

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS**

**Programa de Pós-graduação em Direito**

**AUTONOMIA PRIVADA E DIREITOS FUNDAMENTAIS: mediação em  
Direito de Família e Estado Democrático de Direito**

**João Bosco Dutra Ferreira**

**Belo Horizonte**

**2009**

**João Bosco Dutra Ferreira**

**AUTONOMIA PRIVADA E DIREITOS FUNDAMENTAIS: mediação em  
Direito de Família e Estado Democrático de Direito**

**Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.**

**Orientador: Prof. Dr. Walsir Edson Rodrigues Júnior**

**Belo Horizonte**

**2009**

## FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

F383a Ferreira, João Bosco Dutra  
Autonomia privada e direitos fundamentais : mediação em direito de família e estado democrático de direito / João Bosco Dutra Ferreira. Belo Horizonte, 2009. 153f.

Orientador: Walsir Edson Rodrigues Júnior  
Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Direito de família. 2. Mediação familiar. 3. Direitos fundamentais. 4. Autonomia. 5. Justiça. I. Rodrigues Júnior, Walsir Edson. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 347.6

**João Bosco Dutra Ferreira**

**AUTONOMIA PRIVADA E DIREITOS FUNDAMENTAIS: mediação em  
Direito de Família e Estado Democrático de Direito**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

---

**Prof. Dr. Walsir Edson Rodrigues Júnior (Orientador)**

---

**Prof. Dr. Bruno Torquato de Oliveira Naves (PUC Minas)**

---

**Prof. Dr. Giordano Bruno Soares Roberto (UFMG)**

**Belo Horizonte, \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2009**

**Dedico este trabalho à professora que me incentivou a conhecer um pouco melhor uma tal Hannah, um certo Walter, um venturoso Boaventura, entre tantas mentes brilhantes.**

**Bem-aventurada seja,**

**Prof<sup>a</sup>. Dra. Lusia Ribeiro Pereira.**

**Um agradecimento especial ao Professor Dr. Walsir Edson Rodrigues Júnior, Orientador deste trabalho, por ser e parecer grande mestre.**

**Aos colegas e amigos, pelo compartilhamento de experiências e afeto,**

**a todos os professores do IEC-PUC Minas, onde uma aventura pode se tornar ventura,**

**aos ilustres professores do Curso de Pós-graduação em Direito da PUC Minas, pelo tanto que me ensinaram,**

**aos funcionários das Bibliotecas da PUC Minas, especialmente da PUC BH e da PUC Praça da Liberdade, pela diligência e solícitude com que sempre atendem a todos,**

**à minha família, sem a qual a mais ninguém, sobretudo pela compreensão das ausências,**

**agradeço.**

**"Falando à multidão, [Deus] anunciou: 'A partir de hoje chamar-me-eis Justiça.' E a multidão respondeu-lhe: 'Justiça, já nós a temos, e não nos atende.' Disse Deus: 'Sendo assim, tomarei o nome de Direito.' E a multidão tornou a responder-lhe: 'Direito, já nós o temos, e não nos conhece.' E Deus: 'Nesse caso, ficarei com o nome de Caridade, que é um nome bonito.' Disse a multidão: 'Não necessitamos caridade, o que queremos é uma Justiça que se cumpra e um Direito que nos respeite.'"**

**José Saramago**

## RESUMO

Esta dissertação apresenta os resultados de pesquisas e reflexões sobre o Direito de Família na atualidade e sua contextualização nas esferas pública e privada. As primeiras análises debruçaram-se sobre os direitos fundamentais, a autonomia privada e teorias da justiça. Como meio de acesso à Justiça, fez-se a integração da autonomia privada e os direitos fundamentais, desenvolvendo-se uma teoria geral da mediação, com ênfase à mediação familiar. Abordaram-se preliminarmente aspectos da Teoria Geral de Direito Privado necessários ao subsídio de uma teoria geral da mediação. Concluiu-se pela necessidade de uma ênfase à reconstrução da autonomia do sujeito contemporâneo por meio de uma pedagogia orientada pela ética do discurso e pela atuação da família como comunidade ética; porém, não se furtou a uma crítica do ensino formal que deveria, prioritariamente, educar em vez de instruir. Em uma perspectiva civil-constitucional, verificou-se que a mediação é aplicável aos conflitos familiares, segundo o princípio da autonomia privada e como forma de afirmação dos direitos fundamentais, no contexto do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Direito de Família; mediação; direitos fundamentais; autonomia privada; justiça.

## **ABSTRACT**

The present assignment presents results of investigations and reflections about Family Law nowadays and its position in the public and private spheres. The first analysis was concerned about human rights, private autonomy and theories of justice. As an instrument to integrate private autonomy and human rights, was developed a general theory of mediation. Preliminarily it was done a succinct approach on necessary points of the General Theory of Private Law to support the general theory of mediation. It was concluded by the necessity of an emphasis on the contemporary person's autonomy reconstruction - through a pedagogical way focused on the ethics of the discourse and on the family as an ethics community. Also it was done an essay about the formal teaching that should be guided with priority by education not merely by instruction. In a civil-constitutional way it was concluded that mediation is able to be applied in familial conflicts, according to the private autonomy principle, and to affirm the human rights in the context of the Democratic State of Law.

Key-words: Family Law; mediation; human rights; private autonomy; justice.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	<b>10</b>
<b>2 DIREITOS FUNDAMENTAIS, JUSTIÇA E DEMOCRACIA</b> .....	<b>12</b>
2.1 Direitos fundamentais, direitos humanos e liberdades públicas .....	12
2.1.1 <i>A afirmação e a evolução dos direitos fundamentais</i> .....	15
2.1.2 <i>A eficácia dos direitos fundamentais</i> .....	18
2.1.3 <i>Constitucionalização e Drittwirkung</i> .....	23
2.2 Justiça - algumas teorias .....	30
2.2.1 <i>A justiça de Aristóteles - Teoria das virtudes</i> .....	31
2.2.2 <i>A filosofia kantiana</i> .....	32
2.2.3 <i>A justiça como equidade</i> .....	36
2.2.4 <i>Justiça ou ética? - teorias contemporâneas e (re)conciliatórias</i> .....	42
2.3 Estado e democracia .....	47
2.3.1 A democracia e a evolução do Estado .....	48
2.3.1.1 <u>Estado Liberal de Direito</u> .....	49
2.3.1.2 <u>Estado Social de Direito</u> .....	51
2.3.1.3 <u>Estado Democrático de Direito</u> .....	53
2.3.2 <i>Estado, Direito e realidade brasileira</i> .....	54
2.3.3 <i>Requisitos paradigmáticos do Estado Democrático de Direito</i> .....	55
2.3.3.1 <u>A teoria discursiva do direito</u> .....	56
2.3.3.2 <u>A sociedade aberta dos intérpretes da constituição</u> .....	58
2.3.3.3 <u>O acesso à Justiça</u> .....	61
2.4 Direitos fundamentais, justiça e democracia - uma circularidade .....	62
<b>3 A CONSTRUÇÃO DA AUTONOMIA DO SUJEITO CONTEMPORÂNEO</b> ...	<b>64</b>
3.1 Autonomia da vontade e autonomia privada .....	65
3.2 Autonomia privada - características e fundamentos .....	67
3.3 As situações jurídicas .....	69
3.3.1 <i>Situações jurídicas patrimoniais - a autonomia do ter</i> .....	70
3.3.2 <i>Situações jurídicas existenciais - a autonomia do ser</i> .....	72
3.4 O negócio jurídico .....	74
3.5 Autonomia, individualismo e subjetividade .....	75

<b>4 MEDIAÇÃO - ENTRE O DIREITO E A FAMÍLIA</b> .....	<b>80</b>
4.1 A família e o Direito .....	80
4.1.1 <i>A família no tempo</i> .....	81
4.1.2. <i>O direito de família - entre o público e o privado</i> .....	86
4.1.3 <i>Direitos da família e pós-modernidade</i> .....	88
4.2 Alternativas para o Direito .....	89
4.2.1 <i>Negociação</i> .....	91
4.2.2 <i>Conciliação</i> .....	92
4.2.3 <i>Arbitragem</i> .....	92
4.2.4 <i>Outros meios de resolução de conflitos</i> .....	93
4.3 <i>Mediação</i> .....	94
4.3.1 <i>Mediação - teoria geral</i> .....	94
4.3.1.1 <u>Conceituação</u> .....	95
4.3.1.2 <u>Características, elementos e classificação</u> .....	96
4.3.1.3 <u>Objeto e objetivos</u> .....	99
4.3.1.4 <u>Princípios</u> .....	100
4.3.2 <i>Mediação e Processo</i> .....	103
4.3.3 <i>Mediação em Direito de Família</i> .....	104
4.3.3.1 <u>Mediação e separação de casais</u> .....	106
4.3.3.2 <u>Mediação e filhos menores - alimentos, guarda e visita</u> .....	107
4.3.3.3 <u>Mediação e patrimônio</u> .....	108
4.4. <i>Mediação na atualidade - a realidade brasileira</i> .....	109
<b>5 MEDIAÇÃO, AUTONOMIA E DIREITOS FUNDAMENTAIS</b> .....	<b>111</b>
5.1 Novos princípios para a mediação .....	112
5.1.1 <i>Afetividade</i> .....	112
5.1.2 <i>Alteridade</i> .....	115
5.1.3 <i>Inclusão - para além da tolerância</i> .....	116
5.1.4 <i>Responsabilidade</i> .....	118
5.2 <i>Direitos fundamentais, autonomia privada e relações familiares</i> .....	119
5.3 <i>Mediação - nova ética ou novo ethos?</i> .....	121
5.3.1 <i>Por uma nova pedagogia - da linguagem ao discurso</i> .....	122
5.3.2 <i>A família como comunidade ética</i> .....	125
<b>6 CONCLUSÃO</b> .....	<b>127</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>130</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Uma das questões mais inquietantes ao espírito humano e das mais difíceis de serem respondidas refere-se à justiça. Em que medida ela se realiza? Em que medida o sujeito contemporâneo desempenha seu papel para a realização da justiça? Por que seguir uma regra? Por que a Lei deve ser obedecida?

A partir de tais inquietações procurou-se elaborar uma pesquisa e construir um trabalho sintonizados com os objetivos e propósitos do Curso de Pós-graduação em Direito da PUC Minas - reconstrução dos paradigmas do Direito Privado no contexto do Estado Democrático de Direito. Para tanto, trabalhou-se a autonomia, tão cara ao Direito Privado, porém, conformando-lhe à realidade dos direitos fundamentais. Em um recorte epistemológico, buscou-se a mediação familiar como *locus* para a análise da permanente tensão entre o público e o privado, onde os direitos fundamentais e a autonomia privada têm, forçosamente, que se manifestar em um equilíbrio reflexo para que haja justiça.

À moda de uma trilogia social, filosófica e jurídica, procurou-se dividir o trabalho. Destacou-se de início o pano de fundo, o contexto onde se vai trabalhar a mediação e situar o sujeito, consagrando-se o primeiro módulo aos direitos fundamentais, à justiça e à democracia. Em uma segunda parte, tratou-se do sujeito contemporâneo, particularmente no tocante à (re)construção da sua autonomia. No terceiro módulo, buscou-se a teoria da mediação, como uma forma de realização do sujeito contemporâneo, em seus ideais de justiça, no contexto do Estado Democrático de Direito.

Englobando a trilogia, a última parte cuida da inter-relação dos três módulos anteriores, como, numa perspectiva euclidiana, fosse tratado da terra, do homem e da luta, isto é, do pano de fundo, do sujeito e da busca pela justiça.

Os módulos são individualizados e, por isso, há marcos distintos para cada um deles. Porém, procurou-se permear todo o trabalho com a idéia da comunidade de comunicadores e do direito ético como requisitos para se chegar à justiça.

Procura-se responder às seguintes questões: em que medida a mediação familiar, ancorada na autonomia privada em equilíbrio com os direitos fundamentais, possibilita a realização da justiça no contexto do Estado Democrático de Direito? Como deveria ser uma teoria geral da mediação para atender aos anseios da

justiça? Além dessas, foi abordado um conjunto de pequenas dúvidas a respeito da condição humana no contexto ético, social e jurídico atual. Tais reflexões reforçaram a conclusão de que o ser humano só se realiza na integralidade da sua individuação e da intersubjetividade, por meio da prática discursiva.

Ressalta-se a pretensão do autor no sentido de trabalhar com todas as disciplinas ministradas no referido Curso de Pós-graduação, trazendo-as para o mundo da mediação - conhecimento válido é conhecimento aplicado e compartilhado. E, se se propugna pela formação integral, pela busca de uma nova ética, de um novo *ethos*, para o sujeito contemporâneo, há que se incursionar por todas as disciplinas que lhe envolvem, seja no âmbito sociopolítico, seja no âmbito filosófico-jurídico.

Merece destaque o caráter ternário desse trabalho, não proposital, ao menos de início, mas que acabou por ganhar tal feição, pois todos os grandes temas podem ser agrupados ternariamente. Como exemplo, os direitos fundamentais e suas três gerações clássicas; as três idéias de justiça que foram apresentadas e que se reconciliam na idéia de Habermas; os três paradigmas do Estado de Direito; e, finalmente, os novos princípios propostos à mediação. Apesar de se tratar de quatro princípios, a realização de cada um deles é condicionada à concretização dos outros três, indissociadamente. Seria a influência das lições preliminares - direito como fato, valor e norma? Seriam os ensinamentos do Pe. Vaz - comunidade como uma matriz de três termos, o princípio ordenador, o modelo de ordem e os elementos ordenados? Seria pela obra de Hannah Arendt - procurando-se o presente, perdido entre o passado e o futuro? Seria um princípio reflexo da mediação que também é ternária - as partes e o mediador? Seria uma busca pelo equilíbrio entre a autonomia privada, os direitos fundamentais e os meios de realização da justiça, dentre os quais se inscreve a mediação? Ou seria a assunção, ainda que inconsciente da estrutura ternária da família - função mãe, função pai e filhos? Essa não é a problematização proposta para o trabalho, mas que surgiu no decorrer da obra - questões que vieram por acréscimo. Procurou-se, se não as responder, ao menos refletir sobre elas.

No empenho de se tornar um Mestre, não se furtou a uma abordagem da educação como recurso essencial à afirmação dos direitos fundamentais, à necessária conformação da autonomia privada e ao aprendizado da mediação.

## 2 DIREITOS FUNDAMENTAIS, JUSTIÇA E DEMOCRACIA

Democracia se constrói com justiça, a partir da afirmação dos direitos fundamentais – “sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos.” (BOBBIO, 2004, p.1). É o que se propõe fundamentar, neste primeiro capítulo.

### 2.1 Direitos fundamentais, direitos humanos e liberdades públicas

Há um consenso elementar com respeito às categorias acima – trata-se de direitos, sejam do homem ou para o homem. (ASCENSÃO, 2006; BALLESTEROS, 1992; BOBBIO, 2004; COMPARATO, 2001; SALGADO, 1995; SAMPAIO, 2004). A doutrina tem sido pródiga na abordagem desses direitos, não havendo, porém, um consenso sobre sua conceituação e fundamentação. (SAMPALIO, 2004).

As liberdades públicas compreendem os direitos inerentes ao ser humano, que o Estado deve reconhecer, ordenar e respeitar, circunscrevendo-os no plano positivo, por meio da legislação. As liberdades públicas trouxeram em seu nascedouro uma forte conotação de direito negativo, delimitando as esferas dos poderes públicos na relação com o indivíduo ou com a sociedade. Contemporaneamente, têm sido acrescidas outras liberdades públicas, traduzidas em prestações ou ações positivas por parte do Estado em relação ao indivíduo ou à sociedade, sobretudo no campo social (BARROS, 2006; BITTAR, 2004; DINIZ, 1998b; JABUR, 2000). A conceituação acima apresenta forte viés naturalizante.

Os direitos humanos representam marcos de revoluções. São direitos que visam a proteção da pessoa humana abstratamente. Pode-se exemplificá-los por meio do *Bill of Rights*, da Declaração de Independência das 13 Colônias, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, ou da Declaração Universal dos Direitos do Homem. Tais direitos foram instituídos para assegurar, ainda que formalmente, a liberdade e a vida de todos os seres humanos. Na opinião de Bryan Tierney (2001, p.5), a idéia de direitos humanos é uma idéia moral. Não se refere a

direitos que as pessoas podem somente exercer em uma dada sociedade, mas a direitos que têm que ser reconhecidos em todas as sociedades, porque são indispensáveis para a realização de algumas necessidades e propósitos básicos do ser humano. Nesse mesmo sentido, afirma Salgado (1995).

Assim, os direitos humanos seriam os direitos fundamentais, a seguir estudados, quando aplicáveis à pessoa natural, pelo único fato de ser pessoa humana. (COMPARATO, 2001; TIERNEY, 2001).

Por sua vez, os direitos fundamentais, que se confundem com os direitos humanos, assim se manifestaram por serem formalizados nas constituições dos diversos Estados, compondo-lhes os respectivos ordenamentos jurídicos. Essa é uma opinião corrente, bastante reducionista. Porém, trazer os direitos fundamentais ao nível do direito positivo, restringindo-os aí, teria pouco fundamento, quando se precisa de muita afirmação. Em relação ao Estado Moderno,

os Direitos Fundamentais representam a constitucionalização daqueles Direitos Humanos que gozaram de alto grau de justificação ao longo da história dos discursos morais, que são, por isso, reconhecidos como condições para a construção e o exercício dos demais direitos. (GALUPPO, 2003, p.233).

Deve-se compreender aqui o alto grau de justificação como sendo diferente do *consensus omnium gentium* referido por Bobbio (2004, p.26). O alto grau de justificação é produto de construções<sup>1</sup> que irão atribuir aos direitos fundamentais, além de positividade e coercitividade, pretensão de legitimidade. (Galuppo, 2003, p.232). Isso lhes confere o caráter histórico e contingente, além de necessitarem de uma justificação racional, atendendo ao que Habermas (2003b, 2003c) denomina de tensão entre validade e facticidade.

Referindo-se à impossibilidade de atribuir um conceito conotativo absoluto aos Direitos Fundamentais, devido ao caráter histórico, contingente e à pretensão de validade, Marcelo Galuppo apresenta:

Direitos Fundamentais são os direitos que os cidadãos precisam reciprocamente reconhecer uns aos outros, em dado momento histórico, se quiserem que o direito por eles produzido seja legítimo, ou seja, democrático. (GALUPPO, 2003, p.236).

---

<sup>1</sup> Galuppo (2003, p.233), ao tratar da expressão “construções”, refere-se à obra “The postnational constellation”, de Jürgen Habermas.

Em outra via, há a distinção entre os direitos humanos e os direitos fundamentais sob o ponto de vista formal:

Enquanto aqueles [os direitos humanos] são tratados pela ciência do Direito como prerrogativas que se colocam até mesmo acima de qualquer ordem posta, estes [os direitos fundamentais] são o fundamento da ordem posta. Os direitos humanos são anteriores aos direitos fundamentais ou podem até mesmo surgir concomitantemente com eles, mas são tratados didaticamente como prerrogativas materiais, que se aproximam do senso ético ou moral, já com vestes de juridicidade. (...) Já os direitos fundamentais são declarados formalmente pelos ordenamentos jurídicos. (BROCHADO, 2006, p.124).

Finalmente, os direitos da personalidade seriam todos os direitos integrantes, explícita ou implicitamente, do ordenamento jurídico que visam dar conteúdo à personalidade (CUPIS, 2004, p.23). Porém, “na linguagem jurídica, esta denominação é reservada aos direitos subjetivos, cuja função, relativamente à personalidade, é especial, constituindo o *minimum* necessário e imprescindível ao seu conteúdo.” (CUPIS, 2004, p.24). Assim Orlando Gomes conceitua tais direitos:

Sob a denominação de direitos da personalidade, compreendem-se direitos essenciais à pessoa humana, que a doutrina moderna preconiza e disciplina, a fim de resguardar a sua dignidade. (GOMES, 1999, p.148). No Projeto<sup>2</sup> brasileiro, mencionam-se os direitos à vida, à honra e à liberdade, em caráter exemplificativo, e se disciplinam os atos de disposição do próprio corpo, vivo ou morto, o tratamento, o exame e a perícia médicos, o direito à imagem, o direito moral do autor e o direito ao nome. (GOMES, 1966, p.5).

Reiterando a conceituação acima, os direitos da personalidade não representam *numerus clausus*, nem no Código Civil, tampouco na Constituição. Buscando uma distinção entre as categorias dos direitos humanos/fundamentais e direitos da personalidade, Gustavo Tepedino, baseando-se em Fabio de Mattia<sup>3</sup>, considera que

os direitos humanos são, em princípio, os mesmos da personalidade; mas deve-se entender que, quando se fala dos direitos humanos, referimo-nos aos direitos essenciais do indivíduo em relação ao direito público, quando desejamos protegê-los contra as arbitrariedades do Estado. Quando examinamos os direitos da personalidade, sem dúvida nos encontramos diante dos mesmos direitos, porém sob o ângulo do direito privado, ou seja, relações entre particulares, devendo-se, pois, defendê-los frente aos atentados perpetrados por outras pessoas. (TEPEDINO, 2004, p.33).

---

<sup>2</sup> Projeto de Orlando Gomes para substituir o Código Civil de 1916, que não teve prosseguimento.

<sup>3</sup> Um dos responsáveis pela conceituação de direitos da personalidade na Enciclopédia Saraiva do Direito (1979).

José de Oliveira Ascensão (2006) nega a identidade entre os direitos fundamentais e os direitos da personalidade. O autor também vai mais longe, negando até a tutela plena dos direitos da personalidade, mesmo quando integrados aos direitos fundamentais. Ao se confrontarem os elencos dos direitos fundamentais com aqueles dos direitos da personalidade, tal qual uma interseção de dois círculos, não haveria total coincidência, “algo fica de fora”. (ASCENSÃO, 2006, p.46). A resposta é buscada na essência de cada uma dessas categorias. No núcleo dos direitos da personalidade figura a defesa da dignidade da pessoa humana. Por outro lado, a base dos direitos fundamentais está na “conformação de relações que se desenvolvem na sociedade politicamente organizada.” (ASCENSÃO, 2006, p.46 e seg.). Enquanto os direitos da personalidade se voltam, sobretudo, à realização da pessoa como indivíduo, sem menosprezar o solidarismo, os direitos fundamentais buscam garantir uma harmonização da comunidade, a paz social.

