proporciona o fomento das atividades econômicas, age positivamente no ciclo produtivo, e, por gerar empregos e por fazer circular a riqueza na sociedade, acaba por fortalecer a economia, já que com mais recursos em circulação maior será também o trânsito de mercadorias, formando-se um ciclo benéfico

A relevância dos pequenos empreendimentos ganha espaço com o paradigma econômico esposado na Constituição Federal do Brasil. É que esta trouxe para seu bojo um capítulo específico para ordem econômica; ou seja, “constitucionalizou” a racionalidade do

mercado, significando uma ideia de sistema voltado para regulação das relações econômicas em um Estado, determinando seus limites.

Neste paradigma, ganha destaque os pequenos negócios no Brasil haja vista que a Constituição Federal elencou como princípio regente da ordem econômica o “tratamento favorecido para as pequenas empresas”.

Conforme mencionado à inteiras ao longo deste trabalho, o tratamento jurídico favorecido às empresas de pequeno porte possui variados fundamentos a justificar sua inserção dentre os princípios da atividade econômica. Na verdade, a busca da preservação da dignidade da pessoa humana, do pleno emprego, entre outros objetivos almejados pela ordem econômica constitucional podem ser melhores obtidos se houver, no Brasil, uma microempresa forte, capaz de sobreviver às intempéries do mercado.

Todo o exposto retrata que o princípio propulsor do tratamento favorecido, traçado na Constituição de 1988, visa harmonia com a ordem econômica, de forma que, além da busca pelos valores acima mencionados, tem por fim a proteção do equilíbrio da concorrência, a garantia da isonomia de tratamento no mercado econômico, além de induzir à formalização das atividades econômicas, valorizar o trabalho humano, proteger o consumidor; enfim, promover o que se conhece como desenvolvimento socioeconômico com vistas à um ambiente fraterno na órbita econômica - normalmente relegado à concepção individualista.

É neste contexto que se pode inferir que as microempresas, em virtude da já mencionada função social que desempenha, embora não componham a estrutura estatal, possuem condições de contribuir para promoção de um ambiente econômico fraterno à medida em que contribuem para efetivação da inclusão social no Brasil, concretizando o paradigma constitucional econômico.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luiz Alberto Araújo; NUNES JUNÍOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Estatuto da Microempresa: Comentários**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2012.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Ícone, São Paulo, 1995.

BOMFIM, Ana Paula Rocha. **Comentários ao Estatuto das Microempresas de Pequeno Porte**. Rio de Janeiro. 2007

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal.

CAMARGO, R. A.L. **Breve Introdução ao Direito Econômico**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

GOMES, Sergio Alves. **Hermenêutica Constitucional: Um Contributo à Construção do Estado Democrático de Direito**. Curitiba: Juruá, 2008.

GORIA, Fausto. **Fraternidade e Direito**. Algumas reflexões. In: CASO, Giovanni; CURY, Afife; CURY, Munir; SOUZA, Carlos Aurélio Mota de (Org.). **Direito e Fraternidade**. São Paulo: LTR, 2008

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GRAZZIOTIN, Marcelo Rugeri. **Tratamento jurídico diferenciado à pequena empresa no processo do trabalho**. São Paulo: LTR, 2004.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **A fraternidade como categoria jurídico-constitucional**. *Evocati Revista* n. 35. Aracaju: Nov. 2008. Acesso em: 01/08/2014:
http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=290 >

MARINS, James; BERTOLDI, Marcelo M. **Simples Nacional: Estatuto da microempresa e da empresa de pequeno porte comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007

MONTAÑO, Carlos. **Microempresa na era da globalização**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2001.

PETTER, Lafayette Josué. **Princípios Constitucionais da Ordem Econômica**. São Paulo: RT, 2005.

PIOVESAN, Flávia. **A proteção dos Direitos Humanos no Sistema Constitucional Brasileiro**. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, v. 45, p. 216-236, 2003.

SERVIÇO DE APOIO AS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS. **Taxa de Sobrevivência das Empresas no Brasil**. Coleção Estudos e Pesquisas. Brasília: SEBRAE, 2011b. Disponível em
<<http://www.biblioteca.sebrae.com.br/bds/BDS.nsf/45465B1C66A6772D832579300051816C>. Acessado em: 25 mar 2014

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001.

VIEIRA, José Eduardo de Andrade. **Importância das micro e pequenas empresas**. Revista Estudos do Sebrae, maio/junho, 1994

VERONESE, Josiane Rose Petry; OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de (Org.). **Direitos na pós-modernidade: a fraternidade em questão**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011. p. 19 - 32.

VERONESE, Josiane Rose Petry; OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de. Introdução. In: VERONESE, Josiane Rose Petry; OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de (Org.). **Direito e fraternidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. xi.

VIEIRA, Claudia Maria Carvalho do Amaral; CAMARGO, Lucas Amaral Cunha. A construção de uma sociedade fraterna como interesse tutelado pelo direito. In: VERONESE, Josiane Rose Petry; OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de (Org.). **Direito e fraternidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 121 – 130.

AS PARCERIAS COM AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS E A FISCALIZAÇÃO POR PARTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO

*Ilton Garcia da Costa*²⁸

*Bruno Gofman*²⁹

1 INTRODUÇÃO

A partir da primeira metade do século XX, os Estados passaram por grandes transformações econômicas e financeiras, desde o modelo liberal até o social, como uma maior atuação estatal, sobretudo na prestação dos serviços destinados a garantia dos direitos fundamentais³⁰.

Contudo, com o crescimento exponencial da máquina estatal, começaram a surgir graves dificuldades por parte do Estado em dar cumprimento aos direitos prestacionais positivos previstos na Constituição, potencializadas pela escassez e má gestão de recursos públicos, pelos recorrentes casos de corrupção e também em virtude da burocracia e falta de eficiência.

Em razão da ineficiência por parte da Administração Pública na prestação dos serviços sociais, voltaram à cena os ideais liberais e

²⁸ Professor Doutor da UENP Universidade Estadual do Norte do Paraná, Doutor e Mestre em Direito pela PUC/SP, Mestre em Administração pela Unibero, Avaliador de Instituições e Cursos do MEC-INEP, Membros das Comissões de Direito Constitucional, Direito e Liberdade Religiosa e de Ensino Jurídico da OAB/SP, Advogado.

²⁹ Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Especialista em Direito Administrativo Aplicado pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Graduado em direito pela UNICURITIBA. Advogado.

³⁰ LOPES DE TORRES, Ronny Charles. **Terceiro Setor: entre a liberdade e o controle**. Salvador: Editora jusPODIVM 2013, p. 19

aqueles que defendem o Estado Mínimo e gerencial³¹. Neste contexto de crise, na década de 90, o Brasil se viu envolvido por um novo processo de transformação do modelo social para o liberal, capitaneado pelo Plano Diretor da Reforma do Estado³².

A partir do estudo do Ministro Bresser Pereira, em 1998 o governo do presidente Fernando Henrique Cardoso promoveu a conhecida Reforma Administrativa, por meio da promulgação da Emenda Constitucional nº 19, segundo a qual, passou-se a defender a ideia de um Estado gerencial e reduzido, com a “publicização” dos serviços não exclusivos do Estado por meio de parcerias com entidades privadas sem fins lucrativos, que, contando com o fomento estatal, desempenhariam com maior eficiência a prestação das referidas atividades.

Dito fenômeno da “publicização”, que, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro nada mais foi do que uma privatização disfarçada³³, fez com que o Estado, por meio da atividade de fomento, se socorresse cada vez mais da sociedade civil, com a nítida intenção de se desonerar da prestação de serviços públicos não exclusivos, mas de grande importância para a consecução de direitos fundamentais como o ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde. Essa escolha feita pelo legislador pátrio está intimamente ligada ao princípio da subsidiariedade³⁴.

Em virtude dessa nova política implementada por meio da Reforma Administrativa surgiu a necessidade de se disciplinar a relação do Estado com as entidades privadas sem fins lucrativos, também conhecidas como entidades do 3º Setor, dentre as quais estão inseridas podemos as organizações sociais (OS),

³¹ A respeito da transformação do Estado Social para o Liberal: VAZ, Maria João. Os direitos sociais: reflexão crítica a uma visão redutora baseada nos custos. In: **Argumenta Journal Law**. n. 22 (jan/jul) – Jacarezinho, 2014, p. 101.

³² BRASIL, PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA (F.H. Cardoso), 1995. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Brasília: Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado.

Disponível

em: <<http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf>>.

³³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 620.

³⁴ TORRES, Sílvia Faber Torres. **O princípio da subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 9.

regulamentadas pela Lei nº 9.637/98. Referidos entes se caracterizam pela relevância dos serviços por elas prestados, bem como pelas peculiaridades que envolvem seu regime jurídico e sua relação com o ente estatal.

Nesse sentido, podemos dar destaque desde início ao fato de que a relação entre o Estado e as Organizações Sociais se formaliza por meio do Contrato de Gestão, que estabelece uma série de metas e objetivos a serem cumpridos. Outro aspecto que merece ser ressaltado acerca deste tipo de entidade do 3º Setor e, que a distingue das demais, diz respeito à forma de como se dá o fomento estatal³⁵, que poderá ser mediante repasse de recursos orçamentários, cessão de servidores e permissão de uso de bens públicos.

No que toca à fiscalização dessas parcerias, o artigo 8º do diploma legal em questão menciona que: “A execução do contrato de gestão celebrado por organização social será fiscalizada pelo órgão ou entidade supervisora da área de atuação correspondente à atividade fomentada”. Destaca ainda, no seu artigo 10, que apenas nos casos em que haja irregularidades ou ilegalidades, havendo indícios fundados de malversação de bens ou recursos de origem pública, é que a autoridade competente deverá se socorrer da intervenção do Ministério Público e dos mecanismos que lhe são atribuídos, ou seja, em caráter subsidiário.

No entanto, levando-se em consideração a importância adquirida pelas parcerias firmadas entre o Estado e as Organizações Sociais, notadamente em função da relevância dos serviços sociais por elas prestados, bem como as formas de fomento a elas deferidas, que, inegavelmente envolvem recursos públicos, questiona-se a possibilidade da efetiva intervenção e fiscalização por parte do Ministério Público, tal qual dispõe os artigos 127 e seguintes da Constituição Federal de 1988.

Como forma de enfrentar o tema, dividimos o presente artigo em três partes: na primeira parte contextualizamos a criação das organizações sociais em meio a Reforma Administrativa ocorrida na segunda metade de 90 do século passado; na segunda parte traçamos em linhas gerais as principais características dessas

³⁵ SOUTO, Marcos Juruena Villela. Estímulos positivo. In: JUSTINO DE OLIVEIRA, Gustavo (Coord). **Terceiro Setor, Empresas e Estado: novas fronteiras entre o público e privado**. Belo Horizonte, Fórum, 2007, p. 33.

entidades, suas peculiaridades, formas de fomento estatal e sua fiscalização e ; na parte final, trabalhamos a competência do Ministério Público, suas funções e a possibilidade de controle por parte do parquet em relação aos contratos de gestão celebrado entre a Administração Pública e as organizações sociais, especialmente com base na doutrina e na decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 1923/DF.

2 O CONTEXTO DE CRIAÇÃO DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS

Impulsionado pelos ideais que impulsionaram a Revolução Francesa, o modelo Absolutista, que marcou o surgimento dos Estados Modernos, deu lugar ao Estado Liberal, caracterizado pela intervenção mínima estatal voltada tão somente a garantia da proteção às liberdades individuais³⁶.

No início do século XX, em virtude das graves crises políticas, econômicas e sociais, notadamente a Primeira Guerra Mundial, a Quebra da Bolsa de 1929 e a ascensão do regime Comunista na Rússia, o modelo liberal se enfraqueceu e começou a ser questionado³⁷, dando lugar ao Estado Social, onde se passou a propor uma maior intervenção estatal, principalmente por meio da prestação de serviços públicos essenciais relativas à garantia dos direitos fundamentais³⁸.

A partir daí, o Estado Social, também conhecido como Estado do Bem-Estar, Estado Providência, Estado do Desenvolvimento, Estado Social do Direito, preocupado com o bem comum e o interesse público³⁹ ganhou ampla difusão, especialmente nos países periféricos como o Brasil, em razão da necessidade de atuação estatal na prestação de serviços relacionados aos direitos fundamentais e à dignidade da pessoa humana.

Contudo, com o aumento exacerbado da máquina estatal, o Estado passou a ser prestador de serviços, empresário e investidor⁴⁰, modelo que também se mostrou incompatível com as necessidades

³⁶ LOPES DE TORRES, Op. cit., p. 26

³⁷ Ibidem, p. 28.

³⁸ Idem.

³⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 20

⁴⁰ Ibidem, p. 23

da sociedade, especialmente em decorrência da má gestão de recursos, corrupção, burocratização e ineficiência por parte da Administração Pública.

Diante da demonstração de fragilidade por parte do modelo Social, surgiram novos elementos no processo de transformação do Estado: a inclusão do princípio democrático⁴¹, oportunidade em que passou a se defender a maior participação da sociedade “no processo político, nas decisões governamentais e no controle da Administração Pública⁴²”, e, também o princípio da subsidiariedade, que “restringe a atuação do setor público, de um lado, ao incentivo e ao fomento da atividade individual e dos pequenos grupos, criando condições propícias à ação social; e, de outro, quando a sociedade se mostrar incapaz de satisfazer seus próprios interesses, à ajuda ou auxílio material, sem que a intervenção, contudo, se estenda além da necessidade averiguada⁴³”.

É nesse contexto de transformações que foi promulgada a Constituição Federal de 1988, que passou a permitir que determinados serviços, classificados como não exclusivos, fossem prestados tanto pelo Estado quanto pela iniciativa privada. Servem como exemplo destes tipos de serviços públicos as atividades relacionadas “ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde”.

A partir da referida permissão constitucional, aliada aos princípios democráticos e da subsidiariedade, os partidários do modelo liberal ganharam força na defesa de celebração de parcerias com entidades privadas sem fins lucrativos, que supostamente eram detentoras de maior eficiência e expertise na prestação de serviços e que, por meio do fomento estatal, “visa a alcançar finalidades e objetivos específicos da Administração Pública, porém de uma maneira indireta e mediata”⁴⁴.

⁴¹ TOSAWA, Suelyn; GARCIA DA COSTA, Ilton. O papel das políticas públicas de inclusão do trabalhador no combate ao desemprego. In: SÉLLOS-KNOERR, Viviane Cøelho (org). Diálogos (im)pertinentes – dignidade da pessoa humana. Curitiba: Instituto Memória, 2014, p. 140.

⁴² Ibidem, p. 25.

⁴³ TORRES, Op. cit. p.14

⁴⁴ FERREIRA DA ROCHA, Sílvio Luís. **Terceiro setor**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 21.

Então, na década de 90, consubstanciado no Plano Diretor da Reforma do Estado, capitaneado pelo Ministro Luís Carlos Bresser Pereira,⁴⁵ promoveu-se a Reforma Administrativa, por meio da Emenda Constitucional nº 19, fenômeno conhecido como “publicização”, onde se estabeleceu como política central um estado gerencial e reduzido.

Dentre as novidades trazidas está a possibilidade de celebração de parcerias com as entidades do Terceiro Setor, que, segundo conceitua Boaventura de Souza Santos⁴⁶, é “um conjunto de organizações sociais que não são nem estatais nem mercantis, ou seja, organizações sociais, que, por um lado, sendo privadas, não visam fins lucrativos, e, por outro lado, sendo animadas por objetivos sociais, públicos ou coletivos, não são estatais”.

Em relação ao conceito acima transcrito, é importante destacar que no Brasil as organizações sociais, regulamentadas pela Lei nº 9.637/98⁴⁷, são apenas uma das modalidades integrantes do Terceiro Setor e, que, em razão da relevância das atividades por ela prestadas e do regime jurídico peculiar ao qual se submetem, ganhou destaque por parte do então Ministério da Administração e Reforma do Estado, que trouxe as seguintes considerações:

A estratégia da reforma do Estado se apoia na ‘publicização’ dos serviços não-exclusivos do Estado, ou seja, sua absorção por um setor público não-estatal, onde, uma vez fomentados pelo Estado, assumirão a forma de organizações sociais. Essa forma de parceria entre a sociedade e Estado, além de viabilizar a ação pública com mais agilidade e maior alcance, torna mais fácil e direto o controle social através da participação nos conselhos da administração dos diversos segmentos beneficiários envolvidos. As organizações nesse setor gozam de uma autonomia administrativa muito maior do que aquela possível dentro do aparelho do Estado. Em compensação os seus dirigentes são chamados a assumir uma responsabilidade maior, em conjunto com a sociedade, na gestão da instituição.⁴⁸

⁴⁵ BRASIL, PRESIDENCIA DA REPÚBLICA, **Plano...**

⁴⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. **A reinvenção solidária e participativa do Estado**. Coimbra: Oficina do CES, 1999, p. 14.

⁴⁸ BRASIL, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado/Secretaria da Administração Federal e Reforma do Estado. **Organizações Sociais**. Brasília: Ministério da Administração e Reforma do Estado, 1997.74 p.

Nesse sentido, o art. 1º da Lei nº 9.637/98, que regulamenta as organizações sociais, estabelece que “O Poder Executivo poderá qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, a proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos os requisitos previstos nesta lei”.

Paulo Modesto define as Organizações Sociais como “pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, voltadas para atividades de relevante valor social, que independem de concessão ou permissão do Poder Público, criadas por iniciativa de particulares segundo modelo previsto em lei, reconhecidas, fiscalizadas e fomentadas pelo Estado.”⁴⁹

Realizadas essas primeiras considerações acerca das Organizações Sociais e seu contexto de criação, é importante destacar algumas peculiaridades que envolvem seu regime jurídico, as formas de fomento e, especialmente, a fiscalização das atividades por elas desempenhadas na execução dos contratos de gestão.