Doravante, tendo por marco trabalhos mais contemporâneos (COMPARATO, 2001; SAMPAIO, 2004), que remetem aos clássicos de todos os tempos sobre o tema, as expressões *direitos humanos* e *direitos fundamentais* serão tratadas sem distinção, com predileção por essa última. Uma forte razão da preferência tem fulcro na Constituição Brasileira que consagrou a era dos direitos fundamentais, como é corrente em seu texto. A expressão *direitos fundamentais* traz uma idéia de maior abrangência, tomando-se o ser humano não somente como o indivíduo em si mesmo considerado, mas toda a sociedade, em relações reflexas, recíprocas e solidárias. Também, os direitos fundamentais, ao possuírem características de positividade, coercitividade e pretensão de legitimidade, estão em maior sintonia com a época em que se vive, com o Estado no qual se deseja viver.

### **2.1.1 A afirmação e a evolução dos direitos fundamentais**

Os direitos fundamentais têm a sua afirmação atrelada a três momentos distintos: o seu surgimento nas declarações, como idéia ou consciência; a sua positivação nos ordenamentos, como formalização; e a sua realização na ação prática, traduzida por concreção e eficácia. (SALGADO, 1995, p.16). Segundo o grau

de evolução, as categorias de direitos fundamentais podem se apresentar simultaneamente, mas em fases distintas de afirmação.

O surgimento dos direitos fundamentais, a partir de marcos revolucionários, caracteriza-os como datados. Por surgimento dos direitos compreende-se a assunção de significados mais precisos e isso se deu “no trânsito da Idade Média para a Idade Moderna”. (SAMPAIO, 2004, p.141).

A partir do século XI, o Feudalismo sofreu alterações em seu poder político e econômico. Houve uma reivindicação, por parte do rei, de seu antigo e soberano poder que se encontrava distribuído entre o clero e a nobreza. Foi precisamente contra os abusos dessa reconcentração de poder que surgiram as primeiras manifestações de rebeldia, com destaque para a Declaração das Cortes de Leão, de 1188, na Península Ibérica e para a Magna Carta, de 1215, na Inglaterra. (COMPARATO, 2001). Novos movimentos importantes para a datação do surgimento dos direitos fundamentais foram as declarações de afirmação e nascimento dos Estados-nações, França e Estados Unidos, respectivamente. (SAMPAIO, 2004, p.149).

Os direitos fundamentais podem ser classificados, segundo o seu surgimento e evolução no tempo, a partir de seu conteúdo essencial. Habermas (2003b, p.107) menciona a classificação de T.H. Marshall, que os dividiu em três classes, em direitos civis, políticos e sociais. Os primeiros seriam os direitos liberais de defesa que protegeriam o sujeito de direito privado em face do Estado, garantindo os direitos à vida, à liberdade e à propriedade. Os segundos permitiriam ao cidadão ativo a participação no processo político. E os últimos assegurariam um rendimento mínimo, no plano econômico, e, no plano social, segurança.

Seguindo a doutrina geral<sup>4</sup>, Lorenzetti (1998, p.151) classifica os direitos fundamentais em graus ou gerações, registrando uma evolução histórica. Assim, tem-se, como primeira geração, a liberdade negativa. Cuida-se de pôr limites à atividade do Estado, uma reação ao absolutismo, à tirania, à arbitrariedade. Os principais exemplos são os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à integridade física. A segunda geração trata dos direitos econômico-sociais que refletem o paradigma do Estado Social e dizem respeito ao direito ao trabalho, a uma habitação

---

<sup>4</sup> Os primeiros trabalhos que se tem conhecimento a conferir as dimensões geracionais aos direitos humanos foram de T.H.Marshall, em 1963 e Karel Vasak, em 1979, conforme a obra de Sampaio (2004, p.259).

digna, à saúde. Se os direitos da primeira geração representavam uma necessidade de abstenção do Estado ante o indivíduo, os direitos sociais representam exatamente o contrário. Carecem da intervenção efetiva do Estado para se implementarem e têm sido os mais marcadamente não-afirmados dentre os direitos fundamentais. Como terceira geração, apresentam-se os direitos difusos e outros coletivos, com a maior parte deles sempre interessantes a uma coletividade em geral, isto é, de titularidade difusa. Exemplifica-se com o direito a uma boa qualidade de vida, à proteção do meio ambiente, à proteção do consumidor, entre outros. Por fim, como quarta geração, têm-se os direitos derivados da liberdade que podem ser nominados como o direito de ser diferente. Estão relacionados à liberdade de se decidir como ser, como agir, como se manifestar. Como exemplos cita-se o direito à homossexualidade, à troca de sexo, ao aborto, ao suicídio assistido, à eutanásia, ao casamento homossexual, dentre outros. (LORENZETTI, 1998, p.151 e seg.).

Como as cartas constitucionais que positivaram tais direitos sempre realçaram a necessidade e o compromisso dos Estados com a sua implementação, fala-se também num direito ao desenvolvimento. Para Perlingieri (2002, p.158), saúde é a integridade psicofísica, traduzida como o livre e saudável desenvolvimento da pessoa humana. Trata-se, então, do direito ao desenvolvimento, um direito fundamental, a permear todas as gerações acima apresentadas.

Sarlet (2007, p.54 e seg.) prefere o termo dimensões a gerações, certamente valorizando não só a época de nascimento dos direitos, mas também as suas características, o seu conteúdo.

Ao tratar das ondas geracionais dos direitos fundamentais, Sampaio (2004) produz uma análise bastante aprofundada da questão, apresentando as proximidades e pontos de divergências na doutrina, com respeito à classificação daqueles direitos, além de apresentar uma crítica, mediante objeções e defesas, a cada grupo. Na referida obra, Sampaio (2004), além de apresentar e analisar os direitos fundamentais, também reúne aos aspectos históricos uma abordagem filosófica, sobretudo em relação aos direitos sociais. Os direitos fundamentais são apresentados em gerações, à semelhança das classes e graus, já mencionados, em Habermas (2003b) e Lorenzetti (1998), respectivamente. São reconhecidas as três gerações clássicas, acrescentando-se uma quarta geração de direitos que

transcenderia<sup>5</sup> o âmbito de um Estado, do Estado-nação soberano e singular, vinculando todos os Estados mundiais. Na mesma obra, também se fala de direitos de quinta geração, que englobariam o direito de ser diferente, já mencionado, que para Lorenzetti (1998), vinculam-se à quarta geração.

Para outros autores, os direitos de quarta geração compreenderiam, por exemplo, direitos de solidariedade, direito à paz, a um meio ambiente saudável e àqueles oriundos dos avanços bio-tecnológicos. (BROCHADO, 2006, p.125).

A despeito da busca da conceituação, da fundamentação e da classificação, torna-se, a cada dia, mais necessária a luta pela eficácia dos direitos fundamentais. Esse, sim, o grande desafio de ordem mundial.

### **2.1.2 A eficácia dos direitos fundamentais**

Primeiramente, deve-se proceder à conceituação de eficácia. Em sentido amplo, eficácia é a capacidade, em potência e em ato, de produzir efeitos no mundo jurídico. Essa capacidade da norma de produzir efeitos está vinculada a certos requisitos que podem ser de ordem material ou de ordem jurídica. O atendimento aos requisitos de ordem material ou fática confere a uma norma a eficácia social ou efetividade. Como exemplo, cita-se uma determinada norma que obrigue o trabalhador a usar um aparelho de proteção a sua integridade física. Caso esse aparelho possa ser encontrado no mercado, as condições materiais ou fáticas para a produção dos efeitos desejados será atendida, e a norma terá eficácia social, ou efetividade. Por outro lado, a eficácia técnica pressupõe uma aptidão genérica, bem ampla, para produzir efeitos, condicionada à existência ou o preenchimento de requisitos de caráter técnico-normativo para a sua satisfação. Como exemplo, pode-se citar a norma que prescreva a inafiançabilidade dos crimes hediondos. Porém, pode acontecer de tal norma deixar a cargo de outra norma a definição do que seja crime hediondo ou o arrolamento de tais crimes. Enquanto essa segunda norma não existir, a primeira ficará sem eficácia técnico-normativa, apesar de ser norma válida, vigente, integrando perfeitamente o ordenamento jurídico-positivo. Também se fala

---

<sup>5</sup> Recomenda-se o trabalho de Milene Consenso Tonetto (2006).

em efeito ideológico, quando determinada norma pertence ao ordenamento mas não é rigorosamente observada, limitando-se a amainar um clamor social. Tércio Ferraz Júnior dá o exemplo da lei que instituiu o Salário Mínimo. Todos - a população em geral - sabem que os valores adotados não são suficientes. Mas, todos, ou uma maioria, reconhecem que seria muito difícil, dadas as peculiaridades econômicas do Brasil, cumprir rigorosamente tal lei sem haver um tumulto nas relações econômico-sociais. A constitucionalização de tal lei, de tal direito, já traz em si uma certa eficácia, porém, de matriz puramente ideológica. (FERRAZ JÚNIOR, 1994, p.196).

Aqui não será feita uma distinção rigorosa sobre o duplo aspecto da eficácia, que será tratada indistintamente como eficácia social ou técnica. Isso, porque, em matéria de direitos humanos muitas normas não são efetivamente implementadas ou respeitadas, produzindo sequer aquele pequeno efeito tratado acima, que é o efeito puramente ideológico. A propósito, recorda-se uma passagem bem interessante da obra de Graciliano Ramos, referindo-se a direitos políticos: "(...) desde que me entendo, vejo eleitores e urnas. Às vezes, suprimem os eleitores e as urnas, bastam livros. Mas é bom um cidadão pensar que tem influência no governo, embora não tenha nenhuma." (RAMOS, 2008, p.77).

Outro aspecto prévio, importante à discussão sobre a eficácia dos direitos fundamentais: trata-se das características dos direitos fundamentais consagrados na Constituição brasileira. Encontra-se na obra de Luís Roberto Barroso três tipos de normas de direitos fundamentais no nosso direito constitucional positivo:

- A. Normas constitucionais que têm por objetivo organizar o exercício do poder político: **NORMAS CONSTITUCIONAIS DE ORGANIZAÇÃO**;
- B. Normas constitucionais que têm por objeto fixar direitos fundamentais dos indivíduos: **NORMAS CONSTITUCIONAIS DEFINIDORAS DE DIREITO**;
- C. Normas constitucionais que têm por objeto traçar os fins públicos a serem alcançados pelo Estado: **NORMAS CONSTITUCIONAIS PROGRAMÁTICAS**. (BARROSO, 2006, p.90).

É interessante observar que, de acordo com a conceituação de eficácia apresentada e a classificação acima, já se poderia ter uma primeira resposta à reflexão inicial de qual a situação dos direitos fundamentais no Brasil. Os direitos fundamentais que carecem de normas de organização, complementares, ou aqueles vinculados a normas programáticas, por óbvio, não têm eficácia imediata, seja eficácia social, seja técnico-normativa. Quanto aos direitos fundamentais positivados por normas definidoras de direitos, desde que se permita o seu reconhecimento com

ares de direitos subjetivos, têm, provavelmente, eficácia imediata, tanto no plano social, como no plano técnico-normativo, ao menos é o preceito do §1º, art.5º da Constituição da República<sup>6</sup>. Foram feitas duas ressalvas, uma com respeito aos direitos fundamentais como direitos subjetivos e a outra quanto à eficácia imediata dos direitos fundamentais. Isto, porque o reconhecimento dos direitos fundamentais como direitos subjetivos não está pacificado<sup>7</sup> e, como se verá na crítica a seguir, uma gama extensa e importante de direitos fundamentais apresenta-se sem eficácia, apesar de estarem perfeitamente constitucionalizados por meio de normas definidoras de direitos. É necessário aprofundar-se na reflexão de como - e por que - os direitos fundamentais se inseriram no ordenamento, quais as circunstâncias sociais a que deverão se ajustar e sob quais critérios isso deverá ser concretizado.

Fazendo-se uma analogia com a idéia de Brochado (2006, p.127), os direitos fundamentais poderiam ser agrupados em duas categorias, a dos direitos-fim e a dos direitos-meio. Os direitos-fim seriam aqueles necessários para se garantir o livre e saudável desenvolvimento do indivíduo, em si mesmo considerado, como sujeito ativo de relações sociais e assujeitado a elas. Tais direitos, baseando-se na classificação anteriormente apresentada, estariam constitucionalmente assegurados pelas normas definidoras de direitos e, em princípio, teriam eficácia plena e imediata. Por outro lado, as garantias e princípios processuais enunciados (não exhaustivamente) na Constituição brasileira seriam exemplos de direitos-meio. Trata-se também de direitos necessários para se alcançar a eficácia dos demais.

Com respeito às várias funções a que os direitos fundamentais podem se destinar, Sarlet (2007, p.272) os classifica em dois grandes grupos. No primeiro, estariam os direitos de defesa, compreendendo os direitos de liberdade, de igualdade, as garantias e, segundo o mesmo autor, a parte dos direitos sociais que seriam as liberdades sociais e os direitos políticos. No segundo grupo, encontram-se os direitos a prestações, compreendendo os direitos à proteção, à participação na organização e procedimento estatais e os sociais de natureza prestacional. Em outras palavras,

---

<sup>6</sup> Art. 5º, § 1º: "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata." (BRASIL, 2007, p.30).

<sup>7</sup> Recomenda-se a obra de Jesús Ballesteros (1992), "Derechos Humanos".

Se os direitos de defesa, como dirigidos, em regra, a uma abstenção por parte do Estado, assumem habitualmente a feição de direitos subjetivos, inexistindo maior controvérsia em torno de sua aplicabilidade imediata e justiciabilidade, o mesmo não ocorre com o direito a prestações. Estes, por exigirem um comportamento ativo dos destinatários, suscitam dificuldades diversas, que levaram boa parte dos autores a negar-lhes aplicabilidade imediata e, em razão disto, plena eficácia. (SARLET, 2007, p.272).

Outra dificuldade que se apresenta à efetivação dos direitos fundamentais diz respeito às novas características do Ordenamento Jurídico. Hoje, o ordenamento caracteriza-se por ser um sistema aberto, constituído por regras e princípios, preenchidos por cláusulas gerais e conceitos indeterminados. (NAVES, 2003a). Para um ordenamento contemporâneo, é necessária uma mudança de tratamento, uma postura também sintonizada com a contemporaneidade por parte de todo o sistema judiciário. Deve-se compreender por sistema judiciário todo um complexo de julgamento de conflitos, de elaboração de leis, de interpretação das leis e da Constituição, além da Segurança Pública, da Investigação Criminal, do Sistema Prisional, da Defensoria Pública, do Ministério Público, da Advocacia, dentre outros. (DELGADO, 2004). Na questão levantada por Álvaro Ricardo de Souza Cruz:

(...) como operar tal mudança diante de um quadro de direitos fundamentais positivados por princípios conceitualmente abertos e com sua aplicabilidade sustada por doutrinas obstaculizadoras de sua efetividade (não-congência e normas programáticas além dos limites da possibilidade orçamentária)? (CRUZ, 2001, p.225).

O autor oferece respostas mediante a adoção de um modelo de atuação do sistema judiciário sintonizado com o paradigma do Estado Democrático de Direito - tema a ser tratado em seção seguinte.

Um outro aspecto a influir diretamente na eficácia dos direitos fundamentais é o que Lorenzetti (1998, p.162) denominou de "inflação de direitos". No mesmo sentido, Ferraz Júnior (1988, p.170), inspirando-se em Luhmann, chamou de "trivialização":

(...) a proliferação de direitos fundamentais, a princípio, conjunto de supremos direitos individuais e, posteriormente, de direitos sociais, políticos, econômicos aos quais se acrescem hoje direitos ecológicos, direitos especiais das crianças, das mulheres, etc, provocou, progressivamente, a sua trivialização. Uma coisa se torna trivial quando perdemos a capacidade de diferenciá-la e avaliá-la, quando ela se torna tão comum que passamos a conviver com ela sem nos apercebermos disto, gerando, portanto, alta indiferença face às diferenças. (FERRAZ JÚNIOR, 1988, p.170).

A princípio, poderia parecer salutar a ampliação cada vez mais intensa do rol dos direitos fundamentais - todos estariam sendo atendidos em seus anseios e necessidades e a proteção seria, paradoxalmente, específica e generalizada. Porém, a proliferação dos direitos fundamentais mina-lhes a força da exigência. O resultado do fenômeno é a ineficácia. (LORENZETTI, 1998, p.162).

Pela leitura de Sampaio (2004), depreende-se que os direitos fundamentais, particularmente os coletivos, são fadados indubitavelmente à ineficácia. "Os direitos coletivos já nascem com o selo da ineficácia, motivada pelos limites reais que enfrenta o Direito Internacional - campo próprio para efetivação da maioria deles". (SAMPAIO, 2004, p.306). A situação econômica de muitas nações impediria a efetivação desses direitos, que ficariam na dependência de uma ação cooperativa transnacional, no campo econômico, e ainda provocariam um descrédito no sistema de direitos fundamentais, pela sua incapacidade de vincular condutas. Porém, a despeito do que se afirmou, a mera declaratividade desses direitos poderia ter um aspecto favorável - um apelo simbólico - que resultaria na mobilização nacional e internacional para a sua promoção. (SAMPAIO, 2004, p.306 e seg). Como consequência, teríamos uma aproximação do que Ferraz Júnior (1994, p.197) denominou de "eficácia social" ou "satisfação ideológica".

Ainda com respeito à ineficácia<sup>8</sup>, em uma conferência para juristas, Norberto Bobbio (2004, p.25) ressaltou que o problema contemporâneo grave em relação aos direitos do homem não era mais o de fundamentá-los, mas de protegê-los:

Com efeito, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é a sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados. (BOBBIO, 2004, p.25).

Pode-se concluir, a partir da obra de Comparato (2001, p. 445 e seg.), que a pouca eficácia dos direitos fundamentais deve-se a um descolamento da técnica que afirmou o capitalismo, com o predomínio do plano econômico, em relação à ética, que, incapaz de afirmar a política, muito colaborou para a submissão do plano social ao econômico.

---

<sup>8</sup> Em prol da afirmação e como remédio à ineficácia, Flávia Piovesan (2000) propugna pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos. Nesse sentido, a União Européia já mantém uma Corte para os Direitos Humanos.

### 2.1.3 Constitucionalização e *Drittwirkung*

Além da eficácia pública dos direitos fundamentais, é importante tratar-se da eficácia que se vai dizer sobre terceiros, ao se relacionarem tais direitos ao Direito Privado. De início, pensou-se em tratar os direitos fundamentais como substrato do Direito Privado. Um tanto de reflexão foi suficiente para se concluir pela precedência histórica do Direito Privado em relação aos direitos fundamentais. Se os direitos fundamentais são direitos datados, como marco de revoluções, com grande destaque para a Revolução Francesa, o Direito Privado mereceu registro muito anteriormente. (CORDEIRO, 2005, p.31). As *Institutas de Justiniano* já traziam em seu Título I, §4º, "Duas são as posições deste estudo: o público e o privado. Direito público é o que se refere à república Romana; privado é o direito que versa interesses dos particulares." (JUSTINIANO, 2005, p.22).

Em boa parte desse trabalho, tratou-se como direitos fundamentais aqueles direitos públicos oponíveis contra o Estado ou reivindicáveis perante ele. Essa premissa será reformulada adotando-se pensamento consentâneo a doutrinadores da atualidade, como, por exemplo, Moraes (1991), que atribui a delimitação entre Direito Público e Direito Privado ao fenômeno da sistematização manifestado na codificação napoleônica.

Após o que se discorreu sobre os direitos fundamentais, torna-se bem evidente o seu vínculo com o Direito Público. A questão agora será compreender o que é a esfera pública e o que é a esfera privada e a vinculação desses espaços jurídicos aos direitos fundamentais. As esferas pública e privada, ainda que distintamente visíveis, estão progressivamente se entrecruzando. A existência apartada dessas esferas é essencial ao Estado não-totalitário, embora a fronteira entre elas seja bastante nebulosa. (UBILLOS, 2003, p.305). As distinções clássicas<sup>9</sup> entre o Direito Público e o Privado baseadas na natureza da matéria ou das relações

---

<sup>9</sup> Caio Mário propugna pela distinção que associa elementos objetivo e subjetivo. O Direito Público teria por finalidade regular as relações dos Estados entre si, ou dos Estados com os seus súditos, procedendo de maneira soberana e atuando na tutela do bem coletivo. Já o Direito Privado seria o que disciplina as relações entre os indivíduos, com o predomínio imediato do interesse particular. (PEREIRA, 1999, p.13).

Orlando Gomes, por seu turno, abdica do interesse e do fulcro no sujeito, para buscar no aspecto formal a distinção. O critério objetivo adotado é essencialmente o econômico, portanto Direito Privado seria aquele pertinente às relações econômicas. (GOMES, 1999, p.14).

a serem reguladas ou pelas características das normas que regulam os distintos ramos têm ensejado novas caracterizações. Nesse sentido:

(...) o Direito Público seria o que protege interesses preponderantemente públicos, regulando relações jurídicas de subordinação; o Direito Privado diz respeito a interesses preponderantemente particulares, regulando relações jurídicas de coordenação. (BETIOLI, 1995, p.196).

Para Alexy (1997, p.511), a diferença entre os âmbitos público e privado se dá de acordo com a relação e com a titularidade dos direitos. Isto é, a relação Estado e cidadão, em que esse último é o titular de um direito fundamental, refere-se à esfera pública. Já uma relação entre cidadãos, em que ambos são titulares de direitos fundamentais, circunscreve-se à esfera privada.

Registra-se o trabalho, especialmente por ser de vanguarda, em que Michele Giorgianni, na década de 1960, já prognosticava a necessidade da publicização ou socialização do Direito Privado. Se esse ramo do Direito trazia um forte viés econômico desde o seu nascedouro, àquela época já se mostrava necessária a sua aderência à realidade social vigente. Ressaltou-se, ainda, a importante contribuição do Direito Privado ao impor o uso de seus instrumentos à atividade econômica do Estado e dos entes públicos. (GIORGIANNI, 1998).

No tocante à necessária socialização do Direito Privado e da intersecção desse com o Direito Público, novos doutrinadores também comungam das idéias acima. (CORDEIRO, 2005; TEPEDINO, 2004). Assim,

A interpenetração do direito público e do direito privado caracteriza a sociedade contemporânea, significando uma alteração profunda nas relações entre o cidadão e o estado. (...) Daí a inevitável alteração dos confins entre o direito público e o direito privado, de tal sorte que a distinção deixa de ser qualitativa e passa a ser quantitativa, nem sempre se podendo definir qual exatamente é o território do direito público e qual o território do direito privado. (TEPEDINO, 2004, p.19).

Ainda no aspecto da socialização, percebe-se cada vez mais crescente a necessidade de se despojar o Direito Privado do caráter eminentemente bilateral-individualista para o caráter de coletivo-socializado. Duas idéias merecem destaque, a primeira pugna pela busca no Código Civil, ou ainda, no Direito Privado, da tutela

dos direitos fundamentais<sup>10</sup>; a outra idéia diz respeito à necessária leitura do Código Civil, ou da aplicação do Direito Privado, à luz da Constituição. Sobre a proteção aos direitos fundamentais a partir do Direito Privado, Lorenzetti (1998) procura apresentar o Direito Privado como garantia de acesso a bens, como limite ao poder<sup>11</sup> e como proteção ao indivíduo. Sendo o indivíduo considerado, agora, como componente de relações não mais bilaterais, mas estruturais, respeitando-se, como se disse acima, o caráter de coletividade do Direito Privado.

Com respeito aos direitos fundamentais, sobretudo os da pessoa humana, que se encontram na Constituição e no Código Civil, há um questionamento interessante de Canotilho (2003, p.339-357): os pressupostos dos direitos fundamentais pessoais postos na Constituição são iguais aos pressupostos daqueles direitos positivados no Código Civil? A resposta seria negativa, uma vez que os direitos fundamentais são históricos e os diplomas legais em referência tiveram gêneses diversas, assim como diversas suas pretensões de validade e de abrangência. Porém, Tepedino (2003, p.130) refere-se à "espinhosa tarefa de temperar o desajuste legislativo", privilegiando-se o tratamento constitucional do Direito Civil.

Quanto ao tratamento constitucional do Direito Privado, no Brasil, a idéia ganhou força após a Constituição de 1988 e com o advento do novo Código Civil. Porém, como já se referiu ao trabalho de Giorgianni<sup>12</sup> - da década de 1960 - já se tratava das fronteiras atuais do Direito Privado, falando-se de constitucionalização e da "'função social' do direito subjetivo". (GIORGIANNI, 1998, p.45). Também merece referência a obra de Perlingieri (2002) a tratar do Direito Civil constitucional. No Brasil, vários doutrinadores deram destaque ao tema da constitucionalização do Direito Privado, com ênfase para Amaral (1994), Tepedino (2004), Sarlet (2003), Moraes (1991), Ribeiro<sup>13</sup> (1998), Lôbo (2003a), Fachin (2000), dentre outros. Ao se tratar dos novos valores prioritários na Constituição de 1988 - valores existenciais em detrimento do histórico patrimonialismo do direito civil - deve-se considerar que

---

<sup>10</sup> Na verdade, além da tutela, o Direito Privado também deve garantir instrumentalmente a realização de direitos fundamentais.

<sup>11</sup> O limite ao poder é tratado de forma genérica, tais como o poder Estado-indivíduo, Estado-coletividade, coletividade-cidadão, grupos-indivíduo, indivíduo-indivíduo, maiorias-minorias, dentre outros.

<sup>12</sup> O trabalho "O direito privado e suas atuais fronteiras", foi editado na Itália, em 1961. Toma-se por base a tradução para o Português, de 1998.

<sup>13</sup> Joaquim de Souza Ribeiro, autor português, em conferência cujo tema versava sobre constitucionalismo e o Código Civil brasileiro.

qualquer norma ou cláusula negocial, por mais insignificante que pareça, deve se coadunar e exprimir a normativa constitucional. Sob essa ótica, as normas de direito civil necessitam ser interpretadas como reflexo das normas constitucionais. A regulamentação da atividade privada (porque regulamentação da vida quotidiana) deve ser, em todos os seus momentos, expressão da indubitável opção constitucional de privilegiar a dignidade da pessoa humana. Em conseqüência, transforma-se o direito civil: de regulamentação da atividade econômica individual, entre homens livres e iguais, para regulamentação da vida social, na família, nas associações, nos grupos comunitários, onde quer que a personalidade humana melhor se desenvolva e sua dignidade seja mais amplamente tutelada. (MORAES, 1991, p.68).

Nesse mesmo sentido, Tepedino (2004), ao tratar da intervenção direta do Estado nas relações de Direito Privado<sup>14</sup>, procura demonstrar que não há um agigantamento do Direito Público, mas uma nova perspectiva de interpretação do direito:

A interpretação do direito público e do direito privado caracteriza a sociedade contemporânea, significando uma alteração profunda nas relações entre o cidadão e o Estado. (...) a perspectiva de interpretação civil-constitucional permite que sejam revigorados os institutos de direito civil, muitos deles defasados da realidade contemporânea e por isso mesmo relegados ao esquecimento e à ineficácia, repotencializando-os, de molde a torná-los compatíveis com as demandas sociais e econômicas da sociedade atual. (TEPEDINO, 2004, p.19 e 21).

Uma vez que também se comunga da constitucionalização do Direito Privado, deve-se retomar a questão da amplitude do fenômeno em relação à eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Propugna-se pela constitucionalização do Direito Privado e, por sua vez, os direitos fundamentais são constitucionais ou constitucionalizados. Portanto, já se adianta que os direitos fundamentais terão sempre eficácia sobre as relações privadas. A proposição seguinte será uma reflexão sobre a medida dessa eficácia, sob quais perspectivas ela se manifesta.

Os direitos fundamentais foram concebidos como direitos do indivíduo contra o Estado; isto é, na sua gênese, tinham por destinatário apenas o Estado. "Os direitos fundamentais eram vistos, deste modo, como um instituto específico das relações entre os indivíduos e o Estado, consagrado com um fim determinado: a salvaguarda da liberdade individual e social." (ANDRADE, 2003, p.273). A obrigatoriedade jurídica de respeito recíproco aos direitos fundamentais por parte

---

<sup>14</sup> Pensamento semelhante se encontra em Andrade (2003, p.271): "É necessário que o estado regule os mecanismos econômicos, proteja os fracos e desfavorecidos e promova as medidas necessárias à transformação da sociedade numa perspectiva comunitariamente assumida de progresso, de justiça e de bem estar."

dos concidadãos era assegurada pelo Estado, mas não era compreendida como ínsita a tais direitos fundamentais. A normatização garantidora e protetora daqueles direitos circunscrevia-se no âmbito do Direito Privado e do Direito Criminal. Se um indivíduo em suas relações particulares sofresse um atentado em sua integridade física, buscava-se tutela no Direito Penal. Se o caso fosse de uma lesão a direito real, buscava-se proteção no Direito Civil. Em ambos os exemplos, não se invocaria o direito fundamental, apesar de constitucionalizado. A situação começa a mudar com a força irradiante dos direitos fundamentais sobre todo o sistema jurídico. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais, como hoje é tratada, foi denominada eficácia sobre terceiros, ou *Drittwirkung*, e teve origem na Alemanha. Em 1954, a doutrina da *Drittwirkung* foi formulada por H.C.Nipperdey, em trabalho doutrinário. A partir de uma decisão de uma das seções do Tribunal Federal do Trabalho, de que o Juiz Nipperdey era o presidente, reconheceu-se a relevância direta dos direitos fundamentais sobre as relações privadas. Postulou-se que os direitos fundamentais contêm princípios ordenadores para a vida social de caráter vinculante e de aplicação imediata às relações jurídico-privadas. (UBILLOS, 2003, p.307). A razão de tal decisão residia na assimetria de poder econômico e social verificada naquele caso concreto. Assumiu-se que havia entidades privadas com tal poder econômico e social que as equiparavam ao Estado. Sendo, portanto, legítimo invocar certos direitos fundamentais, tais como, o direito à dignidade humana, ao livre desenvolvimento da personalidade, à não discriminação, o princípio da isonomia entre homens e mulheres, dentre outros. Aquele juiz também argumentava que se o legislador deixasse de concretizar, por meio de sua função legiferante, os valores e princípios constitucionais, o juiz poderia buscar diretamente na constituição a fundamentação para a solução dos casos concretos. (FACHINNI NETO, 2003, p.41). É interessante observar no pensamento de Nipperdey dois fenômenos jurídicos, quais sejam, a constitucionalização do direito civil e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Como toda idéia nova, e, a seu modo, revolucionária, a doutrina da eficácia sobre terceiros teve repercussões favoráveis e desfavoráveis. De início, houve aqueles que simplesmente negavam a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Também surgiu a questão se a eficácia seria imediata ou mediata, também denominada indireta. Na opinião de Ubillos (2003, p.307 e seg.), a doutrina alemã teria sido mais favorável à eficácia indireta. Essa condiciona a

aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas por meio da atuação legislativa ou judiciária, respectivamente, nos momentos de elaboração ou de aplicação da norma. A teoria da eficácia imediata pontua que, independentemente da existência de norma infraconstitucional, em questões envolvendo direitos fundamentais, esses são aplicados "como 'razão primária e justificadora' (não necessariamente a única) de uma determinada decisão." (UBILLOS, 2003, p.316-317). Em Alexy (1997, p.513-514), encontra-se que, independentemente da natureza da eficácia, se direta ou indireta, os resultados ou efeitos, da implicação dos direitos fundamentais, pela atividade jurisdicional, sobre as relações privadas serão sempre equivalentes.

Mendes (2008), ao tratar da eficácia mediata ou indireta, cita Dürrig, para quem uma aplicação direta dos direitos fundamentais poderia suprimir ou restringir demasiadamente o princípio da autonomia privada. Se o próprio sistema de direitos tem na liberdade o foco primordial, seriam os direitos fundamentais a fonte de autoridade e de legitimidade para os negócios jurídicos que não apresentassem conformação com tais direitos. Em continuidade, menciona Hesse, que busca na igualdade, como direito fundamental, a justificativa para seu pensamento, afirmando que a aplicação muito profunda da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas entre iguais operaria contra e a favor de ambos os partícipes da relação de Direito Privado.

Em resposta às posições tradicionais, que consideravam a eficácia imediata ou a indireta dos direitos fundamentais, ou até mesmo não eficácia de tais direitos no âmbito privado, surgiu na mesma Alemanha, berço da *Drittwirkung*, uma posição menos pura, porém mais conciliadora. Tratava-se de uma solução diferenciada, em que a eficácia dos direitos fundamentais sobre as relações privadas dependeria da situação *in concreto*. A vinculação do comportamento dos particulares a determinado direito fundamental estaria condicionada à análise cuidadosa do conteúdo concreto, à essência e à função da norma que previa tal direito. Não poderia haver o comprometimento do conteúdo essencial do direito. Assim como o legislador poderia impor restrições a um direito, o mesmo poderia ocorrer com os titulares do direito fundamental, porém, dentro de limites. O princípio da igualdade também valeria para os particulares, porém não poderia haver prejuízo intolerável à liberdade negocial ou à autonomia privada, como, por exemplo, a eliminação da liberdade de contratar. (ANDRADE, 2003, p.278-279).

Os direitos fundamentais estariam dirigidos, em princípio, às relações entre os particulares e o Estado. Mas, além do dever de abstenção com respeito à violação dos direitos fundamentais, o Estado também teria a obrigação de criar as condições de realização daqueles direitos. Incluindo-se a proteção deles quanto a violações externas, nas relações de particulares entre si. Porém,

Quer o legislador, ao fazer as leis reguladoras das relações jurídicas privadas, quer o juiz, ao resolver os conflitos entre particulares (designadamente os decorrentes de relações contratuais), enquanto poderes vinculados pelos direitos fundamentais, teriam sempre de ter em conta e de aplicar os preceitos constitucionais respectivos. (ANDRADE, 2003, p.279).

Ainda, por outro lado, segundo a opinião de Ubillos, no plano doutrinal a discussão não se encerrou. Encontra-se em dois os focos, ou seja, na modalidade ou tipo de eficácia dos direitos fundamentais sobre as relações privadas e na medida ou intensidade dessa eficácia. Mas, existe um amplo acordo em torno da idéia de que os direitos fundamentais tenham algum tipo de eficácia social e, admite-se de modo geral, que o reconhecimento dos direitos fundamentais implica conseqüências distintas para as esferas pública e privada. Isto é, têm eficácia sobre toda a ordem jurídica, mas não da mesma forma nem com a mesma intensidade. (UBILLOS, 2003, p.308).

Para Rufino do Vale, "o problema da eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações jurídicas entre particulares constitui o tema mais polêmico no contexto mais amplo da constitucionalização do direito privado." (VALE, 2008).

No Brasil, um dos maiores expoentes na defesa da eficácia dos direitos fundamentais de forma imediata e em todos os níveis jurídicos é Sarlet (2007), buscando fundamentação constitucional tanto no art. 5º, § 1º, da Constituição da República brasileira, como em seus princípios gerais, como, por exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana. Portanto, a Constituição assume uma presunção de aplicação imediata, outorgando aos direitos fundamentais a máxima eficácia e efetividade, seja na esfera pública, seja na esfera privada. (SARLET, 2007, p.469-470). Em outra oportunidade, no mesmo sentido, prescreveu que

- à exceção de uma vinculação exclusiva dos órgãos estatais - todas as normas de direitos fundamentais vinculam diretamente os sujeitos privados e, portanto, são eficazes nas relações entre particulares. O problema, em verdade, não está em se advogar a tese da vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais, mas sim em avaliar qual a

intensidade desta vinculação e quais conseqüências práticas a serem extraídas no caso concreto, especialmente em face do reconhecimento da peculiaridade destas relações (entre particulares), decorrente da circunstância de se cuidar de uma relação entre titulares de direitos fundamentais. (SARLET, 2000, p.98).

Conforme decisões recentes do Supremo Tribunal Federal<sup>15</sup>, percebe-se nitidamente, no Brasil, uma forte tendência jurisprudencial a aliar-se à doutrinária no sentido de se considerar a eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais sobre todo o ordenamento jurídico, ou seja, uma ampla e plena eficácia horizontal.

Os direitos fundamentais trazem a marca da historicidade. A idéia de justiça estaria também atrelada à evolução humana? Chegou-se a um grande desafio: que é a justiça?

## 2.2 Justiça - algumas teorias

A primeira dificuldade que se encontra diz respeito à própria questão conceitual em si mesma considerada. Haveria um conceito de justiça descritivo? Ou seria normativo? A idéia do que seja amplo, geral, também traz dificuldades adicionais.

Sem a pretensão de esgotar o tema, passa-se a descrever algumas idéias de justiça, na busca de um conceito que seja coerente ao objeto desse trabalho. O ponto de partida será a idéia de justiça em Aristóteles, pelo seu cunho prático, em relação ao mundo somente ideal. Apesar de Kant não ter desenvolvido especificamente uma teoria da justiça, suas idéias serão importantes, sobretudo para a discussão do princípio da autonomia que virá a seguir. Dada a sua importância, e, nesse caso, à sua especificidade, a Teoria da Justiça, de Rawls, torna-se necessária. (PEGORARO, 1995). E, finalmente, como traço de todo o trabalho, serão tratadas as abordagens de filósofos contemporâneos, com ênfase a Habermas.

No Dicionário de Política, encontra-se como conceito normativo que a "Justiça é um fim social, da mesma forma que a igualdade ou a liberdade ou a democracia ou o bem-estar." (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO; 1999, p.660). Para esses

---

<sup>15</sup> Por exemplo, veja-se o Caso Ellwanger; o RE 201.819-8/RJ; a ADIn 3937, sobre a Lei do Amianto em São Paulo.

autores, tanto a liberdade quanto a igualdade, termos intrínsecos ao de justiça, têm conceitos descritivos, isto é, como juízos de valor, "podem ser definidos de tal forma que as afirmações em que se evidenciam são verificáveis, de um modo geral, pelo simples confronto com a evidência empírica." (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO; 1999, p.660). Portanto, uma definição de justiça em termos descritivos seria incoerente ou incompleta, partindo-se da premissa de que o conceito de justiça<sup>16</sup>, da maneira que se busca nesse trabalho, está indissociavelmente ligado ao conceito de bem e de direito, em sentido legal e moral. "A melhor coisa é considerar a Justiça como noção ética fundamental e não determinada." (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO; 1999, p.661).

### **2.2.1 A Justiça de Aristóteles - Teoria das virtudes**

A partir da obra *Ética a Nicômaco*, especialmente do livro V, Aristóteles (2001) provocou uma reflexão sobre uma espécie de justiça - geral - que é vinculada à moral e outra justiça - particular - que conduzirá ao direito.

Corroborando com a afirmação sobre a dificuldade de conceitos (ou definições) descritivos para a justiça, encontra-se em Aristóteles (2001, p.103): "Segundo a opinião geral, a justiça é aquela disposição de caráter que torna as pessoas propensas a fazer o que é justo, que as faz agir justamente e a desejar o que é justo". Com sua obra, Aristóteles permitiu e provocou toda uma reflexão nas várias possibilidades de se pensar a justiça.

Primeiramente, trata-se de uma justiça geral que revela ser conteúdo da Moral. A justiça é uma virtude que encerra todas as demais<sup>17</sup>, "(...) nesse sentido [geral], a justiça não é uma parte da virtude, mas a virtude inteira". (ARISTÓTELES, 2001, p.106). Para Michel Villey, a justiça geral não se confunde exatamente com a moralidade plena, pois não há sinonímia perfeita mesmo numa língua bem elaborada. E, assim, ser um homem justo seria ao mesmo tempo ser prudente,

---

<sup>16</sup> Vale uma remissão à Teoria Tridimensional do Direito. (REALE, 1986).

<sup>17</sup> Em uma concepção aristotélico-tomista, a justiça, em sentido estrito, além da prudência, da coragem e da temperança, compõem as virtudes cardeais. Cardeal vem de *cardus* – o eixo em torno do qual gira a porta. São as virtudes que abrem a porta da vida. (LAUAND, 2007, p.151 e seg.). É importante remarcar que, além das virtudes cardeais, a justiça como a soma de todas as outras também envolve a generosidade, a honestidade, a magnanimidade, a misericórdia...

temperante, corajoso, honesto, modesto, isto é, reunir em si todas as virtudes. (VILLEY, 1977, p.52). A manifestação desse somatório de virtudes tem por razão de ser a comunidade, "sem a qual não se poderá falar em justiça, porque esta, por sua vez, se destina ao bem da comunidade". (SALGADO, 1986, p.41). Portanto a justiça geral, também chamada justiça universal ou legal, por interferir diretamente em todas as demais leis da *polis*, é reguladora de todas as relações entre os cidadãos. É a virtude total por prescrever o respeito às leis e à igualdade entre todos os cidadãos. (PEGORARO, 1995, p.33).

Em segundo lugar, Aristóteles (2001, p.107) reconhece que há mais de uma espécie de justiça, buscando determinar-lhes o gênero e a diferença específica: "Podemos, então, deixar de lado a justiça que corresponde à virtude total, e a injustiça correspondente a essa justiça, sendo uma delas o exercício da virtude completa, e a outra, o do vício completo, ambas em relação ao nosso próximo. " A essa nova espécie, denomina-se justiça particular, que alguns autores associam diretamente à equidade (MAFFETTONE; VECA; 2005), outros à igualdade (NOVAIS, 2004, p.213). Outro aspecto importante na Teoria da Justiça de Aristóteles é o fato de a justiça se operar no outro, seja a justiça geral, seja a particular. (ARISTÓTELES, 2001, p.105).

Uma síntese da teoria da justiça em Aristóteles poderia, então, ser apresentada como a justiça resultando da aplicação da lei com equidade em relação a outra pessoa. Portanto, a justiça é a lei equitativamente se operando no outro, no próximo ou semelhante. Esse conceito de justiça, centrado na alteridade, é o grande mérito da justiça em Aristóteles, essencial à teoria geral da mediação.

### **2.2.2 A filosofia kantiana**

Os tratados, ou melhor, as teorias sobre a justiça desde a Idade Antiga até a Idade Média apoiavam-se sempre em um idéia de justiça vinculada a um fim: a felicidade humana. Para Aristóteles, essa felicidade estava atrelada ao presente - situação temporal. Para os filósofos medievais, a felicidade era um bem a ser alcançado na vida eterna, particularmente nas idéias cristãs, muito reforçadas na doutrina de São Tomás de Aquino. (PEGORARO, 1995).

Kant não elaborou propriamente uma teoria da justiça, mas, sim, uma Teoria da Moral. Embora a justiça seja o “tema central em todo tratado ético”. (NOVAIS, 2004, p.223). A partir do século XVIII, com Kant, houve uma verdadeira revolução na questão ética da justiça, abalando os fundamentos teleológicos contidos na idéia de justiça aristotélica e tomista.

Kant rompe exatamente com esses fundamentos e erige a autonomia da vontade (liberdade) como base inabalável da moralidade. A vontade livre e autolegislativa confere a si mesma a norma do agir moral. (...) começa seu tratado<sup>18</sup> com uma exaltação da boa vontade, como razão pura prática responsável de todo o agir moral. (...) Portanto, pela razão pura prática o homem torna-se senhor de si, autolegislator e independente das determinações empíricas [indiferente a qualquer experiência sensível]. (...) É o nascimento da moral da obrigação. (PEGORARO, 1995, p.54-55).

A moral da obrigação acima referida, traduzida pela obrigação ética, resulta na busca por um princípio supremo da moralidade, único, que será denominado "imperativo categórico" (KANT, 2006, p.51), descrito, em sua fórmula geral como: "age só segundo máxima<sup>19</sup> tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal". (KANT, 2006, p.51).

O imperativo categórico é uma lei objetiva, um mandamento que ordena uma ação boa em si mesma, sem relação com qualquer outra finalidade, e que, por isso, não pode ser tirado da experiência, já que esta é contingente e aquele deve valer como lei universal, isto é, deve valer para todos os seres racionais. (NOVAIS, 2004, p.221).