3 AS PECULIARIDADES DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS E AS ATIVIDADES DE FOMENTO

Inicialmente é importante assinalar que para a qualificação de uma entidade como organização social, e, para com isso, celebrar parcerias com o Estado, é necessário que se preencham determinados requisitos previstos no art. 2º da Lei nº 9.637/98, dentre os quais: não ter fins lucrativos, ter como objeto social uma daquelas atividades estabelecidas no art. 1º, possuir Conselho Administrativo e Deliberativo com participação de membros do Poder Público e da sociedade civil, dentre outros. No entanto, isso não basta. É imprescindível a aprovação da sua qualificação como tal, por parte do Ministro ou Titular do órgão vinculado à sua área de atuação, que o fará em juízo de conveniência e oportunidade.

Uma vez concedido o título de organização social a uma entidade, esta poderá celebrar parcerias com o Estado, por meio de

⁴⁹ MODESTO, Paulo. **Reforma administrativa e marco legal das organizações sociais no Brasil: as dúvidas dos juristas sobre o modelo das organizações sociais**, Revista Diálogo Jurídico, Centro de Atualização Jurídica, Salvador, v. 1, n. 5, 2001, p. 06.

um instrumento jurídico denominado como contrato de gestão, que foi descrito pelo art. 5º da Lei como sendo: “o instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social, com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução das atividades relativas às áreas relacionadas no art. 1º”.

Na sequência, os artigos 6º e 7º do diploma legal, determinam em suma que o referido instrumento contratual deverá ser elaborado em comum acordo entre os parceiros e aprovado pelas autoridades competentes, respeitar os princípios constitucionais atinentes à Administração Pública⁵⁰ e ter como conteúdo obrigatório: a especificação do programa de trabalho proposto, a estipulação de metas a serem atingidas e os respectivos prazos de execução, bem como previsão de critérios de avaliação; estabelecer limites de remuneração e vantagens percebidas pelos dirigentes e empregados.

Como forma de dar cumprimento ao contrato de gestão, e, por consequência, ao desenvolvimento pleno do seu objeto pelas organizações sociais, o ente estatal poderá fomentar a entidade parceira por meio de repasse de recursos orçamentários, permissão de uso de bens públicos e também a cessão especial de servidores públicos, o que é previsto nos artigos 11 a 15 da Lei nº 9.637/98⁵¹.

⁵⁰ FERREIRA, Flavia Elaine Soares, GARCIA DA COSTA, Ilton., VASCONCELOS, João Paulo A. Termos de parcerias das OSCIPS: entre a efetividade e a responsabilidade da prestação do serviço de interesse público. In: GARCIA DA COSTA, Ilton, SANTIN, Valter Foleto (Orgs.). **Organizações sociais: efetivações e inclusão social**. São Paulo: Editora Verbatim, 2015, p. 82.

⁵¹ Art. 11. As entidades qualificadas como organizações sociais são declaradas como entidades de interesse social e utilidade pública, para todos os efeitos legais.

Art. 12. As organizações sociais poderão ser destinados recursos orçamentários e bens públicos necessários ao cumprimento do contrato de gestão.

§ 1º São assegurados às organizações sociais os créditos previstos no orçamento e as respectivas liberações financeiras, de acordo com o cronograma de desembolso previsto no contrato de gestão.

§ 2º Poderá ser adicionada aos créditos orçamentários destinados ao custeio do contrato de gestão parcela de recursos para compensar desligamento de servidor cedido, desde que haja justificativa expressa da necessidade pela organização social.

§ 3º Os bens de que trata este artigo serão destinados às organizações sociais, dispensada licitação, mediante permissão de uso, consoante cláusula expressa do contrato de gestão.

Art. 13. Os bens móveis públicos permitidos para uso poderão ser permutados por outros de igual ou maior valor, condicionado a que os novos bens integrem o patrimônio da União.

Parágrafo único. A permuta de que trata este artigo dependerá de prévia avaliação do bem e expressa autorização do Poder Público.

As formas de fomento estatal previstas pelo legislador, dentre as quais a possibilidade de cessão de servidores públicos com ônus para a Administração Pública, tem sido fartamente criticada pela doutrina desde a promulgação da lei, inclusive com questionamentos acerca da sua constitucionalidade.

Demonstrando sua preocupação quanto à consonância das disposições com o ordenamento jurídico pátrio, Egon Bockmann Moreira⁵² assim se manifestou:

A fim de exercer tarefas de interesse público, a OS goza de benefícios de fomento, especialmente a transferência de recursos, bens e servidores públicos (Lei 9.637/1998, arts. 11 a 15). O que torna imprescindível sério e minucioso controle quando da constituição de tais entidades e na execução de suas atribuições, além de ter gerado sérias dúvidas quanto à constitucionalidade de tais "transferências": afinal, trata-se da utilização de bens públicos por pessoas privadas e da disponibilização de servidores públicos para o exercício de atividades exteriores à Administração Pública, colocando-se-os numa situação de subordinação hierárquica em face de particulares.

Justamente em razão das formas de fomento deferidas pelo legislador às organizações sociais para a consecução dos objetos estabelecidos pelos contratos de gestão, faz-se necessária uma fiscalização rigorosa por parte da Administração Pública, não só a posteriori, mas também preventiva e concomitante à execução

Art. 14. É facultado ao Poder Executivo a cessão especial de servidor para as organizações sociais, com ônus para a origem.

§ 1º Não será incorporada aos vencimentos ou à remuneração de origem do servidor cedido qualquer vantagem pecuniária que vier a ser paga pela organização social.

§ 2º Não será permitido o pagamento de vantagem pecuniária permanente por organização social a servidor cedido com recursos provenientes do contrato de gestão, ressalvada a hipótese de adicional relativo ao exercício de função temporária de direção e assessoria.

§ 3º O servidor cedido perceberá as vantagens do cargo a que fizer juz no órgão de origem, quando ocupante de cargo de primeiro ou de segundo escalão na organização social.

Art. 15. São extensíveis, no âmbito da União, os efeitos dos arts. 11 e 12, § 3º, para as entidades qualificadas como organizações sociais pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, quando houver reciprocidade e desde que a legislação local não contrarie os preceitos desta Lei e a legislação específica de âmbito federal.

⁵² MOREIRA, Egon Bockmann. Organizações Sociais, Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público e seus "vínculos contratuais" com o Estado. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, p. 309-320, jan./mar. 2002,

contratual. Dito controle estatal foi disciplinado nos artigos 8º a 10 da Lei nº 9.637/98⁵³.

Dentre as disposições legais, merece atenção o contido no artigo 8º, que assim prescreve: “A execução do contrato de gestão celebrado por organização social será fiscalizada pelo órgão ou entidade supervisora da área de atuação correspondente à atividade fomentada”.

Consoante se depreende da norma acima transcrita, a fiscalização competirá exclusivamente ao órgão ou entidade pública

⁵³ Art. 8º A execução do contrato de gestão celebrado por organização social será fiscalizada pelo órgão ou entidade supervisora da área de atuação correspondente à atividade fomentada.

§ 1º A entidade qualificada apresentará ao órgão ou entidade do Poder Público supervisora signatária do contrato, ao término de cada exercício ou a qualquer momento, conforme recomende o interesse público, relatório pertinente à execução do contrato de gestão, contendo comparativo específico das metas propostas com os resultados alcançados, acompanhado da prestação de contas correspondente ao exercício financeiro.

§ 2º Os resultados atingidos com a execução do contrato de gestão devem ser analisados, periodicamente, por comissão de avaliação, indicada pela autoridade supervisora da área correspondente, composta por especialistas de notória capacidade e adequada qualificação.

§ 3º A comissão deve encaminhar à autoridade supervisora relatório conclusivo sobre a avaliação procedida.

Art. 9º Os responsáveis pela fiscalização da execução do contrato de gestão, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade na utilização de recursos ou bens de origem pública por organização social, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária.

Art. 10. Sem prejuízo da medida a que se refere o artigo anterior, quando assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público, havendo indícios fundados de malversação de bens ou recursos de origem pública, os responsáveis pela fiscalização representarão ao Ministério Público, à Advocacia-Geral da União ou à Procuradoria da entidade para que requeira ao juízo competente a decretação da indisponibilidade dos bens da entidade e o seqüestro dos bens dos seus dirigentes, bem como de agente público ou terceiro, que possam ter enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público.

§ 1º O pedido de seqüestro será processado de acordo com o disposto nos arts. 822 e 825 do Código de Processo Civil.

§ 2º Quando for o caso, o pedido incluirá a investigação, o exame e o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações mantidas pelo demandado no País e no exterior, nos termos da lei e dos tratados internacionais.

§ 3º Até o término da ação, o Poder Público permanecerá como depositário e gestor dos bens e valores seqüestrados ou indisponíveis e velará pela continuidade das atividades sociais da entidade.

que firmou o contrato de gestão. Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁵⁴ também abre a possibilidade que seja realizada pelos Conselhos de Políticas Públicas da área correlata ao serviço executado.

Acerca da forma de fiscalização por parte do Poder Público, Sílvio Luís Ferreira da Rocha⁵⁵ assim discorreu:

O acompanhamento da execução do contrato de gestão é direito e também dever da Administração e está a cargo do órgão ou entidade supervisora que assinou o contrato (art. 8º, §1º), que nomeará uma Comissão de Avaliação composta por especialistas de notória capacidade e adequada qualificação para oferecer-lhe uma manifestação conclusiva do relatório, encaminhado pela organização social ao término de cada exercício, ordinariamente, ou a qualquer momento, extraordinariamente; relatório, este, que deverá comparar as metas propostas e os resultados obtidos e prestar as contas correspondentes ao exercício financeiro.

O direito ao acompanhamento da execução do contrato não se esgota na fiscalização das atividades da organização social, mas compreende, ainda, o poder de orientar, intervir, interromper e aplicar penalidades quando as atividades estiverem sendo desempenhadas em desacordo com o contrato.

Diante das lições do jurista anteriormente citado, extrai-se a importante conclusão de que o controle das atividades das organizações sociais compreenderá igualmente as funções de orientação, intervenção, interrupção e penalização por parte da Administração Pública.

Nesse sentido, o artigo 9º da Lei 9.637/98 aponta para a necessidade de que, caso constatada “qualquer irregularidade ou ilegalidade na utilização de recursos ou bens de origem pública por organização social, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária”.

Na sequência, o art. 10⁵⁶ do mesmo diploma legal, determina que, sem prejuízo à comunicação ao Tribunal de Contas da União, e,

⁵⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 218.

⁵⁵ FERREIRA DA ROCHA, Sílvio Luís. **Terceiro setor**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 128.

⁵⁶ Art. 10. Sem prejuízo da medida a que se refere o artigo anterior, quando assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público, havendo indícios fundados de malversação de bens ou recursos de origem pública, os responsáveis pela

conforme a gravidade dos fatos ou interesse público, havendo indícios fundados de malversação de bens ou recursos públicos, os responsáveis pela fiscalização representarão ao Ministério Público para que tomem as providências cabíveis, especialmente com a solicitação de indisponibilidade e sequestro dos bens da entidade ou responsáveis.

A partir dessa determinação legal, surge uma indagação de fundamental importância: o Ministério Público poderá fiscalizar e tomar as medidas a ele cabíveis em face das organizações sociais tão somente em caso de provocação por parte da Administração Pública ou, na condição de fiscal da lei, detém competência para agir *ex officio*?

Esse questionamento foi objeto de discussão por parte da doutrina e recentemente enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI nº 1923/DF, que apreciou a constitucionalidade da Lei nº 9.637/98 em seus mais variados aspectos, dentre os quais o regramento acerca da fiscalização e controle das parcerias por parte do Ministério Público.

4 A POSSIBILIDADE DE FISCALIZAÇÃO DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS POR PARTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

De acordo com o *caput* do artigo 127 da Constituição Federal⁵⁷, “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à

fiscalização representarão ao Ministério Público, à Advocacia-Geral da União ou à Procuradoria da entidade para que requeira ao juízo competente a decretação da indisponibilidade dos bens da entidade e o sequestro dos bens dos seus dirigentes, bem como de agente público ou terceiro, que possam ter enriquecido ilícitamente ou causado dano ao patrimônio público.

⁵⁷ Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

§ 1º São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

§ 2º Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no art. 169, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

§ 3º O Ministério Público elaborará sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias.

função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.”

A respeito da importância conferida pelo constituinte ao papel do Ministério Público, Paulo Gonet Branco⁵⁸ assim destacou:

O Ministério Público na Constituição Federal recebeu uma conformação inédita e poderes alargados. Ganhou o desenho de instituição voltada à defesa dos interesses mais elevados da convivência social e política, não apenas perante o Judiciário, mas também na ordem administrativa. (...)
A instituição foi arquitetada para atuar desinteressadamente no arrimo dos valores mais encarecidos da ordem constitucional.

Na sequência, o autor⁵⁹ aponta para o rol, não exaustivo, das atribuições deferidas pela Carta Magna em seu art. 129⁶⁰. Dentre

§ 4º Se o Ministério Público não encaminhar a respectiva proposta orçamentária dentro do prazo estabelecido na lei de diretrizes orçamentárias, o Poder Executivo considerará, para fins de consolidação da proposta orçamentária anual, os valores aprovados na lei orçamentária vigente, ajustados de acordo com os limites estipulados na forma do § 3º. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 5º Se a proposta orçamentária de que trata este artigo for encaminhada em desacordo com os limites estipulados na forma do § 3º, o Poder Executivo procederá aos ajustes necessários para fins de consolidação da proposta orçamentária anual.

⁵⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, p. 1079.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 1084.

⁶⁰ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

- I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;
- II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;
- III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;
- IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;
- V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;
- VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;
- VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;
- VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;

essas atividades, essenciais para o exercício da função de “fiscal da lei”, podemos destacar a possibilidade de propor ação penal pública, inquérito civil, ação civil pública, requisitar documentos, diligências, além de outras medidas imprescindíveis para a preservação do interesse público.

Em relação ao referido interesse público que surge a questão acerca a ideia de que a fiscalização das organizações sociais poderá ser realizada pelo “parquet”, especialmente quando se leva em consideração o disposto no inciso II do art. 129, da seguinte maneira prescrito: “zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia”.

Nesse aspecto, vale lembrar que as atividades objeto dos contratos de gestão firmados entre a Administração Pública e este tipo de entidade sem fins lucrativos são essencialmente serviços de grande relevância, como por exemplo, a educação, saúde, meio ambiente, etc. Portanto, parece-nos cristalino que o Ministério Público poderá fiscalizar as parcerias de forma independente e sem necessidade de provocação por parte do órgão ou ministério responsável.

A discussão a respeito da possibilidade de controle dos contratos de gestão por parte do Ministério Público também foi enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI nº 1923/DF, proposta pelo Partido dos Trabalhadores e pelo Partido Democrático Trabalhista, e que questionava a constitucionalidade da Lei nº 9.637/98 e, especialmente, alguns de seus dispositivos legais.

Conforme destacado no relatório elaborado pelo Ministro Ayres Brito, relator da ADI nº 1923/DF, os autores apontaram, em síntese, os seguintes argumentos em relação à fiscalização do contrato de gestão:

“6. Seguem em frente os autores para alegar o desrespeito aos artigos 71, 74 e 129 da Constituição Federal. Dizem que o art. 4º da Lei nº 9.637/98, ao instituir tarefas de supervisão e controle como funções privativas do conselho de administração da organização social, excluir os controles interno e externo pelo próprio Estado. Controles que não se fariam satisfatoriamente apenas como medidas determinadas pela

IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

alínea 'f' do inciso I do art. 2º, pelos §§ 1º e 2º do art. 8º e pelo art. 9º, todos da Lei 9.637/98”.

Em 16 de abril de 2015 o Supremo Tribunal Federal, por maioria, julgou parcialmente procedente o pedido, apenas para conferir interpretação conforme à Constituição à Lei 9.637/98 e ao art. 24, XXIV da Lei nº 9.666/93, acolhendo voto proferido pelo Ministro Luiz Fux. Em relação ao controle das organizações sociais por parte do Ministério Público restou decidido que “(...) (iv) para afastar qualquer interpretação que restrinja o controle, pelo Ministério Público e pelo Tribunal de Contas da União, da aplicação de verbas públicas (...)”.

Da ementa do Acórdão, extrai-se o seguinte entendimento:

“(...) 18. O âmbito constitucionalmente definido para o controle a ser exercido pelo Tribunal de Contas (CF, arts. 70, 71 e 74) e pelo Ministério Público (CF, arts. 127 e seguintes) não é de qualquer forma restringido pelo art. 4º, caput, da Lei nº 9.637/98, porquanto dirigido à estruturação interna da organização social, e pelo art. 10 do mesmo diploma, na medida em que trata apenas do dever de representação dos responsáveis pela fiscalização, sem mitigar atuação de ofício dos órgãos constitucionais”.

Em que pese esse tenha sido o posicionamento majoritário, destaca-se o voto divergente proferido pelo Ministro Marco Aurélio e acompanhado pela Ministra Rosa Weber no sentido de que os artigos da Lei nº 9.637/98 relacionados à fiscalização das organizações sociais eram inconstitucionais.

No tocante ao Ministério Público, o artigo 129 da Constituição estabelece como função institucional “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”, ao passo que a cabeça do artigo 127 prevê incumbir-lhe “a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais e indisponíveis”.

Ao arrepio desses dispositivos constitucionais, o inciso X do artigo 4º da Lei nº 9.637/98 revela ser competência privativa do Conselho de Administração “fiscalizar o cumprimento das diretrizes e metas definidas e aprovar os demonstrativos financeiros e contábeis e as contas anuais da entidade com o auxílio de auditoria externa”.