O imperativo categórico, por meio da sua fórmula da lei universal trata do procedimento para que se determine se uma máxima deve ser desejada pelo agente como válida não somente para sua vontade como também para a vontade de todos os demais agentes racionais. A formulação, mesmo não utilizada a todo instante no julgamento do que seja o correto, é reconhecida como subjacente à concepção comum de moralidade de todo agente racional. (BORGES; DALL'AGNOL; DUTRA, 2002).

<sup>18</sup> Refere-se, aqui, à Fundamentação da Metafísica dos Costumes.

<sup>19</sup> Máxima é o princípio subjetivo da ação e deve se distinguir do princípio objetivo, isto é, da lei prática. Aquela contém a regra prática que determina a razão em conformidade com as condições do sujeito (muitas vezes em conformidade com a sua ignorância ou as suas inclinações) e é, portanto, o princípio segundo o qual o sujeito age; a lei, porém, é o princípio objetivo, válido para todo ser racional, princípio segundo o qual ele deve agir, quer dizer, trata-se de um imperativo. (KANT, 2006, p.51).

A partir da sua primeira formulação, Kant apresenta outras formas de desdobramento do imperativo categórico, sendo a que se segue denominada fórmula da natureza: "age como se a máxima da tua ação devesse se tornar, pela tua vontade, lei universal da natureza". (KANT, 2006, p.52). Essa segunda fórmula preenche a primeira, introduzindo a idéia da vontade de cada sujeito. Isto é, as máximas são "princípios subjetivos que orientam a vontade de qualquer pessoa razoável ganhando, por isso, o estatuto de leis práticas objetivas". (PEGORARO, 1995, p.58).

Dessa forma, o imperativo categórico ganha valor moral, tornando-se uma lei prática. Na sua obra, Kant (2006, p.52-54), aponta alguns deveres reais para o sujeito, em relação a si mesmo e em relação aos outros, de modo a ilustrar a importância da vontade na concretização da máxima universal em relação à natureza<sup>20</sup>. Os exemplos apresentados tratam do dever de preservação da vida, do dever de não mentir, do dever de cultivar os próprios talentos e o dever de solidariedade.

No segundo desdobramento da formulação primeira, Kant chega à fórmula da humanidade: "age de tal maneira que possas usar a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio". (KANT, 2006, p.59). É a partir dessa formulação - da consideração do homem como um fim em si mesmo, sempre - que será possível

realizar a síntese da igualdade e da liberdade ou distribuir igualmente a liberdade entre os seres racionais. Daí o conceito de justiça, preconizado na ação revolucionária na França, e que em Kant assume teorização esplendorosa: a partilha igual do bem maior do ser humano enquanto ser racional como tal, a liberdade, que aparece como conteúdo da idéia de justiça. (SALGADO, 1986, p.224).

No terceiro desdobramento, chega-se à fórmula da autonomia: age pelo "princípio segundo o qual toda a vontade humana seria uma vontade legisladora universal por meio de todas as suas máximas." (KANT, 2006, p.62). Essa fórmula eleva a vontade humana, portanto racional, à condição de legisladora universal, isto é, despojada de qualquer interesse. Trata-se de uma vontade autônoma capaz de julgar a si mesma e a suas ações como um legislador universal, por meio de todas as suas máximas.

---

<sup>20</sup> Natureza representa a realidade das coisas enquanto determinadas por leis universais. (KANT, 2006, p.52)

Nesse ponto, Kant introduz uma variante ao princípio da autonomia da vontade, introduzindo o conceito de reino dos fins<sup>21</sup>: "age segundo máximas de um membro universalmente legislador em um possível reino dos fins." (KANT, 2006, p.69). Essa fórmula, como derivação do princípio da autonomia, conecta as ações humanas à idéia de igualdade (universalidade) e liberdade, além de considerar o reino dos fins como "uma comunidade ideal de seres racionais". (BORGES; DALL'AGNOL; DUTRA, 2002, p.20). Poderia ser feita uma objeção quanto à idealidade de se viver num reino dos fins... e, como resposta, tem-se que,

Embora uma teoria desse tipo<sup>22</sup> [monista] tenha a vantagem de consagrar a responsabilidade de cada um por suas ações, a reconstrução de uma teoria kantiana de dois níveis, i.e., ideal e não ideal, tem a vantagem de nos guiar quando temos de enfrentar situações no mundo real (como o caso do assassino que bate à minha porta à procura de um inocente). (GOMES; MERLE, 2007, p.62).

Com respeito à idéia de liberdade, seu conceito, pela teoria kantiana, difere substancialmente daqueles que o antecederam,

(...) ressalvada a contribuição de Rousseau. Não se identifica com o conceito de liberdade natural (fazer o que se quer), nem com liberdade jurídica (fazer o que não é proibido ou ordenado por lei), nem com o de livre arbítrio (faculdade de escolher), que constituiu a concepção usual de liberdade até Kant. (...) recebe de Rousseau a idéia de liberdade definida como autonomia na esfera política e interioriza-a, fazendo dessa autonomia também liberdade moral do indivíduo. (SALGADO, 1986, p.233 e 235).

De acordo com Salgado (1986, p.155 e seg.), Kant emprega o termo ética, em sentido amplo, compreendendo a teoria das virtudes - ou a moral - e o direito. Portanto, o imperativo categórico compõe uma legislação universal fundada nas ciências das leis da liberdade, que deve também ser aplicada às leis jurídicas, no tocante à questão da justiça.

A constante preocupação de Kant com o universal e a evolução do contexto sociopolítico, fez com que no conceito kantiano de justiça figurasse, no centro, a idéia de liberdade, seguida de igualdade (SALGADO, 1986, p.339):

---

<sup>21</sup> No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade. (KANT, 2006, p.65).

<sup>22</sup> Usamos aqui o termo monista(s), na falta de termo melhor na língua portuguesa que expresse a idéia de Korsgaard: "single-level theory(ies)", que, literalmente, seria traduzido por teoria(s) de um único nível. (GOMES; MERLE, 2007, p.62).

a idéia de justiça em Kant (que não é apenas virtude do particular) desdobra-se em três momentos:

1- Justo é, em primeiro lugar o que reconhece o único direito natural (inato), a liberdade, como igual para todos os seres racionais (o homem na humanidade);

2- Justo é, de outro lado, o que realiza as liberdades externas de todos os indivíduos, limitadas por um princípio de igualdade, isto é, segundo uma lei universal, no sentido de compatibilizá-las e tornar possível a sociedade organizada (o homem na sociedade civil);

3- Justa é, finalmente a lei que realiza a liberdade no sentido de autonomia, ou seja, a lei que cada vez mais se aproxima do princípio da racionalidade, criando uma legislação jurídica universal, no sentido de ser a expressão da vontade geral da qual cada um deve participar, como garantia da paz perpétua num reino dos fins (o homem na república e no contexto da sociedade das nações). (SALGADO, 1986, p.340-341).

Quanto à justiça, Kant não trata da virtude especificamente como o fez Aristóteles, mas, ao tratar da ética do dever, "introduz o tema do Direito, aliado ao dever e à necessidade de compatibilizar o exercício da liberdade exterior e sociopolítica." (PEGORARO, 1995, p.61). Esse é um ponto relevante para o trabalho proposto: tratar o direito como o delimitador da liberdade (autonomia), que permite essa delimitação. As leis que delimitam o exercício da liberdade são morais na medida que são leis da liberdade, e não puramente leis da natureza, agrupando-se em leis jurídicas – heterônomas - e leis éticas - autônomas. (PEGORARO, 1995, p.63).

O grande mérito de Kant foi consagrar a liberdade como elemento central da idéia de justiça. A fundamentação teórica do conceito de justiça na liberdade tornou-se indissolúvel e definitiva, "por já constituir um valor da nossa cultura." (SALGADO, 1986, p.347).

### **2.2.3 A justiça como eqüidade**

A partir da obra "Justiça como eqüidade - uma reformulação" (RAWLS, 2003), procura-se conhecer a Teoria da Justiça, de John Rawls, fundamental para a compreensão do escopo desse trabalho, particularmente no que toca à justiça social.

A Teoria da Justiça ou Justiça como Eqüidade é construída a partir do delineamento do papel e do objeto da justiça para, assim, atingir sua idéia central. Este seria o papel da justiça:

A justiça é a virtude primeira das instituições sociais, assim como a verdade o é dos sistemas de pensamento. (...) Cada pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça que nem o bem-estar de toda a sociedade pode desconsiderar. (RAWLS, 2008, p.4).

A primeira parte do enunciado acima poderia associar essa teoria com aquela de Aristóteles, pois se inicia com referências à virtude. Porém, no curso de sua obra, Rawls demonstra tratar-se de uma teoria construída a partir da ética deontológica, bebendo-se em fontes kantianas e tendo por base um novo contratualismo. Portanto, o papel da justiça seria assegurar a liberdade e a igualdade em uma sociedade na qual, apesar da identidade de interesses, também há conflitos de interesses.

Como objeto primário da justiça, Rawls enfoca a estrutura básica da sociedade, daí porque dizer que se trata de uma teoria da justiça social. A estrutura básica da sociedade representa a maneira como ou mediante a qual as instituições sociais mais importantes distribuem direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão de vantagens provenientes da cooperação social. Por instituições sociais mais importantes entende-se a constituição política e os principais acordos econômicos e sociais, como, por exemplo, a propriedade privada, a família monogâmica, o livre-mercado, a proteção legal às liberdades de pensamento e consciência. (RAWLS, 2008, p.8).

Aqui a idéia intuitiva é que essa estrutura contém várias posições sociais e que as pessoas nascidas em condições diferentes têm expectativas diferentes de vida, determinadas, em parte, tanto pelo sistema político quanto pelas circunstâncias econômicas e sociais. (...) É a essas desigualdades, supostamente inevitáveis na estrutura básica de qualquer sociedade, que se devem aplicar em primeiro lugar os princípios da justiça social. (...) A justiça de um arranjo social depende, em essência, de como se atribuem os direitos e os deveres fundamentais e também das oportunidades econômicas e das condições sociais dos diversos setores da sociedade. (RAWLS, 2008, p.8-9).

Como elemento a resolver a questão das desigualdades na estrutura básica da sociedade, Rawls introduz os princípios da justiça social. Será sobre a elaboração

desses princípios que se fundará a justiça como equidade. De início, são apresentados os dois princípios da justiça, na sua primeira formulação:

Primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual ao sistema mais extenso de iguais liberdades fundamentais que seja compatível com um sistema similar de liberdades para as outras pessoas.

Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem estar dispostas de tal modo que tanto (a) se possa razoavelmente esperar que se estabeleçam em benefício de todos como (b) estejam vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos. (RAWLS, 2008, p.73).

O primeiro é o princípio da liberdade e dos direitos humanos fundamentais, que o autor denomina liberdades fundamentais. Trata-se dos direitos políticos (direito ao voto e ao exercício de cargo público) e a liberdade de expressão e de reunião; a liberdade de consciência e de pensamento; o direito à integridade psicofísica; ainda exemplifica o autor, com o direito à propriedade pessoal (em contraste com a propriedade de bens de produção, que precisa ter fim social), além da liberdade de locomoção e do direito à proteção contra prisão e detenção arbitrárias, em consonância com o Estado de Direito. Tais liberdades (e direitos) têm que ser iguais para todos. (RAWLS, 2008, p.74).

O segundo princípio está ligado às desigualdades sociais e econômicas, sendo denominado princípio da diferença. Cuida da distribuição de renda e riqueza e da estruturação das organizações, diferentes entre si, quanto aos níveis de autoridade e de responsabilidade que detenham. (RAWLS, 2008, p.74). Esse princípio "refere-se aos interesses materiais, à repartição equilibrada dos bens primários, dos encargos, dos deveres e das vantagens sociais." (PEGORARO, 1995, p.72).

Como se pode observar, esse segundo princípio admite as diferenças na estrutura social, embora busque reduzi-las. Pela primeira parte do segundo princípio, há o reconhecimento da escassez dos recursos e da necessidade de se maximizar um *minimum*, o mínimo social, assegurado a todos. Uma vez aceito o princípio da diferença, "deve-se estabelecer o mínimo [social] no ponto em que, levando-se em conta os salários, maximize as expectativas do grupo menos favorecido." (RAWLS, 2008, p.355). Nesse ponto da sua teoria, Rawls, a despeito de se ter referido expressamente a salários, retoma dois aspectos importantes do que sejam os bens a serem melhor distribuídos: ganhos em cultura e em civilização. Introduce também a idéia de que embora possa haver limites ao esforço (econômico) de

distribuição dos bens, tomando-se um horizonte mais amplo, intergeracional, uma maximização que não tenha sido suficientemente justa para uma geração, poderá sê-lo para a próxima ou nas próximas gerações. (RAWLS, 2008, p.354-365). Há forte ênfase na alocação de recursos para a educação, com base no princípio da diferença:

ao tomar essa decisão [priorizar recursos à educação], não se deve aferir o valor da educação apenas no tocante à eficiência econômica e ao bem-estar social. Tão ou mais importante é o papel da educação de capacitar uma pessoa a desfrutar da cultura de sua sociedade e participar de suas atividades, e desse modo proporcionar a cada indivíduo um sentido seguro de seu próprio valor. (RAWLS, 2008, p.121).

Pela segunda parte do segundo princípio, conclui-se que é admitida a desigualdade, seja nos cargos públicos seja nas vantagens, porém há que ser respeitada a igualdade de oportunidade de acesso aos postos institucionais por todos os membros da sociedade. Essa segunda parte origina o que o autor denominou de "princípio liberal de igualdade eqüitativa de oportunidades". (RAWLS, 2008, p.101). O acesso aos postos observará critérios, tais como, "aptidão, formação e competência publicamente comprovados. Dito negativamente, ninguém pode ser excluído por razões circunstanciais de cor, sexo, idade, convicção política e condição econômica." (PEGORARO, 1995, p.73). Trata-se de justiça distributiva, mas sem o igualitarismo clássico. "Daí se segue que a distribuição dos bens sociais não precisa ser igual, visto não se tratar de um igualitarismo social - como seria o caso de modelos de um socialismo de Estado ou do comunismo." (OLIVEIRA, 2003, p.20).

Os dois princípios gerais são ordenados lexicalmente. Isto é, há prioridade na realização do primeiro para que, em seqüência, se realize o segundo. (RAWLS, 2008, p.74 e seg.). Ou, nas palavras de Olinto Pegoraro:

O primeiro princípio é absolutamente prioritário e sempre inegociável. A liberdade nunca pode ser negociada por ofertas materiais e sociais de que fala o segundo princípio. As limitações da liberdade são determinadas somente pela própria liberdade para ordenar a coexistência livre. Entre os princípios vigora uma ordem lexicográfica. (PEGORARO, 1995, p.73).

Ao longo da sua obra, Rawls reformula<sup>23</sup> os princípios da justiça que recebem a seguinte formulação final:

Primeiro princípio:

Cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema total de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema similar de liberdades para todos.

Segundo princípio:

As desigualdades econômicas e sociais devem ser dispostas de modo a que tanto:

(a) se estabeleçam para o máximo benefício possível dos menos favorecidos que seja compatível com as restrições do princípio de poupança justa, como

(b) estejam vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade eqüitativa de oportunidades. (RAWLS, 2008, p.376).

Até chegar aos princípios, Rawls apresenta a idéia central de sua teoria da justiça e os esclarecimentos sobre a posição original, onde se dará a formulação e contratação daqueles princípios.

A idéia central da teoria da justiça repousa em uma situação original e hipotética onde os princípios são formulados e se estabelece o acordo original para um sistema eqüitativo de cooperação. (RAWLS, 2003, p.11 e seg.; RAWLS, 2008, p.13 e seg.). Essa situação idealizada onde se encontram os fundadores da sociedade bem ordenada é denominada posição original, que deve ser compreendida como um procedimento de representação. Trata-se de um conjunto de pessoas razoáveis situadas de forma eqüitativa, despojadas de seus interesses, de modo que as decisões daí decorrentes serão elas próprias eqüitativas. (RAWLS, 2000, p.380; RAWLS, 2003, p.25; RAWLS, 2008, p.21). É interessante observar que, na concepção original, Rawls tratava a teoria da justiça como uma teoria da escolha racional. Posteriormente, modificou o procedimento, distinguindo os interesses dos contratantes como sendo de duas categorias; o racional, por um lado, e o razoável, por outro. Esse último passou a ter prioridade sobre o primeiro. (RAWLS, 2000, p.380).

---

<sup>23</sup> A reformulação abaixo - definitiva - foi extraída da obra: Justiça como eqüidade - uma reformulação, considerada uma obra tardia de Rawls, onde o autor reelabora e sintetiza a sua Teoria da Justiça após longos e intensos debates com grandes filósofos, tais como, A. MacIntyre e J. Habermas: "(a) cada pessoa tem o mesmo direito irrevogável a um esquema plenamente adequado de liberdades básicas iguais que seja compatível com o mesmo esquema de liberdades para todos; e (b) as desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas condições: primeiro, devem estar vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos em igualdade eqüitativa de oportunidades; e, em segundo lugar, têm de beneficiar ao máximo os membros menos favorecidos da sociedade [princípio da diferença]." (RAWLS, 2003, p.60).

Outra idéia contida na posição original diz respeito ao *véu de ignorância*:

Visando preservar a eqüidade na escolha dos princípios e não fazer com que intervenham as contingências naturais e social, os parceiros ignoram certos tipos de fatos particulares (...). Entretanto eles conhecem todos os fatos gerais que afetam a escolha dos princípios de justiça. Por isso a barganha e as relações de força não podem intervir e a imparcialidade é constitutiva da justiça. (RAWLS, 2000, p.383).

Portanto, inseridos no modelo apresentado como posição original, sob a opacidade de tal véu de ignorância, os parceiros iriam optar pelos dois princípios de justiça que se tornariam a fundamentação, o imperativo categórico da Teoria da Justiça.

Na formulação da Teoria da Justiça, Rawls desenvolveu suas idéias circunscritas a um Estado. (RAWLS, 2008). Posteriormente, na Reformulação, o filósofo demonstrou que, devido ao fato do pluralismo e à necessidade de políticas externas globais, sua teoria deveria ser compreendida como aplicável a todos os Estados onde a Democracia e o Direito fossem imperativos ou tivessem a pretensão de sê-lo, como, por exemplo, no Brasil.

O modelo procedimentalista de Rawls nos parece, portanto, deveras apropriado para uma sociedade emergente como a brasileira, de forma a garantir uma cultura pública num Estado Democrático de Direito que viabiliza o pluralismo razoável, na medida em que consolidamos nossa transição para a democracia, depois de vários séculos de colonialismo e autoritarismo. (OLIVEIRA, 2002, p.57).

A Justiça como Eqüidade pode ser, então compreendida como a teoria da justiça composta por um sistema eqüitativo de cooperação entre cidadãos, pessoas livres e iguais, que devem atuar em estrita observância a dois princípios de justiça, obtidos por meio de um consenso e formulados num procedimento prévio à vida (social) daquela sociedade, inaugurando a sociedade civil e o Estado Democrático de Direito. (NUNES JÚNIOR, 2002, p.62).

O grande mérito de Rawls foi trazer a igualdade como elemento central à idéia de justiça, sem renunciar à idéia da liberdade kantiana.

#### **2.2.4 Justiça ou ética? - teorias contemporâneas, teorias (re)conciliatórias**

Várias são as teorias que também discutiram a idéia de justiça, seja como tema principal, seja como tema acessório a fundamentar teorias éticas, ou do direito, ou da democracia.

É interessante mencionar, de início, a obra de Kelsen (2001), as obras de filosofia do direito, de Michel Villey (1977), além de MacIntyre (2001) e de Dworkin (2003; 2005).

Kelsen, no início da obra já oferece uma síntese do seu pensamento:

(...) o que é justiça?

Nenhuma outra questão foi tão passionalmente discutida: por nenhuma outra foram derramadas tantas lágrimas amargas, tanto sangue precioso; sobre nenhuma outra, ainda, as mentes mais ilustres - de Platão a Kant - meditaram tão profundamente. E, no entanto, ela continua até hoje sem resposta. Talvez por se tratar de uma dessas questões para as quais vale o resignado saber de que o homem nunca encontrará uma resposta definitiva; deverá apenas tentar perguntar melhor. (KELSEN, 2001, p.1).

MacIntyre (2001), propõe um retorno, ou melhor, uma reabilitação da ética aristotélica das virtudes, desenvolvendo uma teoria da filosofia moral.

Dworkin abre o caminho para a teoria que irá permear essa dissertação. Desenvolvendo uma teoria da interpretação do direito afirma que

a justiça é uma instituição que interpretamos. (...) se entendermos a justiça como um conceito interpretativo teremos de tratar as concepções de justiça de diferentes pessoas, enquanto inevitavelmente desenvolvidas como interpretações de práticas das quais elas próprias participam, como reivindicando uma autoridade mais global ou transcendental, de modo que possam servir de base para criticar as práticas de justiça de outras pessoas até mesmo, ou sobretudo, quando forem radicalmente diferentes. Conseqüentemente, as margens de segurança da interpretação são muito menos rígidas: não se exige que uma teoria da justiça ofereça uma boa adequação às práticas políticas ou sociais de qualquer comunidade específica, mas apenas às convicções mais abstratas e elementares de cada intérprete. (Dworkin, 2003, p.90).

Kelsen (2001) cunhou a marca do positivismo e a essência do direito objetivo, demonstrou a sua opção pela purificação da ciência do direito, tratando com bastante indiferença os fins da justiça, "deixando esta tarefa problemática à religião ou à metafísica social." (KELSEN, 2001, p.299).

Pelas obras pesquisadas<sup>24</sup>, Dworkin (2003; 2005), desenvolveu, no contexto de sua filosofia, toda uma teoria da interpretação importante para se fundamentar a mediação a partir de teorias que envolvem justiça, direito e democracia.

Michel Villey, com sua *Filosofia do Direito* (1977), tratou das possíveis definições e fins do direito e, posteriormente, dos meios do direito, tangenciando o que se pretende como marco teórico - a ênfase a uma práxis argumentativa no contexto comunitário – intersubjetividade - de uma sociedade cada vez mais pluralista e carente de *soluções rápidas e justas* (ainda que seja necessário refletir melhor sobre essa última expressão). Assim, afirmou que

são inadaptados às necessidades específicas do ofício do direito os processos de raciocínio ou da moral (lógica deontica - dedução a partir de regras de conduta) ou das ciências experimentais. É preciso reencontrarmos o sentido da antiga lógica jurídica da controversia, chamada método dialético, do qual hoje Perelman e a filosofia do direito da Escola de Bruxelas mostraram a perenidade, e onde se situa a própria lógica jurídica. O direito jamais sairá de uma máquina; ele supõe que sejam ouvidas e confrontadas dialeticamente uma e outra parte do processo. A solução de direito nasce do choque dos discursos contraditórios, não do raciocínio solitário de um sábio no seu gabinete. Ela é um produto coletivo. (VILLEY, 1977, p.170-171).

As idéias acima são importantes para o reforço da linguagem e do discurso como meios de aperfeiçoamento da justiça, como será abordado na *ética do discurso*: "É a linguagem que nos permite, em última análise, os jogos complexos do 'pôr-se no lugar de'; por meio da linguagem podemos avaliar uma situação diferente da nossa e elaborar um juízo para essa situação." (GALUPPO, 2003, p.227).

Habermas inicia sua obra "Direito e democracia" (2003b; 2003c) fazendo uma remissão às idéias e princípios contidos em "Consciência moral e agir comunicativo" (HABERMAS, 2003a). O autor ao desenvolver sua teoria do agir comunicativo, ou ética do discurso, também desenvolveu idéias correlatas que podem ser fundamento de uma teoria do direito ou de uma teoria da democracia, ou, sobretudo, de uma teoria da justiça.

A teoria do agir comunicativo compreende a substituição da razão prática, presente em Kant e em Rawls, pela razão comunicativa. Se a razão prática está vinculada essencialmente a "o que se deve fazer", a razão comunicativa envolve sobretudo o "como se deve fazer ou proceder". (HABERMAS, 2003a; 2003b).

---

<sup>24</sup> Recomenda-se a leitura do cap. 10 da obra "Uma questão de princípio" (DWORKIN, 2005), onde o filósofo do direito, a contrário senso, procura caracterizar o que a justiça não é.

A razão comunicativa, ao contrário da figura clássica da razão prática, não é uma fonte de normas do agir. Ela possui um conteúdo normativo, porém somente na medida em que o que age comunicativamente é obrigado a apoiar-se em pressupostos pragmáticos de tipo contrafactual. Ou seja, ele é obrigado a empreender idealizações, por exemplo, a atribuir significado idêntico a enunciados, a levantar uma pretensão de validade em relação aos proferimentos e a considerar os destinatários imputáveis, isto é, autônomos e verazes consigo mesmos e com os outros. (HABERMAS, 2003b, p.20).

Por não ser informativa, isto é, não fornecer nenhuma indicação concreta para o desenvolvimento das tarefas práticas, a razão comunicativa possibilita uma orientação na base de pretensões de validade, diferentemente da razão prática que tem tradição prescricional ou normativa. (HABERMAS, 2003b, p.21). Com isso, Habermas busca fundamentar o direito e a democracia, por extensão a justiça, em um plano de inevitável tensão entre facticidade e validade. Nesse sentido,

(...) de um lado, o Direito é facticidade quando se realiza aos desígnios de um legislador político e é cumprido e executado socialmente sob a ameaça de sanções fundadas no monopólio estatal da força. De outro lado, o Direito é validade quando suas normas se fundam em argumentos racionais ou aceitáveis por seus destinatários. (NUNES JÚNIOR, 2002, p.55).

A ética do discurso não pressupõe uma reflexão solitária, focada no indivíduo. Propõe-se uma razão dialógica em contraposição à razão monológica. Isso ocorre - a dialogia - como resultado de um procedimento intersubjetivo, em que os sujeitos, situados historicamente, por meio de uma linguagem comum, em diálogo, passam a estabelecer uma relação comunicacional intersubjetiva e argumentativa. O resultado será o consenso discursivo. (HABERMAS, 2003a; 2003b).

Pela teoria de Habermas, a verdade se estabelece no consenso discursivo. A verdade não é produto de uma reflexão solitária, no núcleo de uma consciência isolada (filosofia do conhecimento ou da consciência), mas resultado de uma ação argumentativa - o procedimento dialógico - guiada por normas estabelecidas e compartilhadas, isto é, aceitas como válidas, pelos membros da comunidade sem a necessidade de coerção e com a participação argumentativa de todos os envolvidos. (HABERMAS, 2003a; 2003b). Assim, a sociedade contemporânea, pluralista, complexa, vive uma permanente tensão: de um lado, ou em determinadas circunstâncias, estão aqueles que agem segundo a facticidade, isto é, sob a coerção de normas exteriores; de outro lado, aqueles que agem segundo uma racionalidade

comunicativa, isto é, cuja "ação é orientada para a busca cooperativa de entendimento recíproco." (DURÃO, 2006, p.105).

Num caso de conflito, os que agem comunicativamente encontram-se perante a alternativa de suspenderem a comunicação ou de agirem estrategicamente - de protelarem ou de tentarem decidir um conflito não solucionado. Parece haver uma saída através da *regulamentação normativa de interações estratégicas*, sobre as quais os próprios atores se *entendem*. A natureza paradoxal de tais regras pode revelar-se à luz da premissa, segundo a qual a facticidade e a validade se separam, na perspectiva dos próprios sujeitos agentes, formando duas dimensões mutuamente excludentes. Para atores orientados pelo sucesso, todos os componentes da situação transformam-se em fatos, que eles valorizam à luz de suas próprias preferências, ao passo que os que agem orientados pelo entendimento dependem de uma compreensão da situação, negociada em comum, passando a interpretar fatos relevantes à luz de pretensões de validade reconhecidas intersubjetivamente. (HABERMAS, 2003b, p.46-47).

Habermas denomina comunicativas as interações mencionadas acima, em que as pessoas envolvidas põem-se de acordo para coordenar seus planos de ação. Afere-se o acordo alcançado em cada caso pelo reconhecimento intersubjetivo das pretensões de validade. Tais pretensões que afloram nas interações comunicativas são desdobradas em pretensões de verdade, pretensões de correção e pretensões de sinceridade. As pretensões de verdade referem-se a algo no mundo objetivo, enquanto as pretensões de correção referem-se a algo no mundo social comum e as pretensões de sinceridade referem-se a algo no mundo subjetivo próprio. Para Habermas, na ação comunicativa, há uma motivação racional entre os interlocutores, um motivado pelo outro, visando uma adesão ao procedimento em virtude do efeito "illocucionário de comprometimento que a oferta de um ato de fala suscita." (HABERMAS, 2003a, p.79 e seg.).

Que um falante possa motivar racionalmente um ouvinte à aceitação de semelhante oferta não se explica pela validade do que é dito, mas, sim, pela garantia assumida pelo falante, tendo um efeito de coordenação, de que se esforçará, se necessário, para resgatar a pretensão erguida. Sua garantia, o falante pode resgatá-la, no caso de pretensões de verdade e correção, discursivamente, isto é, aduzindo razões; no caso de pretensões de sinceridade, pela consistência de seu comportamento. (...) Tão logo o ouvinte confie na garantia oferecida pelo falante, entram em vigor aquelas obrigações relevantes para a seqüência da interação que estão contidas no significado do que foi dito. Assim, por exemplo, (...) no caso de acordos e contratos, simetricamente para os dois lados; (HABERMAS, 2003a, p.79-80).

Ao usarem uma linguagem compartilhada intersubjetivamente, ao haver a adequada interação dialógica, aqueles que se valem das forças da linguagem vêem-se obrigados a sair de posições egocêntricas e a "se colocar sob critérios públicos da racionalidade do entendimento" (HABERMAS, 2003b, p.46), que é a racionalidade comunicativa. No mundo da vida, composto pelas relações sociais cotidianas de que se valem reciprocamente os sujeitos, a ação comunicativa pode ser empregada conferindo validade ao discurso e ao resultado produzido (consenso). Trata-se de relações ganha-ganha, caracterizadas pela busca cooperativa de entendimento recíproco. Nessas circunstâncias, os agentes agem motivados pela adesão e respeito à lei, convictos de sua legitimidade. Nos sistemas sociais, como por exemplo, na economia e na política, prevalece uma racionalidade estratégica, orientando a ação para o sucesso, a partir de avaliações das condições circunstanciais, avaliações do tipo custo-benefício. Está-se no campo da facticidade, onde os agentes obedecem à lei por temor de coerção, avaliando se o benefício da transgressão compensaria o custo advindo da sanção legal. Trata-se de relações do tipo ganha-perde, presentes nos sistemas sociais. (DURÃO, 2006). Tais relações não atendem, em absoluto, o ideal de Habermas, que situa a justiça na prática argumentativa.

O genial da teoria de Habermas reside, portanto, na substituição de uma razão prática, baseada num indivíduo que, por meio de sua consciência, chega à norma, pela razão comunicativa, baseada numa pluralidade de indivíduos que, orientando sua ação por procedimentos discursivos, chegam à norma. Assim, a fundamentação do Direito, sua medida de legitimidade, é definida pela razão do melhor argumento. Como emanção da vontade discursiva dos cidadãos livres e iguais, o Direito pode realizar a grande aspiração da humanidade: a efetivação da justiça. (NUNES JÚNIOR, 2002, p.56).

A reconciliação aqui postulada diz respeito a critérios de justiça essenciais à mediação. De Aristóteles tomou-se a idéia de justiça operando-se no outro, isto é, a alteridade; da idéia de Kant, tomou-se a liberdade como autonomia, reconstruída em autonomia privada; e, de Rawls, a equidade como critério de justiça em que a igualdade é buscada por meio do reconhecimento e da redução da diferença.

Esses três critérios - alteridade, liberdade e igualdade - são pressupostos necessários à mediação, reconciliados na teoria do discurso, e representam os pilares do Estado de Direito e da democracia, conforme abordado na próxima seção.

### 2.3 Estado e democracia

A palavra estado passou a ser empregada na acepção de unidade de povo, sobre determinado território e sob determinada soberania, com a obra "O Príncipe", de Maquiavel. Porém, a tradição judaico-cristã confere a criação do Estado, tal qual no modelo clássico, às civilizações mesopotâmicas, sumérias e assírias. É de se registrar a figura mítica do rei Nimrod, que estabeleceu seu Estado na Mesopotâmia, há mais de quatro mil anos, cobrando impostos, separando etnias em guetos e prometendo proteção a todos. Há quem associe tal rei ao personagem Gilgamesh, do famoso poema épico. O certo é que, há quatro mil anos, já havia cidades-estados, em que a História registra, nesses territórios, governos dotados de soberania, até em excesso, a exercer poder sobre uma população. Essas cidades-estados eram dotadas de estruturas de administração, com recolhimentos de impostos e onde se aplicava um conjunto de leis que visavam à pacificação social, também denominada *bem comum* (WIKIPEDIA, 2007). Seja pacificação social ou bem comum, nada mais é, em nossos tempos, do que a tão ansiada realização da justiça.

Deve-se registrar que, ao constituir aglomerações sociais, fixas, com o objetivo de lavrar a terra e cuidar do gado, o homem tornou-se sedentário, permanecendo de maneira definitiva em determinados territórios. Isto é, aqueles grupos sociais primitivos estacionaram-se em determinados locais, criando as primeiras células do Estado. Constata-se que *estacionar*, *estado*, *estar*, são palavras que têm a mesma matriz lingüística. São oriundas do verbo *stare*, ser, estar, permanecer, em latim. Daí a concepção de que Estado: **é** o território onde **está** um grupo de pessoas, com ânimo definitivo de aí **permanecer** e que **são** submetidas ao poder soberano de uma liderança. A busca pelo ideal de justiça, imanente ao homem, fez com que aqueles grupamentos se organizassem para a defesa de seus interesses e necessidades sob um governo que iria exercer seu poder de várias maneiras distintas, mas com uma única justificação: o *bem comum*. Surgem, então, as primeiras leis a compor um ordenamento jurídico segundo os interesses dos governantes mais do que dos governados, nas cidades-estados.

O Direito e a organização política pré-modernos encontravam fundamento, em última análise, em um amálgama normativo indiferenciado de religião,

direito, moral, tradição e costumes transcendentemente justificados e que essencialmente não se discerniam. O Direito é visto como a coisa devida a alguém, em razão de seu local de nascimento na hierarquia social tida como absoluta e divinizada nas sociedades de castas, e a justiça se realiza sobretudo pela sabedoria e sensibilidade do aplicador em "bem observar" o princípio da equidade tomado como a harmonia requerida pelo tratamento desigual que deveria reconhecer e reproduzir as diferenças, as desigualdades, absolutizadas na tessitura social [...]. O Direito, portanto, se apresentava como ordenamentos sucessivos. Consagradores dos privilégios de cada casta e facção de casta, reciprocamente excludentes, de normas oriundas da barafunda legislativa imemorial, das tradições, dos usos e costumes locais, aplicadas casuisticamente, como normas concretas e individuais, e não como um único ordenamento jurídico integrado por normas gerais e abstratas válidas para todos. (CARVALHO NETTO, 1998, p.476).

### **2.3.1 A democracia e a evolução do Estado**

Nesse trabalho parte-se da idéia de Estado moderno em que já se promoveram as rupturas com os regimes anteriores - Estado absolutista, sistema feudal, Estado teocrático, Direito Canônico - alcançando-se o Estado de Direito. Pelas palavras de Pe. Henrique Vaz,

É no terreno do Estado de direito que o nascimento da democracia torna-se possível. A experiência grega apresenta-se aqui com perfeita exemplaridade. Com efeito, o Estado de direito, ou seja, a sociedade política propriamente dita, representa a emergência decisiva de uma forma superior de comunidade ética na história das sociedades humanas. Nele a relação de poder perde formalmente suas características de relação de dominação e assume as prerrogativas de um poder cujo exercício soberano repousa sobre a soberania da lei. No entanto, o Estado de direito não se confunde com o Estado democrático. Todo Estado democrático é um Estado de direito mas a recíproca não é verdadeira. (VAZ, 1985, p.10).

Diferentemente da opinião acima, Habermas (2003b) e Oliveira (2004) somente reconhecem um Estado de Direito se nele reinar a democracia, como se verá à frente.

A seguir são apresentados os paradigmas de Estado que se sucederam a partir do Estado moderno e se procura correlacionar as teorias de justiça, o modelo de Estado contemporâneo e os direitos fundamentais. Com isso, busca-se uma compreensão do pano de fundo onde se situa e interage o sujeito contemporâneo.

### 2.3.1.1 Estado Liberal de Direito

Voltando-se as atenções para o Estado e o Direito da modernidade, tem-se por marco inicial o Estado Liberal de Direito. Como reação ao Estado Absolutista, nasce o Estado Liberal, com a característica marcante da intervenção mínima do Estado na esfera privada. A base desse modelo de Estado foi a separação dos poderes e uma estrutura de *freios e contra-pesos* para a harmonização recíproca dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Um dos grandes princípios de organização política adotado pela Constituição do Estado de Direito é, portanto, o da separação de poderes [...] dentro de um sistema de controles recíprocos. Sob o paradigma do Estado Liberal, cabe ao poder legislativo a supremacia, já que ele é quem elabora as leis, fontes supremas do Direito [...]. Cabe ao Poder Judiciário dirimir conflitos interparticulares ou, conforme o modelo constitucional, entre esses e a administração pública [...]. E, enfim, cabe ao Poder Executivo implementar o Direito, garantindo a certeza e a segurança jurídicas e sociais, internas e externas, na paz e na guerra. (OLIVEIRA, 1997, p.38-39).

Também merece destaque no modelo em questão a instituição de direitos fundamentais de caráter individual, também denominados direitos de primeira geração, que são limitadores da atuação estatal sobre os indivíduos que era a grande marca do Estado Absolutista. Os direitos fundamentais têm caráter essencialmente individualista, destacando-se o direito à vida, à liberdade, à igualdade e à propriedade privada.

Para a efetivação do Estado Liberal, foi necessário o desenvolvimento e fortalecimento de um arcabouço legal que irá redundar em duas vertentes: a codificação e o constitucionalismo. Devido à valorização da legislação para a sustentação desse modelo, passou-se a denominá-lo Estado Liberal de Direito.

Sob o paradigma liberal, cabe ao Estado, através do Direito Positivo, garantir certeza nas relações sociais, através da compatibilização dos interesses privados de cada um com o interesse de todos, mas deixar a felicidade ou a busca da felicidade nas mãos de cada indivíduo.

Em nível de esfera privada, reconhecem-se direitos naturais, vida, liberdade e propriedade.

Em nível de esfera pública, convencionam-se direitos perante o Estado e direitos à comunidade estatal: *status* de membro (nacionalidade), igualdade perante a lei, certeza e segurança jurídicas, tutela jurisdicional, segurança pública, direitos políticos, etc. (OLIVEIRA, 1997, p.37).

Com base em Elías Díaz, Nascimento (2004, p.24-25), enuncia as principais características do Estado Liberal de Direito, que poderiam ser destacadas como:

- há uma atuação negativa do Estado no campo do trabalho e da economia. Isto é, o Estado se abstém, politicamente. As intervenções, quando ocorrem são em favor da propriedade privada e em questões de ordem pública e militar (polícia e defesa);
- os direitos e garantias individuais são formalizados, porém restritos a determinadas classes econômico-sociais;
- ocorre a ascensão e o fortalecimento da classe burguesa, em relação ao poder político e social. A mobilidade das classes sociais é muito reduzida, gerando baixa participação da sociedade também na esfera privada;
- na economia, a doutrina do liberalismo econômico vai se fundar em três pilares: o caráter quase-absoluto da propriedade privada, a economia competitiva de livre mercado e a acumulação de capital;
- no campo jurídico, o Direito compõe-se de um sistema normativo de regras gerais e abstratas, válidas de maneira universal para todos. Há a positivação dos direitos fundamentais de primeira geração, sendo a igualdade entre os indivíduos meramente formal.

Apesar de ter o Estado Liberal de Direito conseguido promover a ruptura com os regimes anteriores, novas demandas forçarão a mudança para um novo modelo de Estado. Os membros do Estado Liberal de Direito livraram-se do absolutismo dos reis e do jugo dos senhores feudais, porém se viram sob o poder de uma nova classe dominante – a Burguesia. O contingente de excluídos representava a maior parcela da população, que se encontrava à mercê de um Estado abstencionista e, ainda por cima, estimulador do individualismo. A Revolução Industrial vai contribuir ainda mais para esse estado de coisas.

A liberdade e igualdade abstratas, bem como a propriedade privada terminam por fundamentar as práticas sociais do período de maior exploração do homem pelo homem de que se tem notícia na história, possibilitando um acúmulo de capital jamais visto e as revoluções industriais. Idéias socialistas, comunistas e anarquistas começam a colocar agora em xeque a ordem liberal e a um só tempo animam os movimentos coletivos de massa cada vez mais significativos e neles se reforçam com a luta pelos direitos coletivos e sociais, como o de greve e de livre organização sindical e partidária, como a pretensão a um salário mínimo, a uma jornada máxima de trabalho, à seguridade e previdência sociais, ao acesso à saúde, à educação e ao lazer. Mudanças profundas também de toda ordem conformam a nova sociedade de massas que surge após a 1ª Guerra Mundial. (CARVALHO NETTO, 1998, p.479).

### 2.3.1.2 Estado Social de Direito

A busca pela *melhor sociedade* – promessa não cumprida pelo Estado Liberal – provocará o surgimento de um novo modelo de Estado. Segundo J.J.Calmon de Passos,

Resguardando o indivíduo em face do poder político, foi deixado desprotegido, entretanto, diante do poder econômico. Bem cedo se percebeu que, postos os homens à mercê desse poder – sujeitos apenas ao livre jogo das “leis de mercado” – restabelecida estava a antiga dominação que se pretendia eliminar, ainda que agora com novos figurantes. Dessa verificação e da necessidade de superar a ameaça nasceram os chamados “direitos sociais”. (PASSOS, 1999, p.316).

O surgimento do novo modelo é conseqüência da acumulação de capital e de propriedade em mãos de poucos, do excesso de formalismo do Estado Liberal e de novas demandas sociais clamando, sobretudo, por igualdade material.

A sociedade do pós-Primeira Guerra, a sociedade de massas, para usar uma expressão consagrada pela sociologia do Século XX, compreende-se dividida em sociedade civil e Estado. Não mais uma sociedade de indivíduos-proprietários privados, mas uma sociedade conflituosa, dividida em vários grupos, coletividades, classes, partidos e facções em disputa, cada qual buscando seus interesses. Não mais um Estado Liberal (neutro), distante dos conflitos sociais, mas um Estado que se assume como agente conformador da realidade social e que busca, inclusive, estabelecer formas de vida concretas, impondo pautas “públicas” de “vida boa”. O Estado de Bem-Estar Social, que surge após a Primeira Guerra e se firma após a Segunda, intervém na economia, através de ações diretas e indiretas; e visa garantir o capitalismo através de uma proposta de bem-estar que implica uma manutenção artificial da livre concorrência e da livre iniciativa, assim como a compensação das desigualdades sociais através da prestação estatal de serviços e da concessão de direitos sociais. (OLIVEIRA, 1997, p.40-41).

Os novos direitos, denominados de segunda geração são representados por direitos coletivos e sociais, vêm se agregar àqueles da primeira geração que, no novo modelo de Estado, são também redefinidos. (CARVALHO NETTO, 1998, p.480). A liberdade, a igualdade e a propriedade privada são direitos revistos, em que o privilégio do social-coletivo sobressai em detrimento do individual, típico do modelo anterior. Não se concebe mais o caráter absoluto da propriedade privada que, agora, quando admitida, tem a característica de ser um mecanismo de incentivo à operosidade e à produtividade sociais. A propriedade privada é condicionada a sua

função social. A liberdade, anteriormente, formalizada e assegurada por um sistema legal mínimo, passa a se materializar, considerando-se as diferenças sociais, econômicas e culturais entre os cidadãos. O Direito vai assegurar igualdade material em detrimento da igualdade formal do modelo em superação, pois

[...] todo o Direito é público, imposição de um Estado colocado acima da sociedade, uma sociedade amorfa, carente de acesso à saúde ou à educação, massa pronta a ser moldada pelo Leviatã onisciente sobre o qual recai essa imensa tarefa. O Estado subsume toda a dimensão do público e tem que prover os serviços inerentes aos direitos de 2ª geração à sociedade, como saúde, educação, previdência, mediante os quais alicia clientelas. (CARVALHO NETTO, 1998, p.480).