O artigo 10 do aludido diploma federal, em afronta aos artigos 127 e 129 da Carta da República, restringe ainda a atuação do Ministério Público à representação dos “responsáveis pela fiscalização” nos casos em que “assim exigir a gravidade dos fatos ou interesse público” e houver “indícios fundados de malversação de bens ou recursos de origem pública”.

A situação criada pelo legislador federal viabiliza, em última análise, que pessoas jurídicas privadas – qualificadas como “organizações sociais” – (...) (4) administrem bens e verbas públicas livres do controle do Tribunal de Contas e do Ministério Público, olvidando as normas constitucionais que regem a matéria e resultando em afronta direta ao princípio republicano.

Divergências à parte, restou cristalino o entendimento de que o Ministério Público poderá fiscalizar, de ofício e sem qualquer restrição, os contratos de gestão firmados entre a Administração Pública e as organizações sociais, tal qual preceitua os artigos 127 e seguintes da Constituição Federal, inclusive com a adoção de todas as medidas cabíveis e necessárias a defesa dos interesses e direitos sociais e individuais indisponíveis.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme anteriormente explicitado, na década de 90, o Brasil, impulsionado pelo modelo liberal, passou pela Reforma Administrativa que ensejou um fenômeno conhecido como “publicização”, por meio do qual as atividades de atuação não exclusivas do Estado, mas de suma importância para a consecução de direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal de 1988, tais como saúde e educação, passaram a ser prestadas por entidades vinculadas a sociedade civil, também conhecidas como entidades do 3º Setor, por meio de parcerias e fomento estatal.

Dentre essas entidades, destacam-se as Organizações Sociais, disciplinadas pela Lei nº 9.637/98, e que celebram parcerias com a Administração Pública, formalizadas por meio do contrato de gestão, que estabelecem planos e metas a serem atingidos e poderão contar com o fomento estatal, que além de recursos financeiros também poderá consistir na cessão de bens e servidores públicos.

Em virtude da relevância da importância dos serviços prestados, bem como em face da possibilidade de recebimento de fomento estatal deferida às referidas organizações sociais, entidades

privadas sem fins lucrativos, torna-se, imprescindível uma fiscalização rigorosa, não só a posteriori, mas também preventivo e concomitante à execução contratual, tal qual disciplinado nos artigos 8º a 10 da Lei nº 9.637/98.

O regramento jurídico destinado às organizações sociais indica que a fiscalização do contrato de gestão deverá ser realizada exclusivamente pelo órgão ou entidade supervisora da área de atuação correspondente à atividade fomentada e, apenas em caso de verificação de irregularidades ou ilegalidades, comunicado o Ministério Público, ou seja, em caráter subsidiário.

Por outro lado, consoante se depreende da interpretação dos artigos 127 e seguintes da Constituição Federal, percebe-se que compete ao “parquet” zelar pelo “efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia”, bem como promover “a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

Assim, levando-se em consideração que os contratos de gestão celebrados entre a Administração Pública e as organizações tem como objeto a prestação de serviços não exclusivos mas de grande relevância para a garantia de direitos sociais e individuais, como, por exemplo, saúde, educação, meio ambiente etc, não restam dúvidas de que poderão ser plenamente fiscalizados pelo Ministério Público. Some-se a isso o fato de que o fomento dessas entidades envolvem recursos e patrimônio público, o que também garante a atuação do ente ministerial.

Diante da necessidade de dirimir-se qualquer dúvida, foi de grande relevância a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI nº 1923/DF, especialmente em relação à conclusão, no sentido de é necessário o afastamento de “qualquer interpretação que restrinja o controle, pelo Ministério Público e pelo Tribunal de Contas da União, da aplicação de verbas públicas”, ou seja, de que o Ministério Público tem plena competência para exercer a fiscalização dos contratos de gestão firmados entre a Administração Pública e as organizações sociais, inclusive na adoção de todas as medidas necessárias para a garantia do interesse público, o que compreende a possibilidade de proposição de ação penal pública, ação civil pública, inquérito civil, requisição de documentos, diligências, entre outras.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>.

_____. Emenda Constitucional 19, de 04 de junho de 1998. **Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências.** Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm>.

_____. Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9637.htm>.

_____, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado/Secretaria da Administração Federal e Reforma do Estado.

Organizações Sociais. Brasília: Ministério da Administração e Reforma do Estado, 1997. 74 p. (Cadernos MARE da reforma do estado; v. 2)

_____, PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA (F.H. Cardoso), 1995. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado.** Brasília: Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. Disponível em:

<<http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf>>.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015

_____. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas.** 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002

FERREIRA, Flavia Elaine Soares, GARCIA DA COSTA, Ilton., VASCONCELOS, João Paulo A. Termos de parcerias das OSCIPS: entre a efetividade e a responsabilidade da prestação do serviço de interesse público. In: GARCIA DA COSTA, Ilton, SANTIN, Valter Foletto (Orgs.). **Organizações sociais: efetivações e inclusão social.** São Paulo: Editora Verbatim, 2015

FERREIRA DA ROCHA, Sílvio Luís. **Terceiro setor.** São Paulo: Malheiros, 2003.

LOPES DE TORRES, Ronny Charles. **Terceiro Setor: entre a liberdade e o controle**. Editora jusPODIVM: Salvador, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, p. 1079.

MODESTO, Paulo. **Reforma administrativa e marco legal das organizações sociais no Brasil: as dúvidas dos juristas sobre o modelo das organizações sociais**, Revista Diálogo Jurídico, Centro de Atualização Jurídica, Salvador, v. 1, n. 5, 2001.

MOREIRA, Egon Bockmann. Organizações Sociais, Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público e seus "vínculos contratuais" com o Estado. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, p. 309-320, jan./mar. 2002 ,

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A reinvenção solidária e participativa do Estado**. Coimbra: Oficina do CES, 1999.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Estímulos positivos. In: JUSTINO DE OLIVEIRA, Gustavo (Coord). **Terceiro Setor, Empresas e Estado: novas fronteiras entre o público e privado**. Belo Horizonte, Fórum, 2007.

TORRES, Sílvia Faber. **O princípio da subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TOSAWA, Suelyn; GARCIA DA COSTA, Ilton. O papel das políticas públicas de inclusão do trabalhador no combate ao desemprego. In: SÉLLOS-KNOERR, Viviane Côelho (org). **Diálogos (im)pertinentes – dignidade da pessoa humana**. Curitiba: Instituto Memória, 2014, p. 140.

VAZ, Maria João. Os direitos sociais: reflexão crítica a uma visão redutora baseada nos custos. In: **Argumenta Journal Law**. n. 22 (jan/jul) – Jacarezinho, 2014.

CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO COMO CAMINHOS PARA A PACIFICAÇÃO DE CONFLITOS FAMILIARES: REDUZINDO DISTÂNCIAS E CONSTRUINDO PONTES

Melrian Ferreira da Silva Simões⁶¹

1 INTRODUÇÃO

Em um passado não muito remoto, a família era entendida como aquela constituída através do casamento indissolúvel entre duas pessoas de sexos distintos, cuja celebração, em princípio, era realizada pela autoridade religiosa; em um momento posterior, o Estado assumiu esta função, celebrando o matrimônio e conferindo-lhe um selo de legitimidade.

Entretanto, a celebração e a decorrente legitimidade, poderiam conferir ao casal e sua à prole a respeitabilidade exigida pela sociedade da época, mas não lhe garantia a felicidade eterna. O que o homem unia por meio das leis por ele criadas, poderia vir a se dissolver pelos desígnios do coração, porque para este não há lei que o consiga prever, nem às suas vontades.

Fator preponderante, a indissolubilidade do matrimônio e a conseqüente manutenção de seus vínculos e dos efeitos dele derivados, independiam de uma separação de fato concreta; uma vez

⁶¹ Mestre em Teoria do Direito e do Estado no “Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM” (2014), sendo bolsista CAPES. Especialista em Direito Civil. Especialista em Direito Processual Civil pelo “Centro Universitário Eurípides de Marília – Univem”, Participante do Grupo de Pesquisa em Ética do Afeto (GPEA) e do Grupo de Estudos, Pesquisas, Integração e Práticas Integrativas (GEP) e do Grupo de Pesquisa Constitucionalização do Direito Processual (CODIP) todos da instituição “Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM”. Membro do IBDFam. Advogada. Endereço eletrônico: melriansimoes@gmail.com.

casado, o indivíduo só se desvinculava das obrigações e deveres derivados da união matrimonial após o falecimento do outro cônjuge. Amparada pela norma, a família matrimonial, em algumas situações, esbarrava em uma realidade fática diversa, como nos casos em que separado de fato, o casal unido agora apenas pelo matrimônio, passava a viver com outros parceiros, podendo inclusive com eles ter outros filhos.

A situação recebia tratamento discriminatório e arcaico, pautado na legislação vigente e no preconceito. Os filhos provenientes destas relações não matrimoniais eram denominados filhos ilegítimos; os novos companheiros designados como concubinos. Nomações que pairavam de forma gravosa sobre estes arranjos familiares que, embora fundados em respeito e amor, não recebiam amparo normativo.

Situada neste contexto, a ausência de previsão legal de uma ruptura do casal matrimonial, colaborava para o estabelecimento de um preocupante estado de coisas; se por um lado o casal mantivesse a união, mesmo que não a suportassem mais, poderiam conviver com o desamor e até agressões físicas, verbais e psicológicas, a afetar não somente os cônjuges, mas também os filhos. Se optassem pela ruptura informal, seus novos companheiros e a prole oriunda desta relação eram marginalizados pela sociedade e pela legislação.

Em tempos de uma sociedade patriarcal, muitas vezes a esposa submetia-se à separação fato, mantendo-se na residência do casal, enquanto o marido formava outra família para além dos muros de seu castelo. Sim, castelo; porque ali ainda era o senhor e mantenedor, o que lhe conferia o suposto direito de agir como bem lhe aprouvesse, contando com a aquiescência de seus iguais, que faziam vistas grossas à família adúlterina formada. Como ressalta Rogério Vainfas⁶², ao tratar do tema durante a colonização do Brasil:

Ainda que no cotidiano da Península muitos amancebados do século XVI se unissem com ânimo conjugal, e assim fossem vistos pela população – o que dificilmente poderia se mostrar -, casamento e concubinato eram situações totalmente distintas *no plano jurídico*: o primeiro podia ser legítimo contrato ou sacramento desde que

⁶² Ronaldo Vainfas, faz interessante comentário sobre esta situação: “ Envolvidos em concubinatos, diz-nos Flandrin, eram os amantes adúlteros, homens e mulheres insatisfeitos com seus cônjuges.” VAINFAS, Ronaldo. *Trópico dos Pecados*. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 2014. p. 110.

celebrado segundo as regras da Igreja, mas podia ser nulo, irregular ou “inconveniente”, no caso de faltarem as dispensas de parentesco, testemunhas e outros requisitos; já o segundo implicava antes de tudo, a transgressão do sexto ou nono mandamentos e, ainda, dos códigos civis.⁶³

Silvio Rodrigues, ao lecionar sobre os males da indissolubilidade do casamento e as relações concubinárias, sob a égide do Código Civil de 1916, pontua que:

Até há pouco o casamento, neste país, era indissolúvel, por força de dispositivo constitucional. Assim sendo, parece inefável que a indissolubilidade do casamento era elemento que contribuía para difusão do concubinato, pois pessoas separadas de corpos, desquitadas, ainda no esplendor da juventude, não raro procuravam outra união duradoura. Como a lei lhes barrava o caminho ao novo casamento, esta ligação se cimentava fora da lei.⁶⁴

Como bem ressalta o autor, as conseqüências da impossibilidade de dissolução do casamento agregadas ao aumento dos concubinatos, juntamente com as inúmeras mudanças comportamentais impostas, entre outros, pela revolução industrial, a primeira e segunda guerra mundial, a inserção da mulher no mercado de trabalho⁶⁵ e o exercício do direito ao voto, apenas para citar alguns marcos históricos desencadeantes destas mudanças, acarretaram na percepção de uma premente necessidade de se reavaliar a indissolubilidade do casamento a fim de adequar a normatividade à realidade. Os costumes eram outros, os indivíduos também e com isto a família ganhava novos contornos.

Contudo, após a previsão legal para a dissolução do casamento através do divórcio, surgem outros conflitos a ensejarem

⁶³ Idem. p. 109.

⁶⁴ RODRIGUES, Silvio. *Direito de Família*, Vol. VI. 13.^a ed. São Paulo: Saraiva. 1987. p. 9.

⁶⁵ Sobre a importância da inserção da mulher no mercado de trabalho, Roudinesco ensina que: “Obrigadas a trabalhar para continuarem a viver, emanciparam-se dos símbolos mais humilhantes de uma dominação masculina que lhes proibia que se misturassem à vida da cidade. Sozinhas em meio a seus semelhantes, deram então origem às crianças da geração futura, que não conheceram os pais a não se de maneira fugaz e, a maior parte do tempo, através das lágrimas de suas mães enlutadas. ROUDINESCO, Elizabeth. *A Família em Desordem*. Tradução: André Telles. 1.^a ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003. p. 138.

solução, a bem da manutenção das relações familiares alicerçadas na parentalidade, como ocorre com a relação paterno ou materno-filial. Com o aumento no número de casais que optam pela ruptura da vida conjugal, há também o aumento de conflitos surgidos destas separações e que aportam no Judiciário em busca de solução. O casal poderá divorciar-se, mas a filiação, os alimentos, visitas dos pais aos filhos são realidades que permanecem carecedoras, para seu exercício e efetivação, do bom senso do antigo casal, o que nem sempre acontece sem atritos e discordâncias.

2 DA SEPARAÇÃO JUDICIAL AO DIVÓRCIO: FASES DE UMA LENTA MUDANÇA NORMATIVA

Da total impossibilidade de dissolução do casamento até a admissibilidade do divórcio, muito tempo transcorreu. Enquanto a família matrimonial manteve-se como modelo prevalente a ser obrigatoriamente observado na vida em sociedade, não se discutia a necessidade de ruptura conjugal, pois apenas a morte selava a separação involuntária dos cônjuges. Maria Rita Khel em suas lições relembra que as mudanças comportamentais relacionadas à mulher, antes cuidadora do lar e da prole e agora inserida no mercado de trabalho, devem ser levadas em conta quanto aos questionamentos da família matrimonial:

Razões de mercado abriram oportunidades profissionais para as mulheres e achataram os salários dos pais de família, eliminando grande parte da dependência econômica feminina que sustentava o casamento patriarcal. A perda de poder aquisitivo também contribuiu para minar o poder dos homens dentro de casa. Por outro lado, a expansão de todos os meios de comunicação teve o efeito de explodir o isolamento até mesmo das famílias mais conservadoras, minando a condição que a transmissão estável de valores e padrões de comportamento entre gerações. Finalmente – o que foi decisivo, do ponto de vista da estabilidade conjugal: a democratização das técnicas anticoncepcionais possibilitou às mulheres diversificar suas experiências sexuais, desvinculando a sexualidade feminina dos avatares da procriação. As mulheres passaram a incluir a satisfação sexual entre os requisitos para a escolha do cônjuge.⁶⁶

⁶⁶ KHEL, Maria Rita. Em Defesa da Família Tentacular. In GROENINGA, Giselle Câmara (Org.) e PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Direito de família e psicanálise: Rumo à uma nova epistemologia*. 1.ª ed. Rio de Janeiro: Imago. 2003. p. 168.

A partir do momento em que o “unidos até que a morte os separe”⁶⁷ passa a não funcionar, chocando-se com a vontade de um ou ambos os cônjuges desejosos de separarem-se, surgem as perguntas: Mas como operar a separação? Quais os efeitos que dela decorreriam? E as questões patrimoniais? Os filhos ficariam com quem? A quem incumbiria o exercício do pátrio poder (há época, assim denominado)?

Em nosso ordenamento, as adequações legislativas deram-se lentamente; uma das primeiras leis diretamente relacionada à mulher foi a Lei n.º 4.121 de 27 de agosto de 1962, conhecida como Estatuto da Mulher casada, que tratava entre outros da atividade profissional exercida pela mulher. Um divisor de águas quanto à dissolução da sociedade conjugal foi a Lei n.º 6.515 de 26 de Dezembro de 1977 que disciplinava não apenas a dissolução da sociedade conjugal, mas seus efeitos, a guarda dos filhos e alimentos.

Em comento às denominações separação judicial, desquite e divórcio no Código Civil de 1916, interessante a lição de Silvio Rodrigues no sentido de que:

A palavra *desquite* foi introduzida no Direito brasileiro com o Código Civil de 1916. O Decreto n.º 181/90, que instituiu entre nós o casamento civil, ainda utilizava a expressão *divórcio*, embora não o admitisse com o efeito de romper o vínculo conjugal. De forma que o Código Civil, fora modificações menores, nada inovou ao direito anterior, a não ser o nome do instituto.