Dix Silva (2000, p.38), enumera os seguintes aspectos como componentes do Estado Social de Direito:

- no campo político, por meio de intervenções diretas, busca atender as demandas sociais com maior participação dos cidadãos e igualdade formal entre eles;
- no campo social, o Estado se faz mais presente com ações de bem-estar, com o reconhecimento de associações sindicais e patronais;
- no campo econômico, há intervenções diretas no sistema capitalista de produção;
- no campo jurídico, há maior participação do Estado com a constitucionalização de direitos sociais, coletivos e econômicos.

Como aspectos negativos do Estado Social de Direito, pode-se citar a restrição das liberdades individuais, pois o Estado é o gigante paternalista, utopicamente provedor de tudo para todos, tutor de todos os cidadãos que têm participação reduzida nos governos. Conforme ensina J.J. Calmon de Passos,

Enquanto puro Estado Social, sua feição democrática se faz irrelevante, podendo-se atribuir essa qualificação a toda e qualquer forma de autocracia com vocação social. Sob o colorido de Estado de Direito Social, entretanto, reclama, necessariamente, se somem os valores essenciais ao Estado de Direito, nascido das revoluções libertárias do século XIX, os valores novos, essenciais à realização da igualdade, já associada, desde as origens, ao valor liberdade. (PASSOS, 1999, p.318).

Na segunda metade do século passado, o Estado Social de Direito entra em crise, fomentada pelos abusos perpetrados na 2ª Guerra Mundial e nas décadas seguintes – campos de concentração, explosão de bombas atômicas, divisão de países como a Alemanha e a Coreia, eclosão de novas ditaduras mundo afora, entre outros.

### 2.3.1.3 Estado Democrático de Direito

A partir da década de 1970, a crise do Estado Social de Direito se acentua, conforme Cattoni de Oliveira, reforçando as idéias de Elías Díaz,

No esteio dos novos movimentos sociais, tais como o estudantil de 1968, o pacifista, o ecologista e os de luta pelos direitos das minorias, além dos movimentos contra-culturais, que passam a eclodir a partir da segunda metade da década de 60, [...] a partir de duras críticas tanto ao Estado de Bem-Estar – denunciando os limites e o alcance das políticas públicas, as contradições entre capitalismo e democracia -, quanto ao Estado de socialismo real – a formação de uma burocracia autoritária desligada das aspirações populares -, cunha a expressão *Estado Democrático de Direito*. (OLIVEIRA, 1997, p.43).

Com esse modelo de Estado, advêm os direitos de terceira e quarta gerações, os interesses ou direitos coletivo-difusos: os direitos ambientais, do consumidor, do idoso, dentre outros.

São direitos [difusos] cujos titulares, na hipótese de dano, não podem ser clara e nitidamente determinados. O Estado, quando não diretamente responsável pelo dano verificado foi, no mínimo, negligente no seu dever de fiscalização ou de atuação criando uma situação difusa de risco para a sociedade. A relação entre o público e o privado é novamente colocada em xeque. Associações da sociedade civil passam a representar o interesse público contra o Estado privatizado ou omissivo. Os direitos de 1ª e 2ª geração ganham novo significado. Os de 1ª são retomados como direitos (agora revestidos de uma conotação sobretudo processual) de participação no debate público que informa e conforma a soberania democrática de um novo paradigma, o paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito e seu Direito participativo, pluralista e aberto. (CARVALHO NETTO, 1998, p.481).

O Estado Democrático de Direito surge, portanto, de uma crise de legitimidade. O cidadão deixa de ser o sujeito passivo da tutela estatal, passando a ter participação ativa na vida do Estado. Não mais se concebe um poder estatal que não seja legitimado. E, para isso, há que se ter uma

sociedade livre, justa e solidária, onde o poder emana do povo e em seu nome deve ser exercido, pela sua participação no processo decisório e na formação de atos do governo, respeitando a pluralidade de idéias, culturas e etnias; pressupondo diálogos entre opiniões e pensamentos divergentes e convivência de formas de organização e interesses diferentes na sociedade; e liberando a pessoa humana de diferentes formas de opressão, pela vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício. (NASCIMENTO, 2004, p.34).

### 2.3.2 Estado, Direito e realidade brasileira

O dístico *libertas quae sera tamen* da bandeira de Minas Gerais é bastante profético. O Brasil ainda carece de uma democratização efetiva. Nas palavras de J. J. Calmon de Passos (1999, p. 319), houve uma “redemocratização tardia”. Isso fez com que o paradigma do Estado Democrático de Direito ainda esteja em construção nas terras brasileiras:

O Estado Democrático de Direito representa, assim, a vontade constitucional de realização do Estado Social. É nesse sentido que ele é um *plus* normativo em relação ao direito promovedor-intervencionsita próprio do Estado Social de Direito. [...] Desse modo, se na Constituição se coloca o modo, é dizer, os instrumentos para buscar/resgatar os direitos de segunda e terceira gerações, via institutos como substituição processual, ação civil pública, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção (individual e coletivo) e tantas outras formas [alternativas], *é porque no contrato social – do qual a Constituição é a explicitação – há uma confissão de que as promessas da realização da função social do Estado não foram (ainda) cumpridas.* (STRECK, 2005, p.38).

No Brasil, a promulgação da Constituição da República, em 1998, instituiu o Estado Democrático de Direito<sup>25</sup>. Além da efetivação dos direitos e garantias fundamentais – compromisso do Estado Social – tem-se, no Brasil, com certo atraso em relação a outros países mais desenvolvidos, uma intensa mobilização político-social para que a instituição do Estado Democrático de Direito se concretize, cada qual, esfera pública política e sociedade civil, procurando desempenhar seus papéis nesse novo paradigma em construção. Como esclarece Habermas:

Hoje em dia, o termo “sociedade civil” não inclui mais a economia constituída através do direito privado e dirigida através do trabalho, do capital e dos mercados de bens, como ainda acontecia na época de Marx e do marxismo. O seu núcleo institucional é formado por associações e organizações livres, não estatais e não-econômicas, as quais ancoram as estruturas de comunicação da esfera pública nos componentes sociais do mundo da vida. A sociedade civil compõe-se de movimentos, organizações e associações, os quais captam os ecos dos problemas sociais que ressoam nas esferas privadas, condensam-nos e os transmitem, a seguir, para a esfera pública política. (HABERMAS, 2003c, p.99).

<sup>25</sup> 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 (...). [Preâmbulo da Constituição da República do Brasil, de 1988]. (BRASIL, 2007, p.21).

A questão problematizada é a seguinte: até que ponto os brasileiros estão aptos a atuar como cidadãos compondo uma sociedade civil nos moldes acima e até que ponto a esfera pública política está em sintonia com as demandas dos novos tempos? O baixo nível de instrução dos brasileiros, a enorme desigualdade socioeconômica, a ausência de um patrimônio mínimo<sup>26</sup> garantido a todos, associados à permanência de elites detendo o poder, ainda representam um imenso desafio na busca da *melhor sociedade*. A realidade brasileira aponta uma "democracia precária" (CARVALHO, 2002, p.229). Ainda que se tenham afirmados os direitos civis e políticos, fica-se devendo no quesito dos direitos sociais. De acordo com Carmen Lúcia Antunes Rocha (1999, p.73), "liberdade não combina com a fome, dignidade não se harmoniza com a falta de trabalho e perspectivas, igualdade na pobreza não faz Justiça." Portanto, a democracia plena somente será alcançada com a conjunção de toda a gama de direitos fundamentais.

### **2.3.3 Requisitos paradigmáticos do Estado Democrático de Direito**

Para Lênio Streck, ainda se padece na *terra brasilis* de um direito produzido de modo "liberal-individualista-normativista". (STRECK, 2005, p.33). Sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, para Menelick Carvalho, é preciso que as decisões judiciais

ao retrabalharem construtivamente os princípios e regras constitutivos do Direito vigente, satisfaçam, a um só tempo, a exigência de se dar curso e reforçar a crença tanto na legalidade, entendida como segurança jurídica, como certeza do Direito, quanto ao sentimento de justiça realizada, que deflui da adequabilidade da decisão às particularidades do caso concreto. (CARVALHO NETTO, 1998, p.482).

O procedimentalismo na idéia de democracia proposta por Habermas (2003b, 2003c) e a participação da sociedade como intérprete da constituição<sup>27</sup> (HÄBERLE, 1997), associados a novos meios de acesso à Justiça, compreendem o tripé do

<sup>26</sup> Entendendo-se aqui patrimônio mínimo como o *mínimo existencial*: saúde, educação, alimentação, lazer, trabalho, acesso à justiça e demais bens da vida condizentes à dignidade humana - com referência à obra "Estatuto jurídico do patrimônio mínimo", de Luiz Edson Fachin (2001).

<sup>27</sup> Maria de Fátima Alflen da Silva (2006, p.114), fala que "não se deve hesitar em ter *vontade de constituição*."

Estado Democrático de Direito. Encontra-se na mediação mais uma opção de realização dos direitos fundamentais, no tocante ao acesso à Justiça. A perspectiva da mediação é trans-individual, intersubjetiva, tornando os sujeitos autônomos e verdadeiramente responsáveis pela solução de seus conflitos. A mediação atende aos requisitos paradigmáticos do Estado Democrático de Direito.

### **2.3.3.1 A Teoria Discursiva do Direito**

Este tópico do trabalho ambiciona síntese, ainda que modesta, da monumental obra de Jürgen Habermas (2003b; 2003c), “Direito e Democracia – entre facticidade e validade” -, cujas idéias irão permear a análise da Mediação, seu vínculo ao Direito Público e ao Direito Privado e as expectativas quanto ao futuro do instituto.

Em sua obra, Habermas desenvolve uma Teoria Discursiva do Direito, essencialmente vinculada ao Estado Democrático de Direito. Segundo o autor, não há democracia sem comunicação. Somente por meio do princípio discursivo, em uma democracia, é que se garante a legitimidade das leis quando originadas de processos argumentativos amplos, livres de coação, com participação acessível aos interessados e afetados e ainda tendo como princípio norteador razões convincentes, aceitas por todos. (NASCIMENTO, 2004, p.31). A teoria desenvolvida por Habermas passa por duas vertentes até chegar à Teoria Discursiva do Direito, quais sejam, a ação comunicativa e o discurso propriamente dito. A ação comunicativa *pura* dar-se-ia por um ato de liberdade.

Liberdade comunicativa só existe entre atores que desejam entender-se entre si sobre algo num enfoque performativo e que contam com tomadas de posição perante pretensões de validade reciprocamente levantadas. Essa característica peculiar da liberdade comunicativa, que depende sempre de uma relação intersubjetiva, explica por que ela se liga a obrigações ilocucionárias. Para alguém tomar uma posição, dizendo “sim” ou “não”, é preciso que o outro esteja disposto a fundamentar, caso se torne necessário, uma pretensão levantada através de atos de fala. Uma vez que os sujeitos que agem comunicativamente se dispõem a ligar a coordenação de seus planos de ação a um consentimento apoiado nas tomadas de posição recíprocas em relação a pretensões de validade e no reconhecimento dessas pretensões, somente contam os argumentos que podem ser aceitos *em comum* pelos partidos participantes (HABERMAS, 2003b, p.156).

De acordo com Nogueira (2007), quanto aos atos de comunicação que geram o consenso do discurso, Habermas estabelece quatro pretensões de validade: o falante procura escolher expressões compreensíveis pelo ouvinte; o conteúdo da comunicação deve ser verdadeiro; deve haver sinceridade nas intenções do comunicador, para se criar confiança entre eles; finalmente, a manifestação do comunicador somente será aceita se houver na essência da idéia transmitida respeito às normas e valores vigentes na sociedade. Inicia-se, então um processo discursivo. O discurso não deve ser compreendido, aristotelicamente, como ato de retórica, de dialética, de lógica ou de análise, em sentido puro. Mas, deve ser compreendido como o resultado de um processo de exposição de idéias por alguém e de entendimento dessas idéias por outro, que irá participar dessa discussão não como mero ouvinte, mero receptor, mas como agregador de idéias e compreensões à idéia original. O objetivo final desse processo discursivo não é o simples convencimento de uma das partes, mas a compreensão e o sentimento de co-autoria dessa *idéia final*, por parte de ambos.

O processo desenvolvido seria democracia em essência e a grande expectativa, a grande utopia de Habermas seria o livre respeito de todos por essa idéia final e a adesão a ela, pois foi legitimada pelo processo que a concebeu. Portanto, a validade estaria assegurada. O discurso é uma fundamentação que se desenvolve argumentativamente, em que os melhores argumentos e novas informações podem ser agregados. (HABERMAS, 2003b, p.281 e seg.).

A linguagem como recurso lingüístico representaria a ação comunicativa e a linguagem como recurso argumentativo representaria o discurso. Da conjugação desses dois recursos, resultaria a teoria discursiva. Sendo esse processo desenvolvido, no campo do Direito, de maneira factual e válida, tem-se então a aplicação, ou melhor, a concretização da Teoria Discursiva do Direito. Pode-se perceber na teoria de Habermas a sua aplicabilidade consistente ao Estado Democrático de Direito. Como afirma Cattoni de Oliveira (2004, p.173), citando Habermas, “não há Estado de Direito sem democracia”.

No Estado Liberal, a igualdade formal e o individualismo preponderante, jamais permitiriam a aplicação da Teoria Discursiva. No Estado Social, no qual o cidadão era sujeito passivo da tutela estatal, tampouco se conceberia tal processo como necessário à validade do Direito – bastava a vontade do Estado. Já o Estado

Democrático de Direito é o *locus* de realização dessa teoria. Como postulou Habermas em crítica à coerção *versus* liberdade.

Nessa medida, o direito moderno [atual] nutre-se de uma solidariedade concentrada no papel do cidadão que surge, em última instância, do agir comunicativo. A liberdade comunicativa dos cidadãos pode, como vimos, assumir, na prática da autodeterminação organizada, uma forma mediada através de instituições e processos jurídicos, porém não pode ser substituída inteiramente por um direito coercitivo. (HABERMAS, 2003b, p.54).

Concluindo, a partir da Teoria Discursiva, Habermas fundamenta o vínculo entre Direito e Democracia, demonstrando também que o modelo de democracia legal (formal) não se coaduna com o modelo de democracia participativa, em que é assegurado a todos o espaço do discurso, situação típica do Estado Democrático de Direito. (GALUPPO, 2002, cap.4 e 5).

### **2.3.3.2 A sociedade aberta dos intérpretes da constituição**

Há forte vínculo entre a Teoria Discursiva do Direito e a teoria propugnada por Peter Häberle (1997), em sua obra “Hermenêutica Constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”. Os pontos de maior relevo concentram-se na consideração de que o paradigma do Estado Democrático de Direito funda-se em um “direito participativo, pluralista e aberto”. (CARVALHO NETTO, 1999, p.481). Pelas palavras de Alexandre Franco Bahia:

Somente através de espaços de discussão pública, formais ou não, em que se assegure igual participação de diferentes grupos, agindo discursivamente é que se poderá lidar com as desigualdades. Cidadania é um processo (de participação política) e, tal qual a democracia, um aprendizado. Não há pré-requisitos para a cidadania. (FRANCO BAHIA, 2004, p.315).

Gilmar Ferreira Mendes, na apresentação da obra de Häberle (1997), afirma que a proposta é a democratização da interpretação constitucional; considerando-se uma sociedade aberta, isto é, um complexo de cidadãos, de grupos de interesses, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública agindo como “forças produtivas de interpretação, atuando, pelo menos, como pré-intérpretes

(*Vorinterpreteten*) do complexo normativo constitucional.” (HÄBERLE, 1997, p.10). A interpretação constitucional tem-se concentrado em duas questões essenciais, as tarefas e objetivos da interpretação e o método, processo ou regras de interpretação. Levanta-se, agora, uma terceira questão: e quanto aos participantes da interpretação? Quem são e quem o deveria ser?

A interpretação constitucional tem seu âmbito restrito aos juízes, “sociedade fechada” (HÄBERLE, 1997, p.11-12), mediante procedimentos formalizados. Não se pretende, segundo a teoria em estudo, uma eliminação do Juiz Constitucional, que irá atuar sempre em que não houver consenso, ou melhor, nos casos de uma profunda divisão da opinião pública. A Corte Constitucional além de zelar pela integridade da Constituição, também cuida da “participação leal” dos diferentes intérpretes, de modo que todos os interesses sejam resguardados. (HÄBERLE, 1997, p.46).

Marcelo Barbosa Silveira realça a aplicabilidade da proposta de Peter Häberle:

No Brasil, ou melhor, no modelo constitucional de controle adotado no Brasil, essa tarefa fica mais fácil se compreendermos o processo enquanto procedimento em contraditório, onde as partes participam ativamente da construção do provimento final, concretizando assim, o princípio de que o destinatário da norma é também o seu autor, que se reconhece como tal no espaço público do processo, em que, garantindo os princípios fundamentais estruturantes do processo democrático, a ele seria dada a oportunidade de, discursivamente, construir o sentido da norma constitucional. Dessa forma, percebe-se que a abertura interpretativa da Constituição pode levar à ampliação da democracia, entendida como democracia de cidadãos. (SILVEIRA, 2006, p.3).

Häberle (1997, p.15) sugere um “catálogo provisório” dos participantes da interpretação constitucional. Fundamenta também a assertiva de que a interpretação não é monopólio do Estado:

[...] a interpretação constitucional não é um “evento exclusivamente estatal”, seja do ponto de vista teórico, seja do ponto de vista prático. A esse processo tem acesso potencialmente todas as forças da comunidade política. O cidadão que formula um recurso constitucional é intérprete da Constituição tal como o partido político que propõe um conflito entre órgãos ou contra o qual se instaura um processo de proibição de funcionamento. (HÄBERLE, 1997, p.23-24).

Ainda, segundo o autor, a interpretação constitucional é atividade que concerne a todos. O que não deixa de ser mais um forte argumento em favor da

participação ou da possibilidade dela na interpretação constitucional por parte de todos os segmentos da sociedade. A Teoria de Häberle contextualiza, ou melhor, concretiza o paradigma do Estado Democrático de Direito, pois os direitos fundamentais somente encontrarão espaço de realização na sociedade democrática. (HÄBERLE, 1997, p.37). Prosseguindo, o autor ressalta a importância da participação do povo, não somente na eleição que confere legitimidade democrática ao processo de decisão, mas também no processo interpretativo, pois tem participação garantida pelos direitos fundamentais:

Povo é também um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional: como partido político, como opinião científica, como grupo de interesse, como cidadão. A sua competência objetiva é um direito da cidadania no sentido do art. 33 da Lei Fundamental<sup>28</sup>. Dessa forma, os Direitos Fundamentais são parte da base de legitimação democrática para a interpretação aberta tanto no que se refere ao resultado, quanto no diz respeito ao círculo de participantes. (HÄBERLE, 1997, p.37).

Häberle ressalva que povo, na acepção acima, não é tomado no sentido clássico do Estado Liberal, mas como associação de cidadãos – “A democracia do cidadão é muito mais realista que a democracia popular.” (HÄBERLE, 1997, p.38). O autor conclui a sua obra ressaltando a importância de uma teoria constitucional que não prescindia também da integração constitucional realizada pelo legislador e da difícil questão de se constitucionalizar normativamente todos os participantes.

Constitucionalizar formas e processos de participação é uma tarefa específica de uma teoria constitucional (procedimental). [...] É verdade que o processo político é um processo de comunicação de todos para com todos, no qual a teoria constitucional deve tentar ser ouvida, encontrando um espaço próprio e assumindo sua função enquanto instância crítica. [...] A teoria constitucional aqui enunciada tem também uma peculiar responsabilidade para a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. (HÄBERLE, 1997, p.55).

Finalizando, no Estado Democrático de Direito não devem existir iluminados ou esclarecidos a deter o monopólio da interpretação constitucional que é garantia, direito fundamental de todos os cidadãos.

---

<sup>28</sup> O art. 33, I, da Lei Fundamental Alemã consagra a igualdade de direitos e obrigações do cidadão alemão. (HÄBERLE, 1997, p.37).

Na CR88, tal dispositivo está inserto no art. 5º, “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, (...), nos termos seguintes:

I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;”. (BRASIL, 2007, p.22-23).

### 2.3.3.3 O acesso à Justiça

Como já foi enunciado, a Jurisdição é garantia constitucional de toda a sociedade. É preceito insculpido na Constituição da República. Porém, essa garantia precisa ser materializada. Isso se dá em virtude do *acesso à Justiça*. Entendendo-se, aqui, acesso à Justiça não somente como a possibilidade de se recorrer ao Poder Judiciário, quando houver interesse ou necessidade, mas “acesso à ordem jurídica justa”. (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2001, p.33). A *ordem jurídica justa* perpassa a idéia de uma disponibilidade de alternativas, meios, recursos e remédios, à disposição do cidadão, na busca de uma pretensão de direito, que ainda pode ser atualizada no sentido de que o importante não é somente o convencimento como foi dito acima, mas a compreensão, o entendimento, por todos, de se ter alcançado a solução de equidade. (RODRIGUES JÚNIOR, 2006, p. 37)<sup>29</sup>.

O acesso à Justiça é considerado “o mais básico dos direitos humanos – de um sistema moderno e igualitário que pretende garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”. (CAPPELLETTI, 1998, p.12). As soluções práticas para os problemas do acesso à Justiça ocorreram em ondas. A primeira delas caracterizou-se pela “assistência judiciária para os pobres” (CAPPELLETTI, 1998, p.31), que, no Brasil, caracterizou-se pela gratuidade da Justiça, a quem de direito, e pela criação da Defensoria Pública. Porém, apesar de direito constitucionalizado, a efetivação dessa primeira onda ainda deixa a desejar.