Foi oportuna, na ocasião, a introdução do vocábulo *desquite*, na lei brasileira. Ele servia para distinguir a separação judicial de corpos e bens, a única admitida no direito brasileiro de então, do instituto do divórcio com dissolução do vínculo conjugal e possibilidade de novo

⁶⁷ Para Bauman: “Não devemos nos surpreender se essa suposição se mostrar correta. Afinal, a definição romântica do amor como “até que a morte nos separe” está decididamente fora de moda, tendo deixado para trás seu tempo de vida útil em função da radical alteração das estruturas de parentesco às quais costumava servir e de onde extraía seu vigor e sua valorização. Mas, o desaparecimento dessa noção significa, inevitavelmente, a facilitação dos testes pelos quais uma experiência deve passar para ser chamada de “amor”. Em vez de haver mais pessoas atingindo mais vezes os elevados padrões do amor, esses padrões foram baixados. Como resultado, o conjunto de experiências às quais nos referimos com a palavra amor expandiu-se muito.” BAUMAN, Zigmunt. *Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. 1.ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora. 2004. p. 10.

matrimônio aos divorciados, permitido, na época, em quase todos os países do mundo, mas não admitido entre nós.⁶⁸

Não menos verdade que, há época, a designação “desquitado ou desquitada” também soava discriminatória. Como frisa o autor, “[...] os dois, desquite e divórcio, subsistem no direito brasileiro: em quanto o primeiro representa a mera separação de corpos e de bens, com a permanência do vínculo conjugal (o que impede novo casamento dos desquitados), o segundo dissolve de maneira integral o matrimônio, legitimando os divorciados para se recasarem.”⁶⁹

Há época, não se falava em guarda compartilhada ou alternada, muito menos em alienação parental; a guarda e os alimentos eram fixados na mesma sentença em que se decretava a dissolução da sociedade conjugal, sem maiores entraves quanto à guarda dos filhos menores que, via de regra, era atribuída à mãe:

Art. 10. Na separação judicial fundada no art. 5.º, os filhos menores ficarão com o cônjuge que a ela não houver dado causa.

§ 1.º Se pela separação judicial forem responsáveis ambos os cônjuges, os filhos menores ficarão em poder da mãe, salvo se o juiz verificar que de tal solução possa advir prejuízo de ordem moral para eles.⁷⁰

Entretanto, mesmo rompido o dever de fidelidade, de coabitação e o regime matrimonial, não lhes era permitido convolar novas núpcias antes de decorrido o lapso temporal de dois anos (artigo 40 da Lei n.º 6.515/1977) para então, ser requerido o divórcio; somente após sua decretação, encerrada estaria a antiga relação. Os filhos havidos fora da relação matrimonial eram tidos como ilegítimos, a relação estabelecida entre um homem ou mulher separados judicialmente e terceiro não recebia a necessária proteção legal.

A Constituição Federal de 1988 introduz um novo momento no Direito de Família e em especial a proteção conferida à família, ao estender à união estável o entendimento de núcleo familiar, bem como à família monoparental; dissipam-se algumas dúvidas quanto

⁶⁸ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. Direito de Família. Vol. VI. 13.ª ed. São Paulo: Saraiva. 1987. p. 213.

⁶⁹ Idem. p. 214.

⁷⁰ BRASIL, Código Civil Brasileiro. Lei n.º 6.515 de 26 de dezembro de 1977.

ao reconhecimento de uniões informais não constituídas através do casamento mas, que agora, são elencadas dentro das possibilidades de uma união estável.

Os filhos também não foram esquecidos e a sofrível denominação “filhos ilegítimos” perde peso e valor, pois todos os filhos passam a ter e a serem entendidos de maneira igualitária, sem as diferenças de origem, incluindo-se a biológica e adotiva. Todos são filhos sem distinções ou denominações pejorativas, com os mesmos direitos e deveres dentro da relação de parentalidade:

Mas a principal mudança, que se pode dizer revolucionária, veio com a Constituição Federal de 1988, alargando o conceito de família e passando a proteger de forma igualitária todos os seus membros, sejam os partícipes dessa união como também seus descendentes. Seus pontos essenciais constam do artigo 226 e seus incisos, assim resumidos: a) a proteção à família constituída: a) pelo casamento civil, b) pelo casamento religioso com efeitos civis, c) pela união estável entre homem e mulher e d) pela comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes; b) ampliação das formas de dissolução do casamento, ao estabelecer facilidades para o divórcio; c) proclamação de plena igualdade de direitos e deveres do homem e da mulher na vivência conjugal; d) consagração da igualdade dos filhos, havidos ou não do casamento, ou por adoção, garantindo-lhes os mesmos direitos e qualificações.⁷¹

A família agora entendida como constitucionalizada, é fundada em princípios como o da dignidade da pessoa humana, da igualdade e do respeito às diferenças, da afetividade que num crescendo alinham-se aos princípios do melhor interesse da criança e do adolescente, da pluralidade das formas de famílias e da solidariedade; a família é entendida como um lugar de realização do indivíduo e não apenas como lócus onde o patrimônio era mais importante que a vontade e os sentimentos de seus membros. Há o exame da família sob uma nova ótica, uma nova perspectiva que em muito, difere da maneira e do tratamento que lhe era deferido em épocas que reportam à legitimação das relações pelo casamento.

⁷¹ OLIVEIRA, Euclides. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Do direito de família. DIAS, Maria Berenice (Coord.), PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.) *in* *Direito de família e o novo Código Civil*. 3.^a ed. 2.^a tir. Belo Horizonte: Del Rey. 2003. p. 4.

Ao tratar deste novo olhar sobre a família, ensina a professora Dra. Iara Rodrigues de Toledo ao discorrer sobre sua constitucionalização e sobre os princípios entrelaçados ao Direito das Famílias que:

Tendo por tela tal cenário da família, com acentuadíssimo colorido de essencialidade à pessoa humana a iniciar-se com a concepção e estender-se até o além do fim dos seus dias, importa, sobrelevando a harmonização com o seu significativo papel convencional com o outro nas relações sociais, em prol do progresso, da felicidade, de sua evolução física, mental e emocional, cujo fim maior é a paz e harmonia universal, numa sociedade em perene transformação, repensar-se os direitos da personalidade à vista de uma modelagem a proporcionar-lhe condições para suas hercúleas atribuições e responsabilidades.

Para tanto, relevante se faz a constante reafirmação dos princípios norteadores do Direito das Famílias, exemplificando-se com os princípios da felicidade; da igualdade; da liberdade; da diversidade familiar; da afetividade; da igualdade da filiação; da proteção da prole; da proteção do idoso; do melhor interesse da criança e do adolescente; do cuidado; da responsabilidade; da convivência sadia; da tolerância; do respeito ao outro; do respeito à diferença; dentre outros.⁷²

A partir da Carta Magna, podem ser vislumbrados outros formatos de arranjos familiares além da família matrimonial, como a família monoparental, recomposta, a formada pela união estável, a família anaparental e a família homoafetiva.

Outra novidade introduzida pela Emenda Constitucional 66/2010, foi a possibilidade do divórcio direto, dispensando a realização de anterior separação judicial. Com esta nova regulamentação, a celeridade atribuída às ações desta natureza fez aumentar consideravelmente o número de separações⁷³ e novas uniões, aumentando também o número de ações posteriores

⁷² TOLEDO, IARA RODRIGUES DE. *Os Direitos da Personalidade: um olhar à família constitucionalizada*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=e165421110ba0309>. Acesso em: 03/04/2016.

⁷³ “No Brasil, somente no ano de 2010 foram registrados 243.224 divórcios e 67.623 separações, incluindo processos judiciais e escrituras públicas. Entre os anos de 1984 e 2007 a taxa de divórcios aumentou 200%, atingindo, segundo as pesquisas estatísticas realizadas pelo IBGE, o seu maior valor em série desde 1984. Isto significa dizer que para cada quatro casamentos realizados houve uma dissolução. MULTEDO, Renata Vilela. *A Judicialização e a Proteção da Pessoa dos Filhos*, in MENEZES, Joyceane Bezerra (Org.) e MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *Direito das Famílias: por juristas brasileiras*. 1.ª ed. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 433.

versando sobre alimentos, a guarda, alienação parental, abandono afetivo.

Admitida a dissolução da sociedade conjugal e o total rompimento dos vínculos matrimoniais, encerra-se a fase da impossibilidade de buscar em outros relacionamentos uma nova chance de se formar uma família; contudo, o rompimento com o cônjuge anterior, por vezes, não ocorre tranquilamente, a favorecer demandas judiciais que versem desde os alimentos até a partilha de bens. A complexidade das relações familiares não se restringe apenas aos bens amealhados pelo casal, alcançando as relações interpessoais firmadas ao longo do tempo entre seus membros e, neste ponto, as dificuldades de consenso são inúmeras pois, quando se fala em sentimentos o Direito está longe de abarcar as nuances de sua incidência e o enunciado normativo parece distanciar-se ainda mais da realidade fática posta em Juízo.

3 CONFLITOS FAMILIARES: A COMPLEXIDADE DE UMA SOLUÇÃO AMIGÁVEL

Com grande frequência é possível adentrar aos Juízos de Famílias e perceber o volume de ações que visam à satisfação de uma prestação de alimentos inadimplida pelos mais variados motivos, que vão desde a impossibilidade de prestação por falta de recursos do devedor de alimentos, até a negativa infundada em fazê-lo.

Percorre-se longo caminho até a efetiva execução/recebimento dos valores requeridos; em algumas situações extremas, a prisão do devedor de alimentos é realizada e pode vir a agravar ainda mais a situação do alimentado e do alimentante.

Quando a separação ou o reconhecimento de paternidade que antecedeu à fixação de alimentos é deveras tumultuada, com troca de ofensas recíprocas entre as partes envolvidas ou motivada por mágoas, difícil ter um prognóstico positivo no sentido de entendimento de ambas para chegar a um bom termo, mesmo após ser proferida sentença de mérito.

Muitas vezes, as concessões recíprocas são simplesmente inadmissíveis, pois isto seria um sinal de fraqueza daquele que deseja o fim da demanda; acirrados os ânimos, o que fôra lugar de amor passa a ser campo de batalha, onde a falta de diálogo é a arma corriqueiramente utilizada por aqueles que um dia foram

companheiros, tiveram sonhos em comum e uma história de vida partilhada, muitas vezes com seus filhos.

Acerca desta, cada vez maior judicialização dos conflitos familiares, esclarece Renata Vilela Multedo:

Proporcionalmente a uma crescente judicialização dos conflitos familiares está a insatisfação com as pretendidas soluções. A insatisfação com as formas de abordagens dos conflitos como o complemento ideal de auxílio à justiça, na medida em que se busca “a transformação dos conflitos de forma pacífica para que o casal resolva os problemas da ruptura com menor custo emocional, econômico e social.

A busca pela melhor solução do caso concreto à luz do diálogo e das recíprocas concessões, em vez da substituição da vontade das partes pela imposição do Estado-Juiz, mostra-se, na grande maioria das vezes, muito mais vantajosa. Ao contrário da lógica de ganhar ou perder, ínsita aos processos judiciais, a mediação busca que as partes em conflito identifiquem por si mesmas as alternativas do benefício mútuo.⁷⁴

Em contrapartida a grande procura do Judiciário para solucionar conflitos instalados nesta senda, a família, há que se encontrar um modo de resolução com o menor nível de atritos e embates possível; a cultura do enfrentamento e das “discussões”, fortemente instalada por questões culturais no processo, quando o assunto é a tratativa de conflitos familiares não proporciona a satisfação necessária para a almejada estabilização das relações remanescentes ao conflito, como o são as relações parentais.

Se o litígio se alonga, como por exemplo, em uma ação de guarda, e o desfecho cria um sentimento de perda naquele que se entende prejudicado pelo ato decisório, ter-se-á uma “demanda” extrajudicial que se desenrolará agressivamente, em alguns casos, acabando novamente por ser objeto de novo exame e pronunciamento do Judiciário. Cria-se um círculo vicioso: uma demanda cuja solução foi imposta pelo Estado, através da decisão judicial que não tem o crivo de satisfazer a uma ou ambas as partes que, por sua vez utilizam desta insatisfação para manterem o conflito instalado entre as mesmas, com reiteradas propostas de ação para reverem a guarda anteriormente fixada.

⁷⁴ Idem. p. 451.

Perdem todos, em especial o filho ou filhos envolvidos nesta disputa. Neste sentido e não menos complexas as ações que versam sobre alienação parental, pois neste caso a situação fática criada por aquele que detém a guarda do filho causa danos de ordem moral e emocional não apenas neste, mas também, naquele que impedido de conviver com seu filho tem sua imagem denegrida pelo outro genitor; tem-se, nestes casos, desde a qualificação negativa de um dos genitores até a criação de memórias sobre fatos que não ocorreram, a sugestão de que o genitor que sofre a alienação tem apenas desamor pela criança ou adolescente.⁷⁵

Litígios que versam sobre direitos e deveres nascidos das relações familiares têm sempre uma forte carga emocional envolvida, o que inclusive, tem levado doutrinadores a indicarem a necessidade de um exame interdisciplinar quando o tema é família, a envolver a sociologia, a antropologia, a educação e principalmente a psicologia e a psicanálise, para citarmos algumas das áreas do conhecimento sempre citadas em estudos sobre a família⁷⁶ e o Direito das famílias.

Sobre a complexidade das relações humanas e em especial, das relações familiares e seus litígios e da importância da relação entre Direito e psicanálise, leciona Rodrigo da Cunha Pereira:

⁷⁵ Sobre a alienação parental e sua síndrome: “Síndrome da Alienação Parental (SAP), também conhecida em inglês PAS, é o termo proposto por Richard Gardner em 1985 para a situação em que a mãe ou pai de uma criança a treina **para romper os laços afetivos com o outro genitor, criando fortes sentimentos de ansiedade e temor em relação ao outro genitor**. Os casos mais frequentes da Síndrome da Alienação Parental estão associados a situações onde a ruptura da vida conjugal gera, em um dos genitores, uma tendência vingativa muito grande. Quando este não consegue elaborar adequadamente o luto da separação, desencadeia um processo de destruição, vingança, desmoralização e descrédito do ex-cônjuge. Neste processo vingativo, o filho é utilizado como **instrumento de agressividade direcionada ao parceiro**. O Que é a Alienação Parental. Disponível em: <http://www.alienacaoparental.com.br/o-que-e>. Acesso em: 29/07/2014.

⁷⁶ A família transforma-se na medida em que se acentuam as relações de sentimentos entre seus membros; valorizam-se as funções afetivas da família. Despontam novos modelos de família mais igualitárias nas relações de sexo e idade mais flexíveis em suas temporalidades e em seus componentes, menos sujeitas à regra e mais ao desejo, na expressão de Michel Perrot. A família e o casamento adquiriram um novo perfil, voltados muito mais a realizar os interesses afetivos e existenciais de seus integrantes. Essa concepção eudemonista da família, que progride à medida que regride o seu aspecto instrumental. DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009. p. 70 – 71.

Se somos sujeitos de desejo, é importante indagar o que é o desejo. A fisiologia do desejo é estar sempre desejando um algo a mais. Desejo é falta. É assim nossa estrutura psíquica. Somos sujeitos da falta. Está sempre faltando algo para nos completar, embora, às vezes, nos iludamos com nosso ideal de completude. Somos mesmo de falta e algo em nós sempre faltará. Daí a definição de Lacan: "Desejo é desejo de desejo".

Compreender o funcionamento da estrutura psíquica é compreender também a estrutura do litígio conjugal, em que o processo judicial se torna, muitas vezes, uma verdadeira história de degradação do outro. É a mistura e a confusão da subjetividade na objetividade, que fazem os sujeitos ali envolvidos estarem sempre com a sensação de que estão perdendo algo. Na verdade, naquele eterno e degradante litígio é uma tentativa de tamponagem, às vezes, inevitável perda da separação.⁷⁷

Se as demandas familiaristas, por sua intrincada estrutura demandam mais do Direito do que este pode oferecer para sua solução, um dos caminhos para a resolução do conflito e sua pacificação, como bem colocado por Multedo, pode vir a ser a utilização da conciliação onde a audiência confere aos envolvidos a oportunidade de falarem e serem ouvidos, propiciando se empoderamento, no sentido de que ao expor suas razões e escutarem as razões do outro, podem compreender que cada qual embora com pontos de vistas distintos devem buscar uma solução para o impasse levado à Juízo.

A partir do instante em que se atribuí às partes a responsabilidade pela busca de um consenso, deixando ao magistrado a imposição do ato decisório individual apenas em sendo infrutífera a tentativa de conciliação, atribui-se àquelas uma considerada parcela de conscientização de que, o que for decidido, deriva de sua vontade e não apenas de ato Estatal. A conciliação e a Oficina de Pais e Filhos são instrumentos que se mostram aptos, quando bem empregados, a propiciar a positiva pacificação dos litígios instalados em família.

⁷⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Família, Direitos Humanos, Psicanálise e Inclusão Social, in GROENINGA, Giselle Câmara (Org) e PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org). *Direito de Família e Psicanálise: rumo a uma nova epistemologia*. 1.ª ed. Rio de Janeiro: Imago. 2003. p. 160.

4 A CONCILIAÇÃO E A MEDIAÇÃO: INICIATIVAS A BEM DA PACIFICAÇÃO DOS CONFLITOS FAMILIARES

Conciliar, como o termo indica, refere-se a uma atitude que vise ao consenso, dirimir divergências e ressaltar as convergências dentro de uma discussão, dissenso, desentendimento. Sobre a conciliação no processo civil, leciona Humberto Theodoro Júnior que, “[...] Para estimular a composição negocial dos litígios, que além de mais econômica é quase sempre melhor do que a imposta pela sentença, a Lei n.º 9.245/95 previu a possibilidade de o juiz ser auxiliado na audiência de conciliação por um “conciliador”, que se encarregará de ouvir as partes e de incentivá-las a transigir (art.277, § 1.º).”⁷⁸

Sobre a mediação, Dias faz interessante relato sobre sua origem e o papel desempenhado a ilustrar como este mecanismo pode ser efetivo junto à solução de conflitos judicializados:

A mediação iniciou-se na China, graças à essência do pensamento de Confúcio pela busca da harmonia através do equilíbrio do mundo e da felicidade dos homens. Para os chineses o equilíbrio das relações sociais estava em primeiro plano. Por isso, quando havia algum conflito dificilmente ocorria uma condenação, sanção ou decisão desrespeitando o equilíbrio das partes, todos eram ouvidos e buscava-se a solução mais benéfica.⁷⁹

Segundo o autor, estas características da mediação influenciavam inclusive os atritos que porventura viessem a surgir em família, pois o chefe da família deveria utilizar-se de sua sabedoria para apaziguar a situação; e adiante, ao contextualizar a mediação na contemporaneidade afirma:

Por meio da mediação se estabelece os laços entre as partes para que possam ser amenizadores do conflito e facilitadores de comunicação entre elas. Consiste em estabelecer ligações, onde ainda elas não

⁷⁸ JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I. 50.ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2009. p. 337.