A segunda onda é denominada como a “representação dos interesses difusos”. (CAPPELLETTI, 1998, p.49). A doutrina brasileira considera como pertencentes a essa segunda onda, além dos interesses difusos, em sentido estrito, os interesses coletivos e os individuais homogêneos<sup>30</sup>. A proteção jurídica, resultante dessa segunda onda, no Brasil, opera-se pelas *ações de classe*, ação civil pública, ação popular e o mandado de segurança coletivo - institutos previstos na Constituição da República, de 1988, e em legislação ordinária.

Por fim, a terceira onda, “um novo enfoque de acesso à justiça” (CAPPELLETTI, 1998, p.49), “busca o emprego de técnicas processuais

---

<sup>29</sup> Para maiores detalhes sobre os meios alternativos de solução de disputas, recomenda-se as obras de Serpa (1999), Tavares (2002) e Rodrigues Júnior (2006).

<sup>30</sup> Para distinção entre os conceitos desses interesses, recomenda-se a leitura de “Novas linhas do Processo Civil”, p.53-62, de Luiz Guilherme Marinoni (1996).

diferenciadas” (RODRIGUES JÚNIOR, 2006, p. 32), em que não se abandonam as soluções adotadas nas ondas anteriores, mas são acrescentadas maiores possibilidades de se efetivarem. Tais possibilidades passam pela elaboração de novas leis, como por exemplo as que instituíram os Juizados Especiais, a Lei da Arbitragem e as leis que têm reformado o Código de Processo Civil.

## **2.4 Direitos fundamentais, justiça e democracia - uma circularidade**

A situação brasileira é paradoxal, se, por um lado tem-se o voto e a liberdade, muito se fica a desejar quanto aos direitos sociais. A desigualdade social, ainda que mitigada por ações afirmativas e inclusivas, não têm demonstrado a eficiência necessária à garantia da consolidação da democracia. Como agravante, surgem novas demandas de direitos fundamentais, gerações novas, para alguns autores.

Sobre as gerações de direitos fundamentais, há autores que as correlacionam aos paradigmas de Estado - mantendo-se as três gerações clássicas. Seriam os direitos individuais, os sociais e os coletivo-difusos, relacionados respectivamente aos Estados Liberal, Social e Democrático de Direito. Os pioneiros desse pensamento foram T. H. Marshall (HABERMAS, 2003b; SAMPAIO, 2004) e Karel Vasak (SAMPALIO, 2004; BARROS, 2006). Também se encontra semelhante idéia em Bobbio (2004). Portanto, para T. H. Marshall e Karel Vasak, não haveria uma quarta ou quinta geração de direitos fundamentais, que seriam, na realidade, um prolongamento da terceira geração.

Considerando-se os direitos fundamentais como necessidades da pessoa humana ou advindo delas, tais direitos precedem ao Estado que os legitima. Não se concorda com a vinculação das gerações de direitos aos paradigmas<sup>31</sup> de Estado. Esta objeção permite manter a perspectiva histórica do direito e do próprio ser humano. Se os direitos fundamentais enclausurarem-se em três gerações e o

---

<sup>31</sup> Sobre o conceito de paradigma remete-se à obra de Boaventura de Souza Santos (2007), embora, nessa Dissertação, tenha-se tomado o termo em toda a sua polissemia. Dada a sua apropriação pelo senso comum, "paradigma" tem sido freqüentemente tratado como "modelo" - encontram-se exemplos na Seção 4.1. Quanto ao termo paradigma em relação à evolução do Estado, procurou-se empregar o termo sob a ótica do autor mencionado (SANTOS, 2007). Porém, deve-se evidenciar que se verifica na atualidade explicitações ético-político-sociológicas de todos os paradigmas de Estado em co-existência (temporal-espacial).

paradigma de Estado encontrar no Estado Democrático de Direito o seu *locus* final de realização, a perspectiva evolutiva ficaria comprometida. Prefere-se crer que a quarta e a quinta gerações de direitos fundamentais estão a clamar por uma reconstrução do Estado Democrático de Direito, ou, até mesmo, por uma nova ordem.

Dada a natureza da quarta e quinta gerações de direitos fundamentais, segundo os que lhes advogam existência, pode-se fazer questionamentos: por que não se estaria a caminho de um Estado Biocrático de Direito<sup>32</sup> - considerando a vida na e da Terra? Ou, quem sabe, um Estado Cosmocrático de Direito<sup>33</sup> - numa integração suprema do ser humano?

A democracia pressupõe a justiça. Não há justiça sem direitos fundamentais. Mas, a justiça é a realização da causa final do homem - "é a primeira na intenção e última na realização". (PEGORARO, 1995, p.91). Portanto, estabelece-se uma *circularidade*<sup>34</sup>, um vaivém entre as teorias da justiça, entre as gerações de direitos fundamentais e, até mesmo, entre os paradigmas de Estado, implicando uma mútua complementaridade.

---

<sup>32</sup> Recomenda-se a obra "As três ecologias", de Felix Guattari (2007).

<sup>33</sup> Em meados do século passado, Teilhard de Chardin (1946) já falava na "planétisation humaine".

<sup>34</sup> Circularidade na acepção de círculo hermenêutico, que, além de revelar a continuidade da experiência humana, permite o esclarecimento e o apoio mútuo das teorias, sempre a se complementarem. (PEGORARO, 1995, p.88).

### 3 A CONSTRUÇÃO DA AUTONOMIA DO SUJEITO CONTEMPORÂNEO

O objetivo deste capítulo é analisar a autonomia e apresentar as relações jurídicas como situações (jurídicas) subjetivas existenciais, passíveis de serem tratadas no mundo do direito de maneira distinta dos enfoques tradicionais. Será necessária, de início, a abordagem da autonomia desde a sua consagração como liberdade, em Kant, até a sua inserção no âmbito da comunidade de comunicadores, de Habermas.

Parte-se da distinção entre autonomia pública e a autonomia privada. Desde a época clássica, o republicanismo já privilegiava os direitos do cidadão, traduzidos como soberania popular, frente aos direitos privados. O interesse social prevalecia sobre o individual. Essa soberania popular, ou *liberdade dos antigos*, é compreendida como a autonomia pública. O liberalismo veio alterar esse estado de coisas, concedendo primazia ao indivíduo, em sua esfera privada, atribuindo-lhe direitos (fundamentais), que podem ser traduzidos como autonomia privada. (HABERMAS, 2000, p.193 e seg.).

"Não existe nenhum direito sem a autonomia privada de sujeitos de direitos" (HABERMAS, 2000, p.195), portanto, o Estado de Direito veio consagrar a autonomia. Nesse contexto, político, foi possível a diferenciação entre autonomia pública e privada. Propugna Habermas por uma nova idéia de autonomia, concluindo que "a autonomia privada e a pública se pressupõem mutuamente, e são co-originárias, uma não podendo se sobrepor à outra." (REPOLÊS, 2003, p.111).

Dessa forma, ressalta-se a importância dos direitos fundamentais, que em todas as suas dimensões, compreendem a autonomia público-privada a fundamentar a comunidade de comunicadores preconizada para o Estado contemporâneo. "A autonomia é condição de possibilidade da ordem jurídica de um Estado Democrático de Direito, que conjuga soberania popular e proteção aos direitos fundamentais." (RÜGER; RODRIGUES, 2007, p.21).

Ressalta-se, porém, que a autonomia sempre foi objeto de inúmeras abordagens, muitas delas distintas da idéia kantiana, mas sempre vinculadas à liberdade. Em uma outra abordagem:

Não se pode entender o conceito de autonomia com uma natureza única ao longo do tempo e através dos teóricos que se dedicaram a reflexões sobre o assunto. A autonomia a que se refere Aristóteles não é a mesma do pensamento kantiano ou marxiano e muito menos das atuais teorias do agir comunicativo. Apesar das diferenças - às vezes como equivalente de liberdade, outras como de autogoverno ou soberania e ainda outras como de liberdade, vontade, individualidade, independência e auto-suficiência - não resta dúvida que a noção da autonomia tem desempenhado papel importante na filosofia moral aplicada e nas filosofias normativas em geral. (GUSTIN, 1999, p.34).

A seguir será buscada uma conceituação da autonomia privada, distinguindo-a da autonomia da vontade, procurando-se demonstrar que aquela é uma compreensão mais apropriada à época pós-convencional, em que se vive.

### **3.1 Autonomia da vontade e autonomia privada**

Inicialmente, há que se discorrer sobre a evolução da autonomia no contexto dos vários paradigmas de Estado que se sucederam na Modernidade. Em resposta ao Estado Absolutista, nasceu o Estado Liberal, verdadeiro berço da autonomia da vontade. Como já foi dito anteriormente, é característica desse Estado a intervenção mínima na esfera privada, o caráter quase absoluto da propriedade privada, a economia competitiva do livre mercado e a acumulação de capitais, além de uma igualdade meramente formal entre os indivíduos. Nesse contexto, os atos negociais consubstanciavam a máxima *pacta sunt servanda*, o negócio fazendo lei entre as partes, independentemente de princípios relativos a alteridade e justiça. Pode-se afirmar que havia a manifestação da autonomia da vontade em estado puro, consequência do individualismo do Estado Liberal. Essa situação vai-se modificar com a evolução ao Estado Social de Direito, com o movimento pela afirmação dos direitos de segunda geração, com as restrições impostas pelo novo Estado às liberdades individuais, o dirigismo contratual e a função social da propriedade. A essa época, a autonomia da vontade, dadas as restrições a ela impostas pelo Estado Social, passa a se manifestar como autonomia privada. Os atos negociais entre os indivíduos, incluindo-se a mediação, consubstanciam-se na esfera do Direito Privado, mais bem delimitado pelo Estado e mais estritamente sob a sua tutela. Nas palavras de Renata Pompeu,

A idéia de autonomia que vai permear a mediação não pode consentir nos contornos liberais que outrora lhe foram atribuídos, como auto-suficiência, mas num conceito de autonomia que trará consigo a idéia do debate e da inclusão do outro. (POMPEU, 2006, p.93).

Ao tratar da autonomia, Kant, não o fez com o pensamento na política, mas no contexto da moral, em sentido amplo. Por isso concluiu que:

A autonomia da vontade é a constituição da vontade, graças à qual ela é para si mesma a sua lei (independentemente da natureza dos objetos do querer). O princípio da autonomia é, portanto, não escolher senão de modo a que as máximas da escolha no próprio querer sejam simultaneamente incluídas como lei universal. (KANT, 2006, p.70).

Prossegue, Kant, afirmando que a liberdade é a propriedade da vontade de ser lei para si mesma, portanto, vontade livre e vontade submetida às leis morais são coisas indistintas, indissociáveis. (KANT, 2006, p.65). A autonomia é, pois, "o fundamento da dignidade<sup>35</sup> da natureza humana e de toda a natureza racional." (KANT, 2006, p.66).

Em virtude da exposição a seguir, doravante, a autonomia será tratada como autonomia privada e alçada à condição de princípio jurídico, com o aval de doutrinadores como Caio Mário (PEREIRA, 1999, p.305), Cordeiro (2005, p.395), Amaral (1999), dentre outros. Dessa forma, a autonomia privada

é o poder que os particulares têm de regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações de que participam, estabelecendo-lhes o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica.

Sinônimo de autonomia da vontade, para grande parte da doutrina contemporânea, com ela porém não se confunde, existindo entre ambas sensível diferença. A expressão "autonomia da vontade" tem uma conotação subjetiva, psicológica, enquanto a autonomia privada marca o poder da vontade no direito de um modo objetivo, concreto e real. (AMARAL, 2006, p.345).

Acredita-se ser a preferência pela expressão *autonomia privada* fruto de uma maior e melhor delimitação do Direito Privado, com a evolução dos paradigmas de Estado. Particularmente, com o advento do Estado Democrático de Direito, que surge, portanto, de uma crise de legitimidade, o cidadão deixa de ser o sujeito

---

<sup>35</sup> No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade. (KANT, 2006, p.65).

passivo da tutela estatal, passando a ter participação ativa na vida do Estado. Não mais se concebe um poder estatal que não seja legitimado. E, para isso, há que se ter na sociedade pluralista, livre, justa e solidária, os espaços para o diálogo, para as interações positivas, garantidos à luz do princípio da dignidade da pessoa humana.

Ao compreender-se a autonomia privada como princípio jurídico, percebe-se o seu sentido numa perspectiva relacional, pois a idéia de autonomia "pressupõe socialidade, intersubjetividade". (NAVES, 2003b, p.83). Como apresentado em seguida, a mediação, por ter dimensão relacional, intersubjetiva, ancora-se no princípio da autonomia privada.

### **3.2 Autonomia privada - características e fundamentos**

Dada a gama de possibilidades de abordagem da autonomia, após a análise da concepção kantiana - essencial para a afirmação da vontade - requisito do negócio jurídico - procura-se analisar a autonomia no campo das situações jurídicas que envolvem os negócios jurídicos. Já antecipando, ou melhor, situando a mediação, objeto deste trabalho, na esfera das relações jurídicas (situações subjetivas) que prescindem absolutamente da vontade, como todo negócio jurídico.

Poderia, nesse ponto, ser posta uma objeção: a vontade kantiana, tomada da moral, em sentido amplo, é superior à vontade para o Direito, ou, ao menos, é diferente dela, pois ao Direito interessaria apenas a sua manifestação concreta, objetiva.

Em resposta à objeção, não se concorda<sup>36</sup> com esse desprendimento da consciência íntima de cada um na manifestação da vontade para o Direito. Apesar de o direito não se confundir com a moral (em sentido estrito), são frutos de uma mesma cepa. Princípios implícitos ao negócio jurídico, como lealdade, honestidade e probidade, reforçam a argumentação, sobretudo no Direito de Família, de que ao Direito interessam as inclinações e as intenções da vontade de cada um. Um bom

---

<sup>36</sup> Nesse mesmo sentido, Antônio Menezes Cordeiro (2005, p.391), reconhece uma dúplice utilização dada à autonomia privada, no âmbito do Direito: em sentido amplo equivale ao espaço de liberdade reconhecido a cada um, correspondendo a um dado imanente das pessoas, permitindo-lhes, por si mesmas, criar o Direito; em sentido estrito, representa o espaço, concedido pelo Direito, para que as pessoas possam desenvolver atos jurídicos que desejarem.

exemplo são os necessários estudos psicossociais nas querelas por guarda de filhos ou na adoção.

A autonomia da vontade recebeu, portanto, a denominação de autonomia privada para se desvencilhar do peso do dogma da vontade (liberdade quase-absoluta) recebida a partir do Estado Liberal, sobretudo em relação ao direito de propriedade. Consagrou-se, então, como autonomia privada e é princípio jurídico, fundante e estruturante<sup>37</sup>, do Direito Privado. Portanto, é necessário que se trace uma conformação para a autonomia privada e que se lhe dê conteúdo. As caracterizações apresentadas a seguir foram recolhidas na doutrina civilista ainda com seu forte viés patrimonialista. Portanto, será preciso um esforço de reconstrução da autonomia privada, conformando-a às situações existenciais.

Apresenta-se a autonomia privada à luz da doutrina de António Menezes Cordeiro (2005), que preconiza duas situações distintas que permitem a incidência da autonomia privada nos atos jurídicos: a liberdade de celebração e a liberdade de estipulação.

Na liberdade de celebração, a autonomia permite praticar ou não praticar o acto e, portanto, optar pela presença ou pela ausência de determinados efeitos de Direito, a ele associados.

Na liberdade de estipulação, a autonomia vai mais longe: ela permite optar pela prática do acto e, ainda, seleccionar, para além da sua presença, o tipo de efeitos que se irão produzir. (CORDEIRO, 2005, p.392).

O interesse do presente trabalho repousa na liberdade de estipulação visto tratar-se da mediação, que é correlata ao negócio jurídico. Para Amaral (2006, p.347 e seg.), os limites para a autonomia privada são a ordem pública, os bons costumes e a boa-fé objetiva, entendendo-se

ordem pública como conjunto de normas jurídicas que regulam e protegem os interesses fundamentais da sociedade e do Estado e as que, no direito privado, estabelecem as bases jurídicas fundamentais da ordem económica. Bons costumes, como o conjunto de regras morais que formam a mentalidade de um povo e que se expressam em princípios como o da lealdade contratual, da proibição de lenocínio, dos contratos matrimoniais, do jogo etc. E boa-fé, como lealdade no comportamento. (AMARAL, 2006, p.347).

---

<sup>37</sup> Francisco Amaral (1999) tece uma abordagem interessante do princípio da autonomia privada à luz do personalismo ético.

A afirmação de que o Estado limita a autonomia privada sofre contestações, das quais se comunga. De acordo com Naves (2003b) a autonomia é um poder que o direito atribui à pessoa. Sendo assim, se o próprio Estado atribui a autonomia, não faria sentido ora concedê-la, ora limitá-la. O que ocorre é a atribuição de uma autonomia com plasticidade suficiente para amoldar-se às realidades que se concretizam no vasto mundo das relações histórico-sociais de interesse para o direito. (NAVES, 2003b, p.89).

Sob a perspectiva civil-constitucional, a autonomia privada, sendo princípio jurídico, vai-se densificar nas circunstâncias do caso concreto. Essa compreensão será fundamental para esse trabalho, pois fundamentará a abertura necessária para que, por meio do exercício da liberdade, as pessoas possam resolver suas questões familiares, patrimoniais ou extrapatrimoniais, construindo soluções por meio da mediação.

O próximo tópico trata das situações jurídicas, quando também se analisa como a busca pela concretização dos direitos fundamentais acabou por conformar a autonomia privada, trazendo-a para o âmbito das relações jurídicas com uma roupagem adequada ao paradigma do Estado Democrático de Direito, em que a autonomia vincula-se a um pano de fundo mais existencialista em detrimento da sua natureza patrimonialista de origem.

### **3.3 As situações jurídicas**

Contemporaneamente, o direito e a realidade se movimentam no sentido de se aproximarem, portanto foram adotadas teorias consetâneas com o momento atual no tocante ao estudo das situações jurídicas. O Direito na pós-modernidade

revela-se pela pluralidade de fontes, pela intervenção estatal nos negócios privados, pelo respeito aos direitos fundamentais e pelo direito à diferença. Tudo isso em prol da despatrimonialização do Direito Privado, da instrumentalização do contrato e da propriedade à pessoa humana, reposicionando-a no centro do sistema jurídico. (NAVES, 2003a, p.16).

A situação jurídica, em sentido amplo<sup>38</sup>, é uma circunstância estática no mundo jurídico, caracterizada por uma qualificação normativa. Por isso tem-se o bem móvel e o imóvel, o fungível e o infungível, etc. Outro exemplo, seria a qualificação (jurídica) de um imóvel como Bem de Família. Portanto, situação jurídica "é a conjuntura resultante da aplicação de uma norma jurídica." (NAVES, 2003b, p.28).

Em sentido estrito, a situação jurídica torna-se situação subjetiva. Isto é, vai-se considerar a posição dos sujeitos (ou centros de interesses, ou referenciais de imputação) presentes na situação, desaguando-se na situação subjetiva. Essa, por seu turno, pode se desdobrar. Caso haja um único sujeito, trata-se de situação unissubjetiva. Caso haja dois ou mais sujeitos, situação plurissubjetiva ou relação jurídica. (CORDEIRO, 2005, p.305-306).

De maneira assemelhada, Torquato Castro (1985), classifica as situações jurídicas (situações subjetivas) em unipossicionais e pluripossicionais. Essas últimas caracterizam-se por apresentarem dois ou mais sujeitos (ou centros de interesses), diversamente posicionados (posições jurídicas opostas), porém buscando a consecução de um objeto único.

A situação jurídica envolvendo a pluralidade de sujeitos que acima se apresentou como relação jurídica é aquela de interesse primordial a esta dissertação, dado o fenômeno da intersubjetividade presente na mediação.

Passa-se à discussão da relação jurídica, tomada em sua dupla forma, como situação subjetiva patrimonial e situação subjetiva não-patrimonial, ou existencial.

### **3.3.1 Situações jurídicas patrimoniais - a autonomia do ter**

As situações subjetivas que envolvem conteúdo econômico e que, por isso, podem ser avaliadas em dinheiro vão representar as situações subjetivas patrimoniais. (CORDEIRO, 2005, p.307). Ressalta-se, mais uma vez, o forte viés patrimonialista da nossa legislação civil. Com respeito ao Direito Privado, basta uma simples consulta ao Código Civil Brasileiro - código de 1916 - para se perceber a

---

<sup>38</sup> O posicionamento adotado baseia-se nas obras de Ascensão (2002) e de Naves (2003b).

"racionalidade patrimonialista" (FACHIN, 2000, p.133) com que foi elaborado. Somente no quarto livro da parte especial vai-se tratar da família e, mesmo assim, cuida de relações eminentemente patrimoniais. O novo Código Civil, de 2002, trouxe evoluções em relação ao antecessor no tratamento da pessoa, da família e das questões não-patrimoniais, embora, analisado à luz da Constituição de 1988, com seu cunho solidarista, deixa muito a desejar.

Algumas considerações precisam ser feitas sobre o patrimônio, a pessoa e o sujeito de direitos. Patrimônio pode ser conceituado como a "projeção econômica da personalidade." (DINIZ, 1999, p.99). O artigo 1º, do Código Civil prescreve que "Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil." (BRASIL, 2007, p.229). Essa prescrição foi suficiente para se manter a categorização abstrata, tradicional, que designa a pessoa como sujeito de direitos. Portanto, "ser sujeito de direitos seria encaixar-se, concretamente, nos suportes fáticos sustentadores das relações jurídicas." (EBERLE, 2006, p.23). Porém, o conceito de pessoa, natural, humana, está mais além da qualificação como sujeito de direitos.

A qualificação da pessoa como sujeito de direitos e deveres acabou por promover a necessidade de se possuir alguma coisa para se integrar ao mundo jurídico. Como consequência, a pessoa

para exercer os direitos e contrair as obrigações cujo contorno também é dado pela ordem jurídica, precisa identificar-se com um nome e um registro, ter a idade que a lei quer que tenha (ou alguém deverá representá-la ou assisti-la), ter condições de emitir sua vontade (ou alguém por ela), enfim, precisa apresentar-se acima de simplesmente **ser**. (MEIRELLES, 2000, p.89).

Portanto, a pessoa, sujeito de direitos e possuidora de um patrimônio, em regra, caracteriza uma situação subjetiva patrimonial. Duas situações subjetivas podem, então, advir, as situações contratuais e as situações reais. Essas últimas fogem ao escopo da relação jurídica por não serem plurissubjetivas (ou pluriposicionais), não alcançando a intersubjetividade. (NAVES, 2003b, p.89).