⁷⁹ DIAS, Paulo Cezar. *Método de Resolução de Conflitos Aplicados nas Ações de Família em Observância ao Direito Constitucional Fraternal*. Dissertação de Mestrado. Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília- UNIVEM. 2014. p. 57-58.

foram feitas, ou seja, ocasionar o agir de comunicação onde ainda não exista.

A mediação, como instituto baseado em um acordo de vontades e no reconhecimento dos direitos humanos, encontra respaldo em determinados princípios formadores de suas diretrizes básicas, entre os quais merecem enfoque, o da voluntariedade, não adversidade, informalidade e o consensualismo.⁸⁰

A função do conciliador é propiciar o acordo, a composição amigável das partes, colocando fim a controvérsia da maneira menos desgastante possível, tanto para as partes como para a máquina estatal instrumentalizada no processo. Ainda, no ano de 2009, explica Theodoro Júnior que:

A idéia de agregar ao juízo a figura do conciliador já está em prática há algum tempo na França, graças à sistemática de seu novo Código de Processo Civil, que não só fez integrar à função do juiz a tarefa de “conciliar as partes”, como instituiu em todo órgão judicial o agente auxiliar denominado “conciliador”, e que é escolhido entre “notáveis” ou “juizes aposentados”. Esse conciliador não é um magistrado, pois sua função não é julgar, mas apenas aproximar as posições litigiosas, na tentativa de que as próprias partes encontrem uma solução para suas divergências. Trata-se de uma providência integrante da política moderna de aceleração da prestação jurisdicional, que opera por meio de uma espécie de “justiça consensual” e que vem desfrutando de todos os favores do legislador francês. Nela se enxerga um meio de aliviar os tribunais e de tornar mais humana a justiça. A doutrina aplaude o programa do legislador e considera a “justiça consensual” intimamente ligada “à idéia de que, neste fim de século XX, o jurisdicionado aspira a uma Justiça mais simples, menos solene, mais próxima de suas preocupações quotidianas, àquilo que numa palavra se denomina uma *justiça de proximidade*”.⁸¹

Do exposto duas preocupações evidenciam-se a justificar a implementação da conciliação no Juízo francês, agora também prestigiado em nosso ordenamento; a primeira diz respeito a uma maior celeridade processual a aliviar os abarrotados cartórios e juízos que devido ao crescente número de demandas não conseguem em prazo razoável encerrar as ações satisfatoriamente; e segundo,

⁸⁰ Idem., p. 58.

⁸¹ JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I. 50.^a ed. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2009. p. 338.

reporta-se à possibilidade de os envolvidos na contenda transigirem, acordarem, compreenderem através de concessões recíprocas que podem chegar a um termo sem maiores desgastes.

Ao aproximar o conciliador das partes, abre-se a oportunidade do diálogo; todos podem expor seu ponto de vista, suas razões e em contrapartida terá de ouvir o outro. Este exercício de oitiva e aproximação quando bem conduzido pode propiciar o encerramento de demandas que, em alguns casos, poderia consumir anos de uma litigância que mesmo sentenciada seria objeto de recursos infundáveis, a postergar o que realmente se espera: a satisfação de uma pretensão (para o autor) dentro das possibilidades do requerido (ou executado).

O Novo Código de Processo Civil, Lei n.º 13.105 de 16 de março de 2015 foi mais além e em seu artigo 334 dispõe expressamente sobre a conciliação e mediação. A ênfase em prestigiar a conciliação nas ações de natureza civil é claramente percebida no § 2.º do artigo 334 quando disciplina:

Poderá haver mais de uma sessão destinada à conciliação e à mediação, não podendo exceder a dois meses da data de realização da primeira sessão, desde que necessárias à composição das partes.⁸²

A reforçar a importância da conciliação e mediação como instrumento de pacificação de conflitos, as disposições contidas nos artigos 165 a 175 do Novo Código de Processo Civil que dispõem sobre a criação e organização de centros judiciais de solução consensual de conflitos⁸³, a atuação dos conciliadores e mediadores, princípios que informam a conciliação e a mediação, entre outros,

⁸² BRASIL, Novo Código de Processo Civil, Lei n.º 13.105 de 16 de Março de 2015.

⁸³ Sobre o tema, salienta Dias que “O CNJ aprovou no ano de 2011, a Resolução 125 e, posteriormente, a emenda n.º 01, de 31 de Janeiro de 2013, que criaram as bases de implantação de uma Política Nacional de Conciliação. Esta resolução tem dois objetivos, são eles: firmar entre os profissionais do Direito entendimento de que para os agentes sociais é mais importante prevenir e chegar a uma solução rápida para os litígios, do que ter de recorrer ao Judiciário, cada vez mais sobrecarregado pelo excesso de processos e oferecer instrumentos de apoio aos tribunais para instalação de núcleos de mediação e conciliação que, certamente, terão forte impacto sobre a quantidade excessiva de processos apresentados às Cortes. DIAS, Paulo Cezar. Método de Resolução de Conflitos Aplicados nas Ações de Família em Observância ao Direito Constitucional Fraternal. Dissertação de Mestrado. Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília- UNIVEM. 2014.p. 44.

oferecem a dimensão que as mesmas devem alcançar nos próximos anos dentro do sistema de resolução de demandas. Há que se fazer menção ao inciso VII do artigo 319 do mesmo diploma legal que na inicial deverá o autor manifestar-se pela realização ou não da audiência de conciliação ou mediação.

Vê-se que a conciliação e a mediação foram, em oportunidades distintas, mencionadas e indicadas pelo legislador como um meio de viabilizar o diálogo entre as partes a fim de que estas possam ter uma justiça mais próxima e real. O conciliador deve criar, ao ouvir os envolvidos, os meios que os leve a transigir positivamente. Em uma ação de execução de alimentos, por exemplo, expostas as razões que impossibilitam o cumprimento da prestação devida, abre-se ao exequente a oportunidade de expor a real extensão de suas necessidades; ouvidas as partes busca o conciliador um caminho para extinguir o feito com a satisfação do débito ou com proposta de parcelamento deste. Importa que exequente e executado compreendam que o acordo, a conciliação realizada foi o melhor para ambos.

Nas ações de divórcio e guarda isto também poderá ser alcançado com menos discussões e em menor lapso de tempos; a utilização da conciliação nas ações de família pode propiciar inclusive uma reconciliação ou a fixação da guarda sem maiores percalços e atendendo o melhor interesse da criança e do adolescente. Muitas vezes, estas ações encontram-se envoltas em sentimentos contraditórios que expostos em uma tentativa de “desarmar” as partes, pode oferecer um melhor entendimento entre as mesmas.

Pensar as ações que versam sobre temas do Direito de Família dentro de um contexto de entendimento e desarmamento das partes, implica, na atual sistemática do Novo Código de Processo Civil e do próprio Direito como uma tratativa que deverá ser atendida dentro da prevalência da conciliação ou mediação, evitando-se os embates e discussões acaloradas que não chegam a lugar algum, implicando no decreto judicial que muitas vezes não atende àqueles que foram a Juízo para resolver pendências de ordem pessoal.

Sobre a mediação familiar na sociedade contemporânea e a importância do mediador, ressalta Pozzoli que, “[...] Ser mediador requer habilidade e formação continuada. A dedicação no aprendizado advinda de uma vocação própria poderá construir a figura do mediador característico para a nossa atualidade. É em tal

contexto que identificamos o mediador familiar, pessoa que ajuda a família contemporânea.”⁸⁴

A preocupação com a formação dos mediadores e conciliadores⁸⁵ que atuarão junto às ações de família deverá ser uma constante junto aos órgãos responsáveis pela mesma; atuar junto de pessoas que levam não apenas suas necessidades, mas também, seus sentimentos ao Judiciário é, em muito diferente, de uma atuação em casos patrimoniais ou de controvérsias consumeristas. Família envolve não apenas direitos e deveres, mas também e sempre em cores fortes, sentimentos e emoções, projetos e frustrações, planos e anseios que não se concretizaram e, antes de tudo, indivíduos que vivem em sua família um lugar seguro e agora têm de se reorganizar em uma realidade diversa daquela que anelaram.

5 CONCLUSÃO

É fato que a família contemporânea, com novos desenhos e contornos, distancia-se da concepção patriarcal e patrimonialista de tempos idos⁸⁶; entretanto, não perdeu sua relevância e intensidade na formação dos indivíduos que a integram. A interação que se desenvolve em família, na atualidade, desvincula-se das relações de mando e poder, forjando-se na confiança, voluntariedade e nos afetos.

⁸⁴ POZZOLI, Lafayette. Direito de Família: a fraternidade humanista na mediação familiar, in PIERRE, Luiz A. A. (Org.), CERQUEIRA, Maria do Rosário F. (Org.), CURY, Munir (Org.), FULAN, Vanessa R. (Org.), *Fraternidade Como Categoria Jurídica*. 1.ª ed. São Paulo: Cidade Nova. 2013. p.100.

⁸⁵ Enfatiza Tartuce ao tratar de conflitos familiares: “Pontue-se que a mediação foi incentivada pelo Novo Código de Processo, em vários de seus preceitos. Merece ser destacado, entre os dispositivos inaugurais do Estatuto processual emergente, o seu art. 3.º. De acordo com o caput do comando, não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. Em complemento, o seu § 2.º estabelece que o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. Ademais, conforme o seu § 3.º, 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 dos processos judiciais.” TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*: volume único. 6.ª ed. São Paulo: Forense. 2016. p. 1192.

⁸⁶ “[...] as relações familiares vêm marcadas profundamente pela afetividade, tornando-se esta um verdadeiro paradigma para a sustentação e legitimidade da família e das relações parentais na pós-modernidade.” MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Direito da famílias: amor e bioética*. 1.ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier. 2012. p.6.

A partir da Constituição Federal de 1988 e da admissão da união estável como entidade familiar merecedora de amparo e reconhecimento, novos arranjos familiares ganharam visibilidade e passaram a postular por direitos e respeito. Cite-se o julgamento da ADPF 132 ocorrida no Supremo Tribunal que admitiu a união estável homoafetiva, a demonstrar que esta família existe no seio da sociedade e não pode ser ignorada por tratar-se de uma realidade e não de mera conjectura.

Tantas mudanças exigem adequação normativa e, por outra via, fazem nascer novos conflitos, ora referentes às rupturas das relações anteriormente estabelecidas, ora discutindo a guarda dos filhos, os alimentos, as visitas e outros motivos e necessidades inerentes a família. E a premente necessidade de solução destes conflitos, esbarra na forma mais adequada de fazê-los caminhar de modo a se encontrar um consenso em que os envolvidos fiquem satisfeitos com a resolução, pois seus anseios foram ouvidos, suas razões foram expostas e escutadas, seus pontos de vista não se apartaram do que foi auferido no desfecho do caso.

A conciliação e mediação têm por escopo esta possibilidade: diminuir a distância entre as partes e construir uma ponte que mantenha as relações familiares envoltas na receptividade, na manutenção do convívio parental, na prestação de alimentos de acordo com a possibilidade de quem presta os alimentos e em razão da necessidade de quem recebe, na prevalência dos afetos possíveis.

Talvez mediar e conciliar nas ações de família seja isto: compreender que a complexidade dos seres humanos é a mesma desde que ele se reconhece como um ser pensante e, que apesar das mudanças sociais e tecnológicas, o que não muda é a vontade do indivíduo em ser aceito e ser amado.

REFERÊNCIAS

- BAUMAN, Zigmunt. *Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. 1.ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora. 2004.
- BRASIL, Código Civil Brasileiro. Lei n.º 6.515 de 26 de dezembro de 1977.
- BRASIL, Novo Código de Processo Civil, Lei n.º 13.105 de 16 de Março de 2015.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009.

DIAS, Paulo Cezar. Método de Resolução de Conflitos Aplicados nas Ações de Família em Observância ao Direito Constitucional Fraternal. Dissertação de Mestrado. Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília- UNIVEM. 2014.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I. 50.^a ed. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2009.

KHEL, Maria Rita. Em Defesa da Família Tentacular. In GROENINGA, Giselle Câmara (Org.) e PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Direito de família e psicanálise: Rumo à uma nova epistemologia*. 1.^a ed. Rio de Janeiro: Imago. 2003.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Direito da famílias: amor e bioética*. 1.^a ed. Rio de Janeiro: Elsevier. 2012.

MULTEDO, Renata Vilela. A Judicialização e a Proteção da Pessoa dos Filhos, in MENEZES, Joyceane Bezerra (Org.) e MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *Direito das Famílias: por juristas brasileiras*. 1.^a ed. São Paulo: Saraiva. 2013.

OLIVEIRA, Euclides. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Do direito de família. DIAS, Maria Berenice (Coord.), PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.) in *Direito de família e o novo Código Civil*. 3.^a ed. 2.^a tir. Belo Horizonte: Del Rey. 2003.

O Que é a Alienação Parental. Disponível em:
<http://www.alienacaoparental.com.br/o-que-e>. Acesso em: 29/07/2014.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Família, Direitos Humanos, Psicanálise e Inclusão Social, in GROENINGA, Giselle Câmara (Org) e PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org). *Direito de Família e Psicanálise: rumo a uma nova epistemologia*. 1.^a ed. Rio de Janeiro: Imago. 2003.

POZZOLI, Lafayette. Direito de Família: a fraternidade humanista na mediação familiar, in PIERRE, Luiz A. A. (Org.), CERQUEIRA, Maria do Rosário F. (Org.), CURY, Munir (Org.), FULAN, Vanessa R. (Org.), *Fraternidade Como Categoria Jurídica*. 1.^a ed. São Paulo: Cidade Nova. 2013.

RODRIGUES, Silvio. *Direito de Família*, Vol. VI. 13.^a ed. São Paulo: Saraiva. 1987.

ROUDINESCO, Elizabeth. *A Família em Desordem*. Tradução: André Telles. 1.^a ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil: volume único*. 6.^a ed. São Paulo: Forense. 2016.

TOLEDO, IARA RODRIGUES DE. *Os Direitos da Personalidade: um olhar à família constitucionalizada*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=e165421110ba0309>. Acesso em: 03/04/2016.

VAINFAS, Ronaldo. *Trópico dos Pecados*. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 2014.

A MEDIAÇÃO E O PAPEL DA PSICANÁLISE NA RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS DE FAMÍLIA E NA PACIFICAÇÃO SOCIAL

*Mariana Amaro Theodoro de Almeida*⁸⁷

1 INTRODUÇÃO

A vida em sociedade, cada vez mais complexa, propicia a proliferação dos conflitos, que são inerentes à natureza humana. Toda vez que a pretensão de uma pessoa encontra a resistência, ou oposição, de outra se instala o conflito. Desse modo, os conflitos surgem e se espalham por todo tecido social, ou seja, em todos os ambientes nos quais há interação social é possível o surgimento do conflito.

Sem qualquer pretensão de esgotamento do tema, o presente artigo tem como objetivo analisar o papel da mediação e da psicanálise na resolução dos conflitos familiares. Tal objetivo se justifica porque a família é o núcleo essencial no qual ocorre o primeiro acolhimento social do indivíduo após o nascimento. Além disso, a família será responsável pela socialização, pela construção psicológica do sujeito, o que requer muita responsabilidade para a execução dessas tarefas. Ademais, não se pode esquecer que, quando algo vai mal no âmbito familiar, o mal estar, a tristeza, o sentimento de fracasso e de incapacidade se reflete em outros ambientes e relações interpessoais dos sujeitos. Nesses casos, por tratar-se de questões de foro íntimo, é tendência natural que as

⁸⁷ Mestranda em Teria Geral do Direito e do Estado mantido pelo “Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM”. Advogada formada pelo Centro Universitário Eurípides de Marília/SP. Militante nas áreas cível, família e administrativo. Conciliadora e Mediadora do Tribunal de Justiça de São Paulo formada pela Escola Paulista de Magistratura conforme a Resolução 125 do CNJ, atuante nas comarcas de Marília/SP e Garça/SP. Endereço eletrônico: marianatheodoro_1@hotmail.com

peçoas busquem resolver seus problemas por si mesmos, sem o auxílio de terceiros. Contudo, por vezes, essas pessoas emocionalmente envolvidas no conflito não conseguem vislumbrar uma solução possível e a estratégia acaba tornando o conflito ainda mais intenso.

Para evitar o acirramento do conflito e proporcionar o resgate do diálogo familiar, tem-se a mediação como meio adequado de tratamento e solução de conflitos, especialmente os de natureza continuada, como é o caso do vínculo familiar. Ao mesmo tempo, a mediação se mostra mais efetiva quando atrelada à psicanálise. Nesse sentido, quando mediação e a psicanálise atuam em conjunto é possível garantir a pacificação social por meio de um método dialógico de compreensão e cooperação entre as partes.

Nesse sentido, para a presente pesquisa utiliza-se o método dedutivo porque entende-se ser a melhor opção para reunião e abordagem dos assuntos que abrangem o tema.

Para a formação da base teórica faz-se uso de revisão bibliográfica para o levantamento das principais doutrinas a respeito do tema de forma a representar uma compreensão multidisciplinar dos diversos autores.

Inicialmente, aborda-se a instituição familiar e suas peculiaridades, o complexo conjunto de sentimentos envolvidos e sua importância na formação física e psíquica do cidadão, o que justifica o tratamento jurídico diferenciado na solução dos conflitos de modo que a afetividade e a paz sejam preservadas.

Posteriormente, analisa-se a relevância da psicanálise no Direito de Família e, desse modo, no procedimento de mediação porque atribui aos mediadores maiores condições de compreender e conectar sentimentos, muitas vezes inconscientes, das partes conflitantes, apesar das sessões de mediação não possuírem finalidade terapêutica.

Por fim, verifica-se que o mecanismo de mediação, juntamente com a contribuição da psicanálise, são eficientes porque valorizam o ser humano e seus sentimentos, de modo a abordar o conflito de maneira cuidadosa e criteriosa. Esse tratamento adequado dos conflitos familiares visam evitar o sofrimento humano e proporcionar a transformação de processos dolorosos em processos construtivos, maduros, que restabelecem os vínculos de afeto e respeito mútuo e, por consequência, a concreta pacificação social.

2 A MEDIAÇÃO DOS CONFLITOS DE FAMÍLIA

A família possui extrema importância porque, segundo Almeida (2014, p. 14) é o primeiro cenário que “recebe os indivíduos após seu nascimento e que se dispõe a socializá-los para a vida, com toda a responsabilidade e suporte que essa tarefa implica”. Assim sendo, é no seio da família “que se inicia e se desenvolve todo o processo e formação da personalidade do ser humano” (Schmidt, 2015, p. 43).

Em virtude dessa importância basilar para a sociedade e para a formação e desenvolvimento da personalidade do ser humano, a família recebeu um tratamento diferenciado e uma redoma protetora de nossa Constituição Federal, com maior força a partir de 1988.

Tepedino (2008, p. 58) esclarece que com a Constituição Federal de 1988:

“[...] a milenar proteção da família como instituição, unidade de produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, dá lugar à tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros”.

Modernamente, quando as constituições democráticas elevaram a dignidade da pessoa humana a fundamento do Estado toda a ordem jurídica se voltou à pessoa, em detrimento do patrimônio (Almeida, 2015, p. 03). Sendo a família núcleo essencial ao desenvolvimento do ser humano e, assim, primordial à dignidade humana, não resta dúvidas de que o olhar a respeito da família também mudou. Isso porque, a instituição familiar deixou de ser, portanto, apenas um núcleo econômico e eminentemente reprodutivo, para se tornar espaço de amor e de afeto. Desta feita, não há dúvida de que a família é uma entidade de afeto e solidariedade, fundada nas relações pessoais e voltada para o crescimento e desenvolvimento da pessoa humana.

Nesse sentido, a liberdade de um indivíduo afeiçoar-se a outro, ou seja, a afetividade é um direito individual que o Estado deve assegurar, sem discriminações, senão as mínimas necessárias ao bem comum.

O afeto é o traço principal das relações familiares. Ao esclarecer o conceito de afeto, Bahia e Leão Junior (2010, p. 8117) ressaltam que:

“[...] enobrecimento, amor ao próximo, respeito, carinho, compaixão, apego, bem-querer. Dele emanam ondas de sentimentos essenciais que gravitam no santuário sagrado do coração humano. É a mais elevada expressão da natureza humana por outrem. Por isso mesmo, com sua luz solar, reaviva valores jurídicos e sociais autênticos, substituindo, por meio da afetividade, com vantagem incomensurável o patrimonialismo familiar de antanho, o autoritarismo massacrante do genitor antigo, o engessado matrimônio legítimo, todos esses com eivas de imperfeições humanas”.

A família é uma instituição social que proporciona a proteção, o apoio, a imposição de limites e a socialização de seus membros. Sua importância fundamenta-se no fato de ser o núcleo no qual o sujeito se desenvolve física e psicologicamente, e em seu seio é possível desenvolver capacidades, atributos, aceitação da diversidade, mudanças de valores, padrões éticos, econômicos e ideológicos (Mello, 2015, p. 04). Todas essas experiências constituem os seres humanos e representarão os vínculos afetivos.

“Uma vez composta por pessoas é evidente que a família, por vezes, é o celeiro de inúmeras desavenças e conflitos” (Almeida, 2015, p. 03). Entretanto, deve-se atentar para o fato de que os conflitos familiares são diferenciados dos demais. Isso porque, a família possui natureza continuada, ou seja, não eventual. Tal característica se deve ao fato de que o relacionamento familiar é pré-existente ao conflito e, por consequência, ao processo e, tratado da forma devida, o relacionamento familiar deve sobreviver ao processo.

Além disso, conforme Almeida (2015, p. 05) “[...] nas relações familiares é necessário que se restabeleça o diálogo e o afeto, de maneira que os membros possam conviver e se desenvolver de maneira saudável”. Desta forma, é evidente que não se pode tratar um conflito familiar da mesma forma que um conflito puramente civil, como o que surge no momento de uma colisão de veículos no trânsito, por exemplo. De fato, as vítimas de um acidente de trânsito iniciam um relacionamento eventual no momento da colisão, sem qualquer envolvimento emocional, e, após a determinação de quem tem o dever de indenizar, provavelmente, essas pessoas jamais voltarão a se encontrar.

Tal não ocorre nos relacionamentos e nos conflitos familiares. Isso porque, o relacionamento familiar existe antes do conflito e há intenso envolvimento emocional entre os conflitantes. Caso o conflito se mostre insolúvel, os envolvidos buscam a tutela jurisdicional para solucioná-lo. Finalmente, a solução proferida pelo Poder Judiciário deveria proporcionar aos envolvidos a capacidade de se relacionar de maneira madura e saudável, o que evitaria novos conflitos, já que, na maioria das vezes, essas famílias possuem filhos e devem manter um bom relacionamento para minimizar os efeitos do rompimento familiar. A isso se denomina caráter continuado do relacionamento familiar.

A esse respeito, Pinto (2001, p. 65) ressalta que:

“O conflito familiar não eclode de uma hora para outra; ele é também uma construção ao longo do tempo e das experiências relacionais. Na maioria das vezes, ele é a somatória de insatisfações pessoais, de coisas não ditas, de emoções reprimidas, de desinteresses, desatenções constantes, traições ou sabotagem ao projeto de vida estabelecido. É em geral, consequência do diálogo rompido ou interpretado incorretamente; do silêncio punitivo. Enfim, ocorre pela constatação de que o modelo imaginado e vivido foi incapaz de garantir a realização pessoal, magicamente esperada”.

Além do caráter continuado, a relação familiar envolve uma extensa gama de sentimentos como amor, ódio, raiva, esperança, decepção, vingança, traição, afeto etc. Em geral, os conflitos familiares dilaceram o corpo e a alma dos envolvidos. Importante salientar que os envolvidos não são apenas os atores principais do conflito como marido e esposa, pais e filhos, etc. O conflito familiar, de uma forma ou de outra, se estende a todos os membros da família. À guisa de exemplificação, tem-se o divórcio que obriga todos os membros da família a readaptar-se a novas realidades como: a diminuição da receita familiar; o surgimento da família monoparental; a diminuição do contato entre membros da família, como pais e filhos, por exemplo; a mudança de residência ou até de escola; o aumento de responsabilidade do genitor que permanece com a guarda dos filhos; e, inclusive, a chegada de outros novos membros no contexto familiar, eis que uma nova união conjugal é possível.

Assim, não resta dúvida de que o conflito no seio familiar repercute sobre todos os membros da família, em especial sobre os filhos, sujeitos em formação e, por tal motivo merece um tratamento

diferenciado para que os efeitos do conflito não sejam tão devastadores.

Todas essas características do relacionamento e do conflito familiar ultrapassam as possibilidades da sentença jurisdicional, já que uma mera declaração de procedência ou improcedência, na maioria das vezes, não é suficiente para evitar novos conflitos e minimizar seus efeitos. Por óbvio que a sentença se mostra apenas como uma maquiagem. Uma aparente solução para o agora, mas na realidade causará uma certa ruptura ou um distanciamento social para o convívio futuro dessas famílias.

Para atender às necessidades e anseios da família os procedimentos autocompositivos, especialmente a mediação se mostra adequada por inúmeros motivos. A princípio pode-se ressaltar que os mecanismos adequados de resolução de conflitos, especificamente a mediação, quando bem empregados, proporcionam a empatia e o empoderamento das partes e o restabelecimento do relacionamento familiar.

O empoderamento significa que os envolvidos no conflito estão cientes da importância do procedimento e do poder que possuem de dirigir as decisões de suas próprias vidas, já que o eventual acordo será construído por eles próprios através do esforço mútuo.

Na mediação o indivíduo tem garantido o momento de se manifestar, expressar suas dores, medos, decepções e vontades, ou seja, os meios adequados de resolução do conflito representam, principalmente, um ambiente seguro e sigiloso, de diálogo entre as partes (Almeida, 2015, p. 06). Diálogo, este, que muitas vezes não ocorre há muito tempo entre os conflitantes. Muitas vezes, no seio familiar, as pessoas não conseguem conversar de forma amigável justamente em razão da grande carga emocional na qual os conflitos familiares estão imersos.

É comum a falta de comunicação entre os envolvidos no conflito por medo de discussões, agressões físicas e verbais. Diante da falta de comunicação, as partes vão se distanciando até que, em um determinado momento, nem sequer se reconhecem mais.

Os mecanismos alternativos de solução de conflitos, especialmente a mediação proporcionam a oportunidade de cada um ouvir e ser ouvido, sem discussões e agressões. Possibilita-se o desenvolvimento de uma comunicação pacífica e efetiva, pois haverá

o adequado tratamento das emoções das partes. É exatamente isso que se busca: a reestruturação do relacionamento e do afeto entre as partes. Que significa capacitar, ou melhor, devolver aos envolvidos no conflito a possibilidade de dialogar de forma madura e responsável e, a partir daí, estabelecer um convívio pacífico.

De qualquer modo, é evidente que a conciliação e a mediação não objetiva que os envolvidos voltem a se amar. Até porque, os relacionamentos, nesse momento, estão extremamente fragilizados e até deteriorados. O que se espera é que os envolvidos sejam capazes de estabelecer uma convivência harmoniosa e isso é possível através dos meios adequados de resolução de conflitos.

3 A PSICANÁLISE E O DIREITO DE FAMÍLIA

A Psicanálise e o direito de Família possuem uma ligação umbilical, pois ambos buscam incessante a efetivação do princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Nesse sentido, a ciência jurídica sempre se interligou a conhecimentos e embasamentos filosóficos, históricos, sociológicos, políticos etc., na tentativa de compreender seus próprios institutos.

É na intersecção com a Psicologia e a Psicanálise que o Direito busca avançar ainda mais no desenvolvimento de nossa sociedade cada vez mais plural, dinâmica e que necessita incessantemente de respeito às diferenças. O surgimento da Psicanálise e o estudo do inconsciente tiveram particular influência nas ciências sociais e humanas e o Direito não poderia ficar ileso.

Nessa toada, Pereira (2004, p. 25) afirma que “O inconsciente produz efeitos e é exatamente a partir desses efeitos que ele é reconhecido - lapso, ato falho... Efeitos que, embora inconscientes, repercutem no Direito”.

Não há dúvidas de que o Direito de Família é, essencialmente, permeado pela afetividade humana, na qual a técnica de escuta ativa e o diálogo são extremamente apropriadas para a resolução de conflitos, devendo ser valorizados pelas partes, advogados, juízes, promotores, bem como pelos aplicadores do direito em geral.

O Direito é o conjunto de normas de conduta imposta por autoridade coatora. Isto porque, a relação entre os indivíduos de uma

comunidade deve se basear no princípio da justiça. Bobbio (1997, p. 349) define o direito como sendo:

“[...] o conjunto de normas de conduta e de organização, constituindo uma unidade e tendo por conteúdo a regulamentação das relações fundamentais para a convivência e sobrevivência do grupo social, tais como as relações familiares, relações econômicas, as relações superiores de poder, e ainda a regulamentação dos modos e formas através das quais o grupo social reage à violação das normas”.

Por outro lado, a psicanálise é um método de investigação teórica da psicologia, desenvolvido por Sigmund Freud, médico neurologista, que se propôs à compreensão e análise do homem, compreendido enquanto sujeito do inconsciente. Ou seja, ciência que estuda o comportamento e os processos mentais dos indivíduos. Afirmam os doutrinadores que a Psicanálise tem por objeto a personalidade normal e a personalidade anormal, sendo na realidade o estudo da alma humana.

Segundo Viegas (2011, p. 05) “A teoria psicanalítica criou uma revolução tanto na concepção como no tratamento dos problemas afetivos. Há um grande interesse pela motivação inconsciente, pela personalidade, pelo comportamento anormal e pelo desenvolvimento infantil”.

Na realidade, tanto o direito quanto a psicanálise estão presentes em todos os momentos da vida do homem. O Direito atua diante da conduta do homem e suas consequências na sociedade. Por outro lado, a Psicanálise busca desvendar os impulsos e motivos que antecedem a conduta do homem.

Para Groeninga (2004, p. 144), "cabe aos psicanalistas sensibilizar os que lidam com o Direito para as questões de família, permitindo uma compreensão mais ampla dos conflitos e do sofrimento". A psicologia ressalta que o ser humano busca sempre o prazer e, por outro lado, evitar a dor. Nesse sentido, a separação é um medo constante na vida do ser humano desde o nascimento, quando a criança se vê separada do conforto materno, pelo corte do cordão umbilical. O início da fase adulta que, simbolicamente, representa a separação com os pais, a perda de amigos e parentes pela morte ou distanciamento natural de pessoas amadas. Enfim, seja qual for a circunstância, a separação causa tristeza e desconforto ao

ser humano, de maneira mais ou menos intensa, por esta ou aquela pessoa.

Uma relação conjugal surge de sonhos, expectativas, desejos, amor, uma gama de sentimentos complexos estão envolvidos. Quando o relacionamento termina, os envolvidos se sentem frustrados, abandonados, algumas vezes com raiva, ressentimento. Além do aspecto sentimental, os casais precisam lidar com a perda da estabilidade, padrão de vida, uma nova estruturação da relação.

As crises são condições mesmo de sua existência, e a passagem de seus ciclos vitais acompanha a mudança etária de seus membros. Como o tempo da evolução, a família está sempre em constante mudança e, como o tempo das estações, seu clima afetivo sofre variações. Mudança e crise que se permitem existir dada sua natureza indissociável da de humanidade – de instituição estruturante e estruturada pelo humano (Groeninga, 2004, p. 252).

De um modo geral, o indivíduo busca a tutela jurisdicional com uma demanda jurídica com pedidos objetivos, tais como: o divórcio, a pensão alimentícia, a guarda dos filhos, a regulamentação das visitas, a divisão de bens e cabe ao judiciário encontrar uma saída para regulamentar a convivência familiar. Nesse mesmo contexto, cabe à psicanálise proporcionar um tipo de escuta que leve o sujeito a refletir sobre suas reais queixas, sua parcela de culpa, e a se responsabilizar por elas, deixando de atribuir ao outro aquilo que é sua responsabilidade.

O direito não enxerga o sujeito da mesma forma que a psicanálise. Ambos lidam de forma diferente com o mal-estar das pessoas. O sujeito é compreendido no âmbito jurídico como aquele provido de razão, detentor do livre arbítrio, que tem consciência de seus atos e pode controlar suas vontades, capaz de discernir o que é proibido do que não é, assumindo as punições e responsabilidades que lhe são cabíveis, servindo para os outros como modelo, já que nem todos os desejos são permitidos (Souza, 2004, p.55).

Para viver em sociedade é necessário que os homens se submetam a determinadas regras de modo a garantir um convívio pacífico. Nesse convívio, encontros e desencontros fazem parte da vida do sujeito. Em algum momento, ele encontra aquele outro idealizado, que o completa, o faz falta e passa a dar sentido a sua vida, mas, muitas vezes, esta mesma realidade pode levar o sujeito a

um sofrimento de perda diante de uma situação expressa em uma separação.

O mecanismo da mediação surge como uma nova forma de encarar os problemas e ajudar os envolvidos a resolver as questões judiciais, especialmente, as familiares. Para isso, é necessário que o mediador tenha capacidade técnica e sensibilidade para perceber os sentimentos, valores, e a subjetividade de cada sujeito, de maneira a promover a sua reconstrução diante dos problemas da vida, para que ele vislumbre saídas nele próprio e não no "outro", ou seja, o sujeito vai buscar soluções para seus conflitos de uma forma singular.

Os conflitos familiares, quando não tratados adequadamente, causam danos à constituição saudável das crianças porque, não raras vezes, as crianças são envolvidas pelos pais no conflito, viram objeto de disputa, de vingança, etc. Os pais em conflito se esquecem, ou não assumem o papel definitivo de pai e mãe, e se preocupam apenas com seus ressentimentos. Nesses casos, os casais são convidados a trabalhar e buscar alternativas para lidar com o conflito, para reestruturar a vida após o divórcio; e este processo é conduzido pelo mediador, que prepara o caminho e têm como objetivo resgatar o respeito e propiciar um espaço onde o diálogo possa existir.

Tanto o direito quanto a psicanálise privilegiam o discurso e é através da mediação que o profissional pode utilizar-se da Psicanálise para chegar até o sujeito. O mediador sabe que o conflito existe, mas não o enfatiza como uma guerra e, sim, como a melhor forma de resolvê-lo. Esse é o desafio, conjugar a psicanálise e o direito. Aqueles que estão implicados nesta abordagem encontram-se numa posição de produzir saídas aos impasses apresentados, ou seja, "conjugar norma jurídica e subjetividade para o Direito e inconsciente e responsabilidade do sujeito para a Psicanálise" (Barros, 1997, p. 832).