Tanto pelo ato em si, como pelo possível acordo obtido, a mediação caracteriza-se como um negócio jurídico, de natureza contratual. Inclui-se, portanto, no rol das situações subjetivas contratuais.

O patrimônio sempre foi assunto prioritário no Direito Civil tradicional; a normatização das situações contratuais e a vasta produção doutrinária e

jurisprudencial demonstram a busca de segurança jurídica, que pode ser mito ou dogma.

A autonomia privada abrange toda a disciplina contratual, isto é, perpassa todas as fases do contrato. (NAVES, 2003b, p.93). Ressalta-se uma nova ordem jurídica em que, mantendo ainda forte conotação patrimonialista, o Direito estabelece contornos para a autonomia privada, ancorando-se em princípios como a boa-fé, os bons costumes e a ordem pública. A intervenção estatal no âmbito privado das situações subjetivas patrimoniais representa marco característico do Estado Social, consubstanciada no denominado dirigismo contratual. (FIUZA, 2006, p.413 e seg.). Saiu-se do império<sup>39</sup> - a supremacia quase-absoluta da autonomia - e caiu-se na benevolência - o beneplácito do paternalismo estatal. O que, sob o aspecto do seu crescimento não deixou de ser uma evolução, mas muito ainda há que se reconstruir para a emancipação da pessoa humana.

Uma vez, no âmbito das situações subjetivas patrimoniais, conformada a autonomia segundo os princípios da boa-fé, dos bons costumes e da ordem pública, resta uma questão a analisar: a autonomia privada frente às situações subjetivas existenciais.

### **3.3.2 Situações jurídicas existenciais - a autonomia do ser**

“O direito não corresponde absolutamente ao mundo do ‘ser’, ele cuida do mundo do ‘haver’, das coisas que se dividem” - essa referência a Gabriel Marcel, encontrada em Michel Villey (1977, p.57), causa estranheza, principalmente quando o que se deseja é uma menor ênfase à questão patrimonial em detrimento da questão existencial. Mas, o próprio Villey esclarece, em seguida, que se ensina exatamente o contrário no mundo atual. Gabriel Marcel estava referindo-se a bens (*res interiores*), tais como o amor, a liberdade, o respeito à pessoa humana, que, na sua opinião, são indivisíveis. (VILLEY, 1977, p.57). Ousa-se acrescentar que tais bens, ainda que indivisíveis, são compartilháveis e devem receber primazia em sua

---

<sup>39</sup> A idéia de império e benevolência foi encontrada em CAMARGO (2008), membro do CEBEL - Centro de Estudos Brasileiro sobre o pensamento de Emmanuel Lévinas.

tutela jurídica, reforçando-se a idéia de indivíduo como sujeito de relações sociais, pautadas na dignidade da pessoa humana.

Inicialmente, julga-se necessário retomar o conceito jurídico de pessoa. As relações jurídicas, e o Código Civil, acabaram por conformar os papéis do homem, quais sejam, o contratante, o proprietário, o empresário, o marido (ou companheiro)/pai e o testador. A pessoa assume o correto sentido etimológico do termo – *persona*, a máscara dos atores teatrais da Antigüidade. (MEIRELLES, 2000, p.90).

Pessoa, nessa ordem de idéias, é aquele que compra, que vende, que testa; enfim, aquele que reúne condições de desenvolver atividades adequadas no sentido marcadamente proprietarista do Código Civil Brasileiro. Ser pessoa é adequar-se, perfeitamente, aos parâmetros estabelecidos pelo ordenamento; é traduzir, de modo concreto, a imagem conceitual ditada pelo mesmo. (MEIRELLES, 2000, p.91).

O senso comum é suficiente para se reconhecer que a pessoa, no conceito jurídico, o sujeito do ter, nem sempre corresponde à pessoa, particularmente àquela do mundo da vida, vinculada ao mundo real do ser – um ser humano pela própria natureza e dignidade. (MEIRELLES, 2000, p.91). Há um descolamento entre o sujeito de direito e o sujeito do mundo real, despossuído de um mínimo existencial necessário para se incluir no mundo jurídico e, assim, se realizar em seu projeto de humanidade. Isso se torna mais grave ainda em sociedades de desigualdades institucionalizadas. Não pode haver horizontes para uma pessoa a quem não seja permitido, em situações subjetivas, ver aflorar sua autonomia de ser. Felizmente, com o advento da Constituição de 1988, esse estado de coisas tem-se alterado, buscando-se conferir personalismo ético às situações jurídicas. (AMARAL, 1999).

A partir de um ordenamento caracterizado como um sistema aberto de regras e princípios, tem-se alcançado algum êxito na aplicação do princípio da autonomia privada às situações subjetivas existenciais. Pode-se exemplificar, circunscrevendo-se ao Direito de Família<sup>40</sup> e à Mediação: dissolução (consensual) da sociedade conjugal; guarda de filhos e regime de visitas; decisões quanto ao nome de família adotado no casamento, dentre outros.

Nesse mesmo sentido, ao analisar o projeto do Código Civil vigente, Luiz Edson Fachin asseverou: “O Direito Civil, hoje, ‘privilegia’ o desenvolvimento

---

<sup>40</sup> O Biodireito representa um vasto campo de análise e aplicação da autonomia às situações subjetivas existenciais, porém foge ao escopo desse trabalho.

humano e a dignidade da pessoa concretamente considerada, em suas relações interpessoais visando à sua emancipação.” (FACHIN, 2000, p.130). Ainda com respeito ao Código Civil vigente no Brasil e seu Livro de Família, assim manifesta Eduardo de Oliveira Leite:

A grande divisão em matérias pessoais, em primeiro lugar, e patrimoniais, posteriormente, não só atende a nova perspectiva constitucional trabalhada sobre os valores existenciais do homem, como também resgata a supremacia do pessoal sobre o patrimonial, nas questões familiares. (LEITE, 2005, p.27).

A linha de pensamento até aqui apresentada será de grande importância para se analisar a mediação como aplicável às relações jurídicas existenciais.

### 3.4 O negócio jurídico

A mediação é um instituto que, com toda a sua dinâmica peculiar, se materializa por meio de uma relação, de uma interação de centros de interesses caracterizados por situações subjetivas peculiares e, no mais das vezes, antagônicas. O evento marcado pela interação entre os mediados situa-se na esfera dos negócios jurídicos<sup>41</sup>. Adota-se aqui o conceito assumido por Caio Mário, como sendo da moderna teoria, em que o negócio jurídico pertence a uma categoria "constituída de uma declaração de vontade no sentido da obtenção de um resultado." (PEREIRA, 1999, p.303). Nesse mesmo sentido, Orlando Gomes, conceitua o negócio jurídico como "toda declaração de vontade destinada à produção de efeitos jurídicos correspondentes ao *intento prático* do declarante, se reconhecido e garantido pela lei." (GOMES, 1999, p.269). Numa linha mais abrangente, César Fiuza, conceitua o negócio jurídico como "toda ação humana combinada com o ordenamento jurídico, voltada a criar, modificar, ou extinguir relações ou situações jurídicas, cujos efeitos vêm mais da atuação individual do que da Lei." (FIUZA, 2006, p.202).

---

<sup>41</sup> Sugere-se o estudo "Do fato ao negócio: em busca da precisão conceitual", de João Baptista Villela (1982b).

É importante observar que, no negócio jurídico, tanto a declaração de vontade quanto o resultado estarão vinculados ao ordenamento jurídico, que hoje, é representado por um sistema aberto de regras e princípios. Afirmação que já traz no seu bojo uma preparação para se compreender e fundamentar a aplicação da mediação familiar também a situações subjetivas existenciais.

### **3.5 Autonomia, individualismo e subjetividade**

Neste tópico, propõe-se analisar a autonomia do sujeito contemporâneo e refletir sobre a sua (re)construção. Para complementar essa proposta, precisa-se considerar alguns princípios, quais sejam, a afetividade, a alteridade, a inclusão/tolerância e a responsabilidade, que serão abordados a seu tempo.

Primeiramente, deve-se fazer uma distinção entre o individualismo, quase-sinônimo do egoísmo, exacerbado pelo Estado Liberal, e o individualismo, fonte de identidade do ser. Esse último, cuida da carga que se recebe, para continuamente aprimorar, ao se adentrar no mundo, na comunidade, desde o nascimento até a morte, talvez, até depois dela. O individualismo que torna o ser humano único em dignidade e que o distingue dos demais, mas que também somente existe porque existe o outro, o próximo. Porém, esse individualismo que serve pra distinguir uma pessoa de outra tem sido sobrepujado pelo individualismo egoísta, fortalecido no liberalismo, devido a inclinações da natureza humana. A tentação de uma autonomia da vontade na qual a liberdade absolutizou-se, para aqueles que a detinham, ficou distante da idéia kantiana. Como se viu, vicissitudes da história sociopolítica, acabaram por demonstrar, de maneira mais acentuada a partir do Estado Social, a necessidade de uma conformação da autonomia da vontade. Elemento essencial aos negócios jurídicos, a autonomia privada encontrou no Direito uma espécie de regulamentação público-privada. Sendo o direito reflexo de fatos sociais e estando a serviço do ser humano, a conformação da autonomia pretende promover a pessoa humana, conferindo-lhe dignidade e lhe assegurando a realização plena de vida. Os direitos fundamentais pretendem conferir uma nova ordem social na (re)construção

desse indivíduo integral<sup>42</sup>. Para essa reconstrução é necessário conciliar as idéias de autonomia-liberdade e de indivíduo.

Como superação ao paradigma de uma liberdade apenas formal e aos reclamos de uma sociedade de indivíduos cada vez mais desiguais, o Estado Social provocou, ou promoveu, uma retomada da *consciência do outro*. Os direitos fundamentais sociais, ao responder aos anseios de justiça social, acabaram por introduzir princípios a conformar a autonomia da vontade: a ordem pública, a boa-fé e os bons costumes. “A autonomia privada veio apenas substituir a carga individualista e liberal da autonomia da vontade” (NAVES, 2003b, p.82), porém, conservou o seu sentido e a sua essencialidade às relações jurídicas.

Quanto ao individualismo, em sua versão liberal que se denominou negativa<sup>43</sup>, plasmou-se de tal maneira na sociedade moderna, com características e paradigma daquilo que vem para ficar em definitivo. Ainda que, erroneamente, atribuindo ao individualismo uma origem democrática – liberalismo e democracia guardam muitas semelhanças -, Tocqueville ao distinguir o individualismo do egoísmo, acabou por aproximá-los:

Individualismo é uma expressão recente, que nasceu por causa se uma idéia nova. Nossos pais apenas conheciam o egoísmo. O egoísmo é um amor apaixonado e exagerado por si mesmo, que leva o homem a nada relacionar senão a ele apenas e a preferir-se a tudo. O individualismo é um sentimento refletido e pacífico, que dispõe cada cidadão a isolar-se da massa de seus semelhantes e a retirar-se para um lado com sua família e seus amigos, de tal sorte que, após ter criado para si, dessa forma, uma pequena sociedade para seu uso, abandona de bom grado a própria grande sociedade. (...) o individualismo, de início, só faz secar a fonte das virtudes públicas; mas, depois de algum tempo, ataca e destrói todas as outras e vai, afinal, absorver-se no egoísmo. (TOCQUEVILLE, 1977, p.386).

Não se quer culpar o Estado Liberal pelas mazelas da natureza humana em suas inclinações egoístas. Porém, resta claro, a História o demonstra, que no liberalismo floresceram ideologias individualistas. Tais ideologias tornaram indissociáveis<sup>44</sup> o individualismo e a autonomia, mas não são características

---

<sup>42</sup> Recomenda-se a leitura de “A educação do homem integral”, de Huberto Rohden (1998).

<sup>43</sup> Na versão negativa, há interesse em reconhecer o outro para se individualizar na multidão de egos; não para, responsabilmente, incluir o outro e respeitá-lo; tampouco para se colocar em seu lugar; não há afeto nem alteridade.

<sup>44</sup> Alain Renaut (2000) em “A era do indivíduo”, procura distinguir individualismo e autonomia com o objetivo de precisar as relações entre individualismo e subjetividade. Em rumo semelhante, procura-se nesse trabalho uma ponte a transpor o indivíduo (no sentido negativo) para o sentido de sujeito (indivíduo mobilizado).

somente do mundo ocidental, nem se encontram circunscritas a ele. O individualismo é a “negação da dimensão comunitária da pessoa humana”. (LORENZON, 1989, p.36). E, para Mounier, o individualismo vai além de uma simples moral, é a metafísica da solidão integral, a única que nos resta quando perdemos a verdade, o mundo e a comunidade dos homens. (MOUNIER, 1963, p.158-159). Essa perda leva a um sentimento de derrelição que impõe ao indivíduo a solidão, o solipsismo da modernidade tardia; porém o indivíduo não perde propriamente sua essência comunitária, não sabe é como resgatá-la. Nesse ponto, a sociedade de consumo se projeta, faz todo tipo de aceno possível ao indivíduo para que se inclua, se integre, a preços cada vez maiores, mediante artifícios cada vez mais descartáveis e substituíveis por outros novos, mas sempre à custa da idéia do ter para ser. Nas palavras de Arlindo Lorenzon:

Essa solidão em face da verdade e do conhecimento, em face do mundo e da comunidade é a solidão do homem contemporâneo. Muito haveria a dizer, dentro de uma crítica das mensagens dos meios de comunicação de massa no mundo capitalista e burguês ocidental, com conteúdo marcadamente individualista e consumista. As enormes dificuldades que os movimentos comunitários enfrentam para mudar essa concepção e essa prática se tornam cada vez maiores. Há toda uma conspiração contra qualquer tentativa de despertar no homem a consciência da intersubjetividade e da dimensão essencial comunitária. (LORENZON, 1989, p.39-40).

Na opinião de Fábio Konder Comparato (2001), à humanidade só resta deixar-se dilacerar rumo ao apogeu capitalista ou tomar “afinal o rumo da justiça e da dignidade, seguindo o luminoso caminho traçado pela sabedoria clássica. Não há terceira via.” (COMPARATO, 2001, p.457). Desse aspecto, discorda-se, pois, a despeito da crise de esperança, há sempre uma terceira via. Apresenta-se duas objeções a seguir, que poderiam ser refutadas à custa do argumento de ser a crise do individualismo uma questão crônica. Mas, prefere-se acreditar na *dor do crescimento*. Institutos como a mediação representam uma crença no indivíduo, como sujeito mobilizado, e uma fé na humanidade.

Realmente o problema não é novo. Há mais de cinquenta anos, Edgar de Godói da Mata Machado (1953) já conclamava por um personalismo jurídico<sup>45</sup> No mesmo sentido, à mesma época, a melhor literatura nacional<sup>46</sup> já diagnosticava:

<sup>45</sup> A obra “Contribuição ao personalismo jurídico” é de 1953, com reedição em 1999, pela Del Rey.

<sup>46</sup> Trata-se da obra “Lições de abismo”, lançada em 1950.

A grande angústia do nosso tempo é um sentimento de excomunhão. Não sentindo em si uma existência própria, uma atividade própria, o homem precisa desesperadamente de um apoio exterior. Um andaime que lhe falte, ele logo se sente desvairadamente infeliz, como quem, num pesadelo, se achasse numa sala onde todo o mundo se divertisse em chinês. (...) Desajustado, não compreendendo o chinês em que os outros riem e cantam, o excluído só pode fazer uma coisa que não exige sociabilidade: chorar. E olhe lá!

O resultado aí está: uma sociedade em pânico, que tudo aposta na estridência e na visibilidade; uma sociedade de aterrorizados que pisa os pobres, os pequeninos, os doentes, na fúria de atingir um estrado em praça pública, de onde possam fazer, uns aos outros, sinais febris e sem significação. (CORÇÃO, 1989, p.215).

Percebe-se que o diagnóstico atual não demonstra grandes diferenças daquele de há meio século. Porém, aspecto extremamente favorável é o paradigma do Estado Democrático de Direito e a mobilização das sociedades em razão dos direitos fundamentais – por eles e por causa deles. Somando-se a conjuntura favorável com a fé no homem como um sujeito de buscas, acredita-se na superação da mencionada crise de esperança.

O homem como um ser eternamente insatisfeito – não fosse assim, estaria nas cavernas, na tradicional ou na de Platão – busca sempre uma saída, uma luz a clarear o caminho do futuro. Duas características são marcantes no indivíduo: a preocupação com o futuro, que talvez nem se concretize, e a memória de seu passado, com seus erros e acertos. Como relata Hannah Arendt (2007), sobra pouco ou nenhum espaço para o presente. Entre o passado e o futuro, o homem se perde e, com isso, perde a oportunidade de se evoluir ao grau de sujeito. Isto é, de estabelecer o correto equilíbrio entre o indivíduo particularizado e o indivíduo universal, que é o *sujeito mobilizado*. (VAZ, 1990).

Nesse ponto, já se pode reformular a questão objeto desse tópico: como (re)construir a autonomia do indivíduo contemporâneo? Reale (1986) afirmava que toda pergunta traz implícita uma expectativa de resposta. Para Hannah Arendt (1998) o Estado de Direito e a cidadania são pressupostos para a conquista da liberdade, igualdade e dignidade. As circunstâncias e o diagnóstico já foram abordados. Concentra-se, pois, no agente que é o foco da questão.

Um processo reconstrutivo pressupõe uma demolição, não uma aniquilação e choca-se com a mentalidade contemporânea, em que tudo é fugaz, descartável, de consumo imediato e, ainda, superável no instante seguinte. Embora passe pela fatal

demolição, a reconstrução pressupõe o aproveitamento de certas substâncias boas e necessárias daquilo que foi desmanchado. À moda de uma parede demolida que dará lugar a uma nova, aproveitam-se os tijolos, talvez o alicerce, o substrato. A inovação será o cimento, mais algum reforço estrutural a lhe fortalecer na sua essência de parede.

A reconstrução da autonomia do sujeito contemporâneo há de ser conduzida com vista à sua inserção na comunidade de comunicadores preconizada por Habermas (2003a; 2003b), porém, sem se descurar de que, na realização dos planos de vida de cada um, deverá estar incluída também a realização do outro.

A consciência de si como sujeito que reconhece o outro será alcançada graças à práxis argumentativa, ao emprego de uma pedagogia do discurso, da dialética e dialogia nas relações sociais, políticas e jurídicas, segundo princípios ético-jurídicos indispensáveis à afirmação dos direitos fundamentais. Para Manfredo de Oliveira,

Nosso ser pessoal, nossa subjetividade não são dados, mas conquistas que passam pela nossa identificação com o mundo de obras técnicas e interacionais por nós criadas. O processo de personificação, a descoberta da subjetividade é medida pela construção das obras comunitárias. (OLIVEIRA, 1989, p.15).

A proposta apresentada no curso desse trabalho passa pela construção de uma comunidade ética, com ênfase para a família, a comunidade primordial, na busca de uma vida humanizante e humanizada, pois "A vida boa humana é a vida boa *entre seres humanos*, caso contrário pode até ser vida, mas não será nem boa nem humana." (SAVATER, 1996, p.74).

## 4 MEDIAÇÃO - ENTRE O DIREITO E A FAMÍLIA

A mediação integra as alternativas para resolução de disputas, consistindo em uma via extrajudicial para a solução de conflitos ou disputas, particularmente em conflitos relativos às questões trabalhistas, à empreitada, ao direito imobiliário, ao seguro, à franquia, ao direito de família, à responsabilidade civil, ao contrato internacional, etc. (DINIZ, 1998b, p.235).

É nítido o aspecto privatístico da mediação que tem seu espaço de aplicação diretamente relacionado aos direitos disponíveis, na esfera civil. Portanto, a condição de aplicabilidade da mediação estaria vinculada aos direitos disponíveis ou a situações em que determinados direitos podem ser tratados sob a perspectiva da disponibilidade.

Valendo-se das palavras de Mauro Cappelletti,

O direito civil substantivo, ou seja, aquele direito substantivo sobre o qual operam os tribunais cíveis, continua, pelo contrário [em comparação aos sistemas comunistas], sendo, para nós, “ocidentais”, a princípio – exceção feita de alguns setores do mesmo, como de alguns aspectos do direito de família ou do direito do trabalho, agrário, industrial -, um direito privado. Este cria, por conseguinte, direitos subjetivos privados, isto é, deixados à livre disponibilidade do indivíduo, o qual pode dispor deles de modo diverso: alienando-os, transferindo por doação ou por sucessão, renunciando a eles, etc. (CAPPELLETTI, 2001, p.21).

### 4.1 A família e o Direito

“O amor está para o Direito de Família assim como a vontade está para o Direito das Obrigações” (PEREIRA, 2003, p.232), dessa forma, Rodrigo da Cunha Pereira, citando João Baptista Villela, inicia um ensaio sobre o Direito de Família do século XXI. Trata-se de temas caros a esta dissertação: amor, como afetividade; vontade, como autonomia e família, como uma nova realidade sociojurídica. Na opinião de Perlingireri,

O sangue [parentesco] e os afetos são razões autônomas de justificação para o momento constitutivo da família, mas o perfil consensual e a *affectio* constante e espontânea exercem cada vez mais o papel denominador

comum a qualquer núcleo familiar. O merecimento de tutela da família não diz respeito exclusivamente às relações de sangue, mas, sobretudo, àquelas afetivas que se traduzem em uma comunhão espiritual de vida. (PERLINGIERI, 2002, p.244).

Para se acompanhar a situação atual da família e o direito, procurou-se, em linhas gerais retratar a evolução das famílias, sobretudo a brasileira, tecendo correlações com os paradigmas de Estado de Direito. Também se procurou correlacionar as várias características das famílias e as circunstâncias sociais presentes ao tempo dos filósofos cujas idéias de justiça foram apresentadas. Ressalta-se o caráter dúplice da família e das relações familiares, entre o público e o privado, para, finalmente, analisar os rumos e as demandas do Direito de Família na contemporaneidade.

#### **4.1.1 A família no tempo**

Ao final do século XVIII, rumando-se para o Estado Liberal, a família brasileira, igualava-se à família patriarcal européia com algum tempero tropical:

(...) a família brasileira seria