Desse modo, no contexto judiciário a psicanálise pode ser utilizada amplamente, promovendo discussões com a possibilidade de uma intervenção na estrutura familiar e social do sujeito.

4 O MECANISMO DE MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE PACIFICAÇÃO SOCIAL

O termo mediação tem origem no latim “mediare”, que significa intervir, mediar. Consiste em um meio não jurisdicional, ou seja, autocompositivos de solução de litígios.

Warat (1998, p.5) aduz que “a mediação pode ser considerada como a forma ecológica de resolução dos conflitos sociais e jurídicos na qual o intuito de satisfação do desejo substitui a aplicação coercitiva e terceirizada de uma sanção legal”.

Nesse sentido, Sales (2007, p. 23) a conceitua como sendo um procedimento no qual um terceiro imparcial atua no sentido de encorajar e facilitar a resolução da divergência.

Ainda na perspectiva conceitual, Bacellar (2003, p. 174) define mediação como uma: “[...] técnica lato senso que se destina a aproximar pessoas interessadas na resolução de um conflito a induzi-las a encontrar, por meio de uma conversa, soluções criativas, com ganhos mútuos e que preservem o relacionamento entre elas”.

No mesmo sentido, Serpa (1999, p. 90) ressalta que se trata de “[...] processo informal, voluntário, onde um terceiro interventor, neutro, assiste os disputantes na resolução de suas questões, pautado na autodeterminação das partes”.

Para que isso seja possível é imperioso que o mediador tenha conhecimento das técnicas a serem utilizadas, valendo-se da comunicação e da neutralização de emoções, para encontrar opções que possibilitem o acordo. Tal técnica perpassa, inicialmente, pela escuta ativa, qualificada, compreensiva dos fatos e das condutas narradas. Mediar é se comportar de maneira neutra diante das partes envolvidas, mas com vigor suficiente para transmitir aos litigantes o quanto importante são as sessões direcionadas à solução do conflito. A mediação é um processo orientado a conferir às pessoas nele envolvidas a autoria de suas próprias decisões, convidando-as a reflexão e ampliando as alternativas. É um processo não adversarial dirigido à desconstrução de impasses que imobilizam a negociação, transformando um contexto de confronto em contexto colaborativo. É um processo confidencial e voluntário no qual um terceiro imparcial facilita a negociação entre duas ou mais partes onde um acordo mutuamente aceitável pode ser um dos desfechos possíveis.

Importa salientar que, para a devida aplicação desse método alternativo de solução de conflitos é necessária uma mudança de mentalidade de muitos aplicadores do direito que ainda consideram a mediação como mera ferramenta sem força executiva ou coercitiva, o que configura um grande equívoco.

Por certo, não se pode exigir uma mudança de paradigma imediato. No entanto, cada vez mais, o sistema jurídico vem ressaltando e valorizando os meios alternativos de solução de conflito, em particular, a mediação. No âmbito jurídico brasileiro se presencia um avanço significativo da utilização de mecanismos auto composição e solução de controvérsias, o que proporciona que as partes litigantes tenham acesso à justiça justa, com a resolução do conflito de maneira célere e eficiente, o que amplia o acesso do cidadão à Justiça, conforme prevê a Constituição Federal de 1988 em seus artigos 3º, inciso I, Art. 5º, incisos LXXVIII e XXXV, respectivamente.

Ademais, além do texto constitucional tem-se o Novo Código de Processo Civil de 2015, que institucionalizou a política de tratamento adequado dos conflitos, prevista anteriormente na Resolução nº. 125 do Conselho Nacional de Justiça. Do mesmo modo, tem-se a Lei nº 13.140/2015, que entrou em vigor em 29 de dezembro de 2015, que dispõe sobre a mediação e sua regulamentação, inclusive determinando os princípios, impedimentos e regras do procedimento de mediação dos conflitos.

Na mediação é possível que o conflito seja realmente transformado em um processo construtivo de autoconhecimento, de amadurecimento, o que fundamenta a cultura da pacificação, a democracia constitucional-deliberativa e os modernos postulados da intervenção mínima do Estado e da máxima cooperação e solidariedade entre as partes.

A dissolução da sociedade conjugal se tornou cada vez mais frequente. Para facilitar a extinção do vínculo conjugal o ordenamento jurídico se vale de procedimentos cada mais desburocratizados para que as pessoas busquem sua felicidade da maneira que melhor lhe convier. A psicanálise é de extrema importância na resolução dos conflitos e segundo Groeninga (2004, p. 252) “A partir da descoberta de Sigmund Freud, de um inconsciente que é estruturado com uma lógica que é própria, tem-se acesso a outro sujeito além do sujeito de direito – o sujeito do desejo. Buscamos a integração diferenciada

desses dois sujeitos, ou melhor, desses aspectos de um mesmo sujeito, e não mais a disjunção”.

O mediador em sua atuação profissional não faz sugestões para a solução, não induz e muito menos pode impor uma decisão. A sua função, como mencionado anteriormente, é propiciar uma maior e melhor escuta das partes, para que a compreensão seja introduzida na sequência dos fatos narrados, levando os litigantes ao exercício da tolerância recíproca.

Quando os conflitantes conseguem restabelecer o diálogo e chegam ao consenso, essa decisão tem-se mostrado eficaz em relação à sentença imposta por um juiz porque o acordo obtido com a mediação é construído pelas próprias partes. Dessa forma, a solução da mediação não são superficiais e, desse modo, há relevante segurança e efetividade do acordo em relação ao seu cumprimento, vez que as partes estão convencidas que foi a melhor solução. Nessa circunstância da realização do acordo, pelo consenso, não há vencedor e vencido porque ambos os conflitantes são vencedores, e essa vitória se estenderá a todos os membros da família.

A mediação se sustenta, basicamente, sobre a comunicação e, para obtê-la, tem-se diversas técnicas a serem utilizadas para a obtenção da comunicação. Os elementos básicos para aplicação de mecanismos de mediação são: partes conflitantes, contraposição de interesses e a presença de um terceiro neutro e capaz de facilitar a construção do acordo.

Com relação às características da mediação, tem-se o ensinamento de Martin (2005, p.52): a voluntariedade; a eleição do mediador; o aspecto privado; a cooperação entre as partes; o mediador devidamente habilitado, informalidade; autonomia das partes, acordo mútuo; ausência de sentimento de vitória ou derrota.

Apesar da utilização da psicologia no processo de mediação para trabalhar as relações humanas e sociais é necessário explicitar que o procedimento não se confunde com um processo terapêutico, ou de acompanhamento psicológico ou psiquiátrico.

O mediador deve ser neutro, prezar pela isonomia entre as partes. Do mesmo modo, deve ser alguém apto a interagir com elas, mostrar-se sensível ao conflito, confiável e disposto a auxiliar concretamente no processo de solução daquele conflito. Aqui cumpre ressaltar que o mediador, na sua atuação, desvincula-se completamente de sua profissão original, qual seja, advogado,

contador, psicólogo, etc, devendo observar, inclusive, um código de ética próprio aos conciliadores e mediadores. A grande vantagem dos mecanismos de mediação aplicados na resolução dos conflitos familiares é conscientizar os conflitantes de que o vínculo conjugal pode terminar, mas, ainda assim, é possível manter uma relação saudável, afetiva e solidária, especialmente quando se tem filhos.

Ao final da sessão de mediação, a solução criada pelas partes será reduzida a termo e, posteriormente, levada à homologação judicial.

O processo de mediação aplicado aos casos de divórcio possui uma peculiaridade com relação aos outros processos judiciais, os quais também estão igualmente sujeitos à mediação. É justamente o aspecto psicológico das partes e seu desgaste mental, gerado pelo processo de dissolução da sociedade conjugal, que a torna capaz de trazer à tona os maiores erros cometidos por ambas as partes durante o período em que estes viveram juntos. Dai cabe ao mediador auxiliar as partes na obtenção da solução consensual, fazendo com que elas enxerguem os obstáculos ao acordo e possam removê-los de forma consciente, como verdadeira manifestação de sua vontade e de sua intenção de compor o litígio.

Importa salientar algumas vantagens da Mediação Familiar: a diminuição dos custos financeiros e emocionais; a menor burocracia processual em comparação com os procedimentos tradicionais; o uso de espaço em ambiente privado e acolhedor com apoio de um técnico cuja função é ajudar os intervenientes a estabelecer uma matriz de comunicação facilitadora na resolução de conflitos, de crises e estabelecer acordos aceitáveis; por fim, preservar a dignidade e autoestima da família em transformação, ajudando-a a estabelecer novos equilíbrios.

Contudo, apesar de todas as vantagens, existem situações as quais o processo não deve ser indicado nem utilizado: casos em que há grandes desníveis de poder entre as partes; quando entre os pais não existe uma relação de igualdade e respeito recíproco; na incidência de violência doméstica, maus tratos infantis ou toxicod dependência; em caso de doenças do foro psicológico ou mental de um ou ambos mediando que impedem a comunicação e tomada de decisões. Essas situações que não são resolvidas por meio da mediação podem ser tratadas por procedimento judicial tradicional e ainda por outras formas alternativas à jurisdição.

Enfim, um processo de mediação bem conduzido permite o restabelecimento da comunicação entre os ex-cônjuges, o que favorece a conscientização dos seus direitos e deveres, efetivando, dessa forma, duas garantias constitucionais: aos filhos, a convivência familiar de maneira saudável e, aos pais, a igualdade no exercício de suas responsabilidades.

5 CONCLUSÃO

A vida em sociedade proporciona uma proliferação dos conflitos, visto que, constantemente, os interesses e vontades de um acabam colidindo com os de outra pessoa, ou seja, os conflitos fazem parte na natureza humana e quando tratados de maneira adequada é possível promover o desenvolvimento e aprimoramento das relações pessoais. Um dos ambientes sociais em que emergem inúmeros conflitos é o familiar.

A sociedade contemporânea vem, continuamente, perdendo a capacidade de dialogar de forma eficiente e pacífica, o que resulta em uma crescente litigiosidade da vida, porquanto os conflitos se mostram irresolúveis. Nesse momento, quando o homem não consegue por si só resolver seus conflitos, busca-se a via judicial para tanto.

Todavia, o processo judicial tradicional se mostra inócuo para resolver os conflitos familiares e garantir a sobrevivência do vínculo familiar após o processo. Nesse contexto, os meios alternativos de solução de conflito, especialmente a mediação mostra-se muito eficiente, porque promove o empoderamento das partes e representa um espaço seguro e adequado ao restabelecimento do diálogo, do respeito e afeto entre os conflitantes. Por consequência, o eventual acordo é fruto do entendimento e do esforço comum dos envolvidos no conflito, o que garante maior probabilidade de cumprimento do acordo celebrado.

Dessa maneira, verifica-se que a mediação, aliado aos conhecimentos da psicanálise, garantem resultados cada vez mais satisfatórios aos conflitantes porque possibilita um tratamento profundo dos conflitos familiares, o que efetivamente pacifica a solução dos conflitos.

A multidisciplinariedade do mecanismo de mediação proporciona o devido tratamento dos sentimentos envolvidos no

conflito, de modo a garantir um diálogo eficiente e permanente entre as partes; o comprometimento dos mesmos no objetivo de resolver seus problemas de forma pacífica e madura e, por consequência, prevenir novos conflitos, o que proporcionará uma convivência harmônica e sadia no âmbito familiar, ou seja, a pacificação da família.

Pelo exposto, percebe-se que a mediação familiar, com o auxílio da psicologia, funciona como instrumentos de promoção e concretização da pacificação social e da dignidade da pessoa humana na sociedade. Porquanto, reconhece e valoriza os sentimentos humanos, conscientiza os conflitantes sobre a importância do vínculo familiar, os capacita para buscar a solução conjunta do conflito e evita maiores sofrimentos porque previne o surgimento de novos desentendimentos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Tânia. Particularidades da Mediação Familiar In: **A Mediação Familiar no Contexto de Guarda Compartilhada**. Disponível em http://www.mediare.com.br/08artigos_16mediacao_familiar.html. Acesso em 30 de Abril de 2014.

_____. **Caixa de ferramentas em mediação: aportes práticos e teóricos**. São Paulo: Dash, 2014.

ALMEIDA, Mariana Amaro Theodoro de. **A mediação dos conflitos de família como instrumento de concretização da fraternidade**. Revista de Direito de Família e das Sucessões. Revista dos Tribunais. V. 06. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/98214>. P. 175-193. Acesso em 20/03/2016.

AZEVEDO, André Gomma. BARBOSA, Ivan Machado. (orgs.) **Manual de Autocomposição Judicial: estudos em arbitragem, mediação e negociação**. Vol 4 /– Brasília: Grupos de Pesquisa, 2007.

BACELLAR, Roberto Portugal. **Juizados Especiais: A Nova Mediação Paraprocessual**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BAHIA, Claudio José Amaral; LEÃO JUNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa. **O Afeto e a Afetividade nas Relações Filiárias nas Novas Famílias**. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3519.pdf>. Acesso em: 28/05/2015.

BARBOSA, Águida Arruda. Prática da mediação: ética profissional. In: **Família e dignidade humana**. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. Coordenador: Rodrigo da Cunha Pereira. 2006, p.55-67.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Organização de Alexandre de Moraes. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – **Resolução 125**. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/Resolucao_n_125-GP.pdf. Acesso em 15 de junho de 2014.

CAETANO, Luiz Antunes. **Arbitragem e Mediação: rudimentos**. São Paulo: Atlas, 2002.

CEZAR-FERREIRA, Verônica A. de Motta. **Família, separação e mediação: uma visão psicojurídica**. São Paulo: Métodos, 2004.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FISHER, Roger; URY, Willian. **Como Chegar ao Sim – A negociação de acordos sem concessão**. Tradução Vera Ribeiro; 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Imago, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Os Fundamentos da Justiça Conciliativa. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; LAGRATA NETO Caetano; WATANABE, Kazuo (Coord.) **Mediação e Gerenciamento do Processo: Revolução na Prestação Jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GROENINGA, Giselle Câmara. **Direito de Família, Processo Teoria e Prática**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes, In: **Os Pensadores – Kant (II)**, Trad. Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

LAGRATA NETO, Caetano. **Mediação e Direito de Família**. Disponível em <http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/476/657>. Acesso em 01 de Julho de 2014.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Prefácio. In: GARCIA, Célio. **Psicologia Jurídica: operadores do simbólico**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

ROSSOT, Rafael Bucco. O afeto nas relações familiares e a faceta substancial do princípio da afetividade. In: **Revista brasileira de direito das famílias e sucessões**, Porto Alegre: Magister, n.º 9, abr./maio 2009.

SALES, Lilia Maia de Moraes. RABELO. Cilana de Moraes Soares. **Meios Consensuais de Solução de Conflito: Instrumentos de Democracia**. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194916/000865481.pdf?sequence=3>. Acesso em 15 de julho de 2014.

SALES, Lília Maia de Moraes Sales. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SALES, Lília Maia de Moraes; VASCONCELOS, Mônica Carvalho. **A família na contemporaneidade e a mediação familiar**. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/015.pdf>. Acesso em 20/04/2015.

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

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

SERPA, Maria de Nazareth. **Teoria e Prática da Mediação de Conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 90.

SCHIMIDT, Shauma Schiavo. **A Legitimidade do Afeto no Estado Democrático de Direito**. Disponível em: <http://revista.univem.edu.br/index.php/emtempo/article/viewFile/512/379>. Acesso em: 28/05/2015.

SOUZA, Ivone M. C. Coelho de. **Mediação em direito de família**. V. 6, n. 27, Dez/Jan, 2005. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, p. 31.

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

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 4.^a ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2008.

TOLEDO, Iara Rodrigues de. **Os Direitos da Personalidade: Um Olhar à Família Constitucionalizada**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=e165421110ba0309>. Acesso em: 25/5/2015.

VASCONCELOS, Mônica Carvalho. **Mediação como Instrumento de Solução de Conflitos Familiares: A Experiência da Casa de Mediação do Pirambu**. Disponível em: <http://www.dominipublico.gov.br/download/teste/arqs/cp079348.pdf>. Acesso em: 15 de julho de 2014.

_____. **Noções gerais sobre a mediação de Conflitos**. Disponível em: <http://www.tjba.jus.br/conciliacao/images/stories/abjc.doc>. Acesso em 20/08/2014.

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

_____. **Em nome do acordo: a mediação no direito.** Argentina: Almed, 1998.

VIEGAS, Claudia Mara de Almeida Rabelo. **O papel da mediação e da psicanálise para o direito de Família.** Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-papel-da-media%C3%A7%C3%A3o-e-da-psican%C3%A1lise-para-o-direito-de-fam%C3%ADlia>. Acesso em: 22/04/2016.



Instituto Memória

Centro de Estudos da Contemporaneidade

www.institutomemoria.com.br

CONSELHO CIENTÍFICO-EDITORIAL

PROF. DR. CARLOS ROBERTO ANTUNES DOS SANTOS (In Memoriam – Presidente de Honra). Pós-Doutorado em História da América Latina pela Universidade de Paris III, França. Doutor em História pela Universidade de Paris X - Nanterre, França, Mestre em História do Brasil pela UFPR - Universidade Federal do Paraná, Professor da UFPR - Universidade Federal do Paraná. Reitor da UFPR - Universidade Federal do Paraná, (1998/2002). Membro do Conselho Nacional de Educação (2003/2004) e do Conselho Superior da CAPES (2003/2004).

PROFA. DRA. ALICE FÁTIMA MARTINS.

Doutorado em Sociologia pela Universidade de Brasília (2004). Mestrado em Educação - área de Magistério: Formação e Trabalho Pedagógico, pela Universidade de Brasília (1997). Licenciatura em Educação Artística, habilitação em Artes Visuais, pela Universidade de Brasília (1983). Atualmente é Professor Adjunto II na Faculdade de Artes Visuais da Universidade Federal de Goiás, onde coordena o Curso de Pós-Graduação em Cultura Visual.

PROF. DR. DOMINGO CÉSAR MANUEL IGHINA.

Doutorado em Letras Modernas pela Universidade Nacional de Córdoba (UNC-Argentina). Diretor da Escola de Letras da Faculdade de Filosofia e Humanidades da Universidade Nacional de Córdoba. Professor da cátedra de Pensamento latino-americano da Escola de Letras da Universidade Nacional de Córdoba. Membro do Conselho Editorial da Revista Silabário.

PROF.DR. DEMETRIUS NICHELE MACEI.

Pós-doutor pelo Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da USP (2015), Doutor em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2012), Mestre em Direito Econômico e Social (2004) e Especialista em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2000), Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1994). Professor de Direito Tributário da graduação, especialização e mestrado da Faculdade de Direito Curitiba (UNICURITIBA). Professor convidado no *Curso de Posgrado en Derecho Tributario na Universidad Austral de Buenos Aires/Argentina* e ex-professor da Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (2006-2007) e da PUC/PR (2000-2006/2011-2013). Ocupou os cargos de Diretor e Gerente Jurídico em empresas de grande porte na área de Auditoria e Indústria alimentícia no Brasil e no Exterior. Realizou Curso de Extensão em Direito Norte-Americano pela *Fordham University*, em Nova Iorque/EUA (2010). Publicou os livros "Tributação do Ato Cooperativo" e "A Verdade Material no Direito Tributário". Participa do Conselho Temático de Assuntos Tributários da Federação das Indústrias do Paraná (FIEP), é associado do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC), é membro efetivo do Conselho Fiscal de Três Companhias listadas na BOVESPA e ainda é membro titular do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) do Ministério da Fazenda.

PROF. DR. EDUARDO BIACCHI GOMES.

Pós-Doutor em estudos culturais pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, com estudos realizados na Universidade Barcelona, Facultad de Dret. Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Professor-pesquisador em Direito da Integração e Direito Internacional da UniBrasil, Graduação e Pós-Graduação (Especialização e Mestrado). Membro do Grupo Pátrias, UniBrasil, vinculado ao Cnpq. Professor de Direito Internacional da PUCPR, Consultor do MERCOSUL para a livre Circulação de Trabalhadores (2005/2006). Foi Editor Chefe da Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, vinculado ao Programa de Mestrado em Direito das Faculdades Integradas do Brasil, Qualis B1, desde a sua fundação e atualmente exerce as funções de Editor Adjunto.

PROFA. DRA. ELAINE RODRIGUES.

Doutorado em História e Sociedade pela Universidade Estadual Paulista - Júlio de Mesquita Filho (2002). Mestre em Educação pela Universidade Estadual de Maringá (1994). Graduada em Pedagogia pela Universidade Estadual de Maringá (1987). Atualmente é professora Adjunta do departamento de Fundamentos da Educação e do Programa de Pós-Graduação em Educação da Universidade Estadual de Maringá.

PROF. DR. FERNANDO ARAUJO.

Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutor (em 1998) em Ciências Jurídico-Econômicas, Mestre (em 1990) em Ciências Histórico-Jurídicas, Licenciado em Direito (em 1982). É atualmente docente no Curso de Licenciatura e no Curso de Mestrado e Doutoramento.

PROF. DR. FERNANDO KNOERR.

Doutor, Mestre em Direito do Estado e Bacharel pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). É Professor do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA, Professor de Direito Administrativo da Escola da Magistratura do Paraná e da Fundação Escola do Ministério Público do Paraná. Foi Professor da Universidade Federal do Paraná, Coordenador do Escritório de Prática Jurídica do Curso de Direito e Vice-Procurador-Geral da mesma Universidade. É Membro do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo, do Instituto Paranaense de Direito Administrativo, do Instituto Catarinense de Estudos Jurídicos, do Instituto Paranaense de Direito Eleitoral e do Instituto dos Advogados do Paraná. É Professor Benemérito da Faculdade de Direito UNIFOZ e Patrono Acadêmico do Instituto Brasileiro de Direito Político.

PROFA. DRA. GISELA MARIA BESTER.

Possui graduação em Direito pela Universidade de Ijuí (1991), Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1996), na Linha de Pesquisa Instituições Jurídico-Políticas, e Doutorado em Direito (2002) pela Universidade Federal de Santa Catarina - Área de Concentração Direito, Estado e Sociedade, na Linha de Pesquisa Constituição, Cidadania e Direitos Humanos -, com um ano de pesquisas desenvolvidas na Universidad Complutense de Madrid e na Università degli Studi di Roma La Sapienza (modalidade Doutorado Sanduiche, 1999). É pós-doutoranda em Direito Público na Universidade de Lisboa. Membro da Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional. É associada ao CONPEDI - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito e avaliadora de artigos científicos para seus eventos. Ex-pesquisadora do CNPq e Conselheira Titular do Ministério da Justiça (2008-2012), no CNPCP - Conselho Nacional de Política

Criminal e Penitenciária. Associada ao NELB - Núcleo de Estudantes Luso-Brasileiros da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

PROF. DR. GUIDO RODRÍGUEZ ALCALÁ.

Doutorado em Filosofia, na Diusburg Universität (1983), com bolsa da Konrad Adenauer Stiftung. Mestre em Literatura, na Ohio University e The University of New México, com bolsa de estudos da Fulbright-Hays Scholarship. Graduado em Direito pela Universidade Católica de Assunção (Paraguai). Autor de numerosos livros de poesia, narrativa e ensaio, tendo já sido publicado no Brasil a novela Caballero (tchêl, 1994) e o ensaio Ideologia Autoritária (Funag, 2005).

PROF. DR. ILTON GARCIA DA COSTA.

Possui doutorado em Direito pela PUC-SP Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2010), Pós Doutorado em Direito pela Universidade de Coimbra - Portugal (em andamento) mestrado em Direito pela PUC-SP (2002), mestrado em Administração pelo Centro Universitário Ibero Americano UNIBERO (2001) graduação em Direito pela Universidade Paulista UNIP (1996), graduação em Matemática pela Universidade Guarulhos UNG (1981), Especialização em Administração Financeira pela Alvares Pentead, Especialização em Mercados Futuros pela BMF - USP, Especialização em Formação Profissional na Alemanha. Avaliador de curso e institucional pelo INEP MEC. Atualmente é advogado responsável - Segpraxis Advocacia, professor da Universidade Estadual do Norte do Paraná UENP no mestrado e graduação. Foi Diretor Superintendente de Planejamento e Controles do Banco Antonio de Queiroz e Banco Crefisul, Membro do Conselho Fiscal e Diretor do Curso de Direito da Universidade Ibirapuera UNIB, Coordenador do Curso de Direito da Faculdade Anchieta de SBC. Atualmente é Vice Presidente da Comissão de Ensino Jurídico, Vice Presidente da Comissão de Estágio (triênio 2013 a 2015) e membro efetivo da Comissão de Direito e Liberdade Religiosa da OAB-SP todas estaduais. Tem experiência na área de Direito atuando principalmente nos seguintes temas: direito, educação, ensino, direito Constitucional, direito Administrativo, direito do Trabalho, direito Empresarial, administração, finanças, seguros, gestão e avaliação.

PROFA. DRA. JALUSA PRESTES ABAIDE.

Pós-Doutorado na Université de Saint Esprit de Kaslik, Líbano (2006). Doutora em Direito pela Universidade de Barcelona, Espanha (2000). Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1990). Graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (1985). É professora adjunta da Universidade Federal de Santa Maria. Integra o Conselho Editorial da Revista Brasileira de Direito Ambiental.

PROF. DR. LAFAYETTE POZZOLI.

Professor. Advogado. Professor no UNIVEM e Professor na PUC/SP. Chefe de Gabinete na PUC/SP. Coordenador do Mestrado em Direito no UNIVEM. Possui graduação (1986), Mestrado (1994) e Doutorado (1999) em Filosofia do Direito pela PUC/SP. Pós-Doutorado pela Universidade "La Sapienza", Roma (2002). Membro do Conselho Editorial da Revista EM TEMPO (UNIVEM) e da Revista de Direito Brasileira - RDBras, do CONPEDI. Membro da Comissão de Ensino Jurídico da OAB/SP. Sócio fundador da AJUCASP. Avaliador para cursos de direito ? INEP/MEC. Foi membro do Tribunal de Ética - TED-1 e da Comissão da Pessoa com Deficiência da OAB/SP. Sócio efetivo do IASP - Instituto dos Advogados de São Paulo.

PROF. DR. LUC CAPDEVILA.

Pós-Doutorado, Professor Titular da Universidade de Rennes 2 (França), em História Contemporânea e História da América Latina e Diretor do Mestrado de História das Relações Internacionais. Membro do Conselho Científico da Universidade de Rennes 2 e do Conselho Editorial de várias revistas científicas (CLIO Histoire, Femmes, Sociétés; Nuevo Mundo Mundos Nuevos; Diálogos; Takwa). Especialista em História Cultural sobre conflitos sociais contemporâneos, dirige atualmente um programa de investigação multidisciplinar sobre a Guerra do Chaco.

PROF. DR. LUIZ EDUARDO GUNTHER.

Professor do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Graduado em História pela Universidade Federal do Paraná. Leciona em cursos da Graduação do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Desembargador Federal do Trabalho no Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, TRT-PR, Brasil.

PROF. DR. LUIZ FELIPE VIEL MOREIRA.

Pós-Doutorado pela Universidade Nacional de Córdoba, U.N.C., Argentina. Doutor em História Social pela Universidade de São Paulo, USP, Brasil. Mestre em História pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, UFRGS, Brasil. Professor Associado do Departamento de História e do Programa de Pós-graduação em História da Universidade Estadual de Maringá, UEM, Brasil, com pesquisas em História da América Latina.

PROF. DR. MATEUS BERTONCINI.

Pós-Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Professor do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Leciona Direito Administrativo e Processo Administrativo em cursos de graduação e pós-graduação na Faculdade de Direito de Curitiba e na Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná. É autor de obras e artigos jurídicos. É líder do grupo de pesquisa Ética, Direitos Fundamentais e Responsabilidade Social. Atualmente, vem desenvolvendo pesquisa nas áreas de Direitos Fundamentais, Princípios Constitucionais da Ordem Econômica e Responsabilidade Social Empresarial. Procurador de Justiça no Paraná.

PROF. DR. MARCO ANTÔNIO CÉSAR VILLATORE.

Possui mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1998) e doutorado em Diritto del Lavoro, Sindacale e della Previdenza Sociale - Università degli Studi di Roma, La Sapienza (2001), revalidado pela UFSC e é Pós-Doutor na Università degli Studi di Roma II, Tor Vergata. É coordenador - Curso de Espec. em Dir. do Trabalho da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Presidente do INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS (IBCJS). Vice-Presidente do INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO SOCIAL CESARINO JÚNIOR. Ex-Presidente da Associação dos Advogados Trabalhistas do Paraná, Membro de Comissões da Ordem dos Advogados do Brasil - Paraná, Professor Adjunto da Universidade Federal de Santa Catarina, Membro do Centro de Letras do Paraná, Professor do UNINTER. Diretor do Departamento de Direito do Trabalho do Instituto dos Advogados do Paraná. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito, atuando principalmente nos seguintes temas: Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito Internacional.

PROF. DR. OCTAVIO CAMPOS FISCHER.

Graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1993). Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (Desde julho de 2013) Mestre em Direito Tributário pela Universidade Federal do Paraná (1999) Doutor em Direito Tributário pela Universidade Federal do Paraná (2002). É professor de Direito Tributário do Mestrado, da Especialização e da Graduação nas Faculdades Integradas do Brasil (Unibrasil). Foi professor colaborador do programa de mestrado em direito do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP/DF) em 2012 e 2013. Foi Vice-Coordenador do Programa de Mestrado em Direito da UniBrasil (2010-2011). Foi Conselheiro Titular da 7ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, atual Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - Carf (2003-2005). Foi Conselheiro Estadual da OAB/PR. Foi Presidente do Instituto de Direito Tributário do Paraná/PR até junho de 2013.

PROF. DR. PAULO ROBERTO CIMÓ QUEIROZ.

Doutorado em História Econômica pela Universidade de São Paulo, USP, Brasil. Mestre em História pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, UNESP, Brasil. Professor da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, UFMS, Brasil.

PROF. DR. PAULO OPUSZKA.

É Bacharel em Direito (2000) pelo Centro Universitário Curitiba. Mestre em Direito (2006) e Doutor em Direito (2010) pela Universidade Federal do Paraná. É Professor de Direito e Processo do Trabalho da Universidade Federal de Santa Maria. É Professor Convidado do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba. Foi Professor de Direito Econômico na Escola da Magistratura Federal do Paraná. Professor convidado da Especialização em Direito do Trabalho, Processo e Mercado do Centro de Estudos Jurídicos do Paraná. É professor licenciado de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho na Faculdade Campo Real de Guarapuava/PR. Superintendente do Instituto Municipal de Administração Pública do Município de Curitiba de 2013-2015

PROF. DR. RENÉ ARIEL DOTTI.

Doutor em Direito pela UFPR. Professor titular de Direito Penal da UFPR. Professor de Direito Processual Penal no curso de pós-graduação da Universidade Federal do Paraná. Vice-Presidente do Comitê Científico da Associação Internacional de Direito Penal. Presidente Honorário do Grupo Brasileiro da Associação Internacional de Direito Penal (AIDP – Brasil). Presidente da Comissão Nacional de Defesa da República e da Democracia do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Presidente de Honra para o Brasil do Instituto Panamericano de Política Criminal – IPAN. Membro da Sociedade Mexicana de Criminologia. Co-autor do anteprojeto de reforma da Parte Geral do Código Penal (Lei n.º 7.209, de 11.07.1984). Co-autor do anteprojeto da Lei de Execução Penal do Brasil (Lei n.º 7.210, de 11.07.1984). Relator do anteprojeto de nova lei de imprensa (Comissão da Ordem dos Advogados do Brasil. Publicado no Diário do Congresso Nacional, n.º 103, seção II, de 14.08.1991). Membro da Comissão de Reforma da Parte Especial do Código Penal (Portaria n.º 581, de 10.12.1992, do Ministro da Justiça). Membro da Comissão instituída pela Escola Nacional da Magistratura para a reforma do Código de Processo Penal. Membro da Comissão instituída pelo Ministro da Justiça para promover estudos e propor soluções com vista à simplificação da Lei de Execução Penal. Ex-membro do Conselho Diretor do Instituto Latino-americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente. Ex-

Presidente do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Ex-Magistrado do Tribunal Regional Eleitoral do Paraná. Ex-Secretário de Estado da Cultura.

PROF. DR. SERGIO ODILON NADALIN.

Possui graduação em História (Licenciatura) pela Universidade Federal do Paraná (1966), mestrado em História pela Universidade Federal do Paraná (1975) e doutorado em História e Geografia das Populações - Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales (1978). Professor do Programa de Pós-Graduação em História da Universidade Federal do Paraná, membro da Associação Paranaense de História, da Associação Nacional de História, da Asociación Latinoamericana de Población, da Associação Brasileira de Estudos Populacionais, da Societe de Demographie Historique e da Union Internationale pour Etude Scientifique de la Population. Pesquisador cadastrado no Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) desde 1979 e membro fundador do Centro de Documentação e Pesquisa dos Domínios Portugueses (CEDOPE), do Departamento de História da UFPR; Lidera um grupo de pesquisa junto ao CNPq intitulado "Demografia & História".

PROF. DR. TEÓFILO MARCELO DE ARÊA LEÃO JÚNIOR.

Vice-coordenador do Mestrado (2013), Professor do Mestrado (2012), Professor da Graduação (1999) e Graduado (1996) no UNIVEM (Centro Universitário "Eurípides Soares da Rocha" de Marília-SP), mestre pela PUC (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo em 2001) e doutor pela ITE (Instituição Toledo de Ensino de Bauru em 2012). Advoga desde 1996.

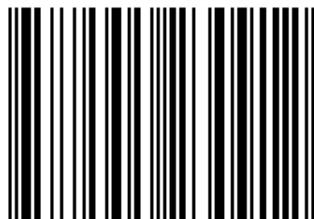
PROFA. DRA. VIVIANE COELHO DE SÉLLOS KNOERR.

Doutora em Direito do Estado e Mestre em Direito das Relações Sociais pela PUC-SP. Especialista em Direito Processual Civil pela PUCAMP. Coordenadora e Professora do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA.

PROF. DR. WAGNER MENEZES.

Professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP - no programa de graduação e pós-graduação em Direito. Mestre (PUCPR), Doutor (USP), Pós-doutor (UNIVERSIDADE DE PÁDOVA - ITALIA) e Livre-Docente (USP). Realizou pesquisa e estágio junto ao Tribunal Internacional Sobre Direito do Mar - Hamburgo, Alemanha - ITLOS (2007). Atualmente é árbitro do Tribunal do Mercosul (Protocolo de Olivos) - Presidente da ABDI - Academia Brasileira de Direito internacional; Coordenador do Congresso Brasileiro de Direito Internacional; Membro da Sociedade Brasileira de Direito Internacional - Diretor executivo da Sociedade Latino Americana de Direito Internacional (SLADI). Editor-Chefe do Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional (Revista jurídica fundada em 1915) e dirige junto a Universidade de São Paulo o Núcleo de Estudos em Tribunais Internacionais - NETI.

ISBN 978-85-5523-091-2



9 788555 230912 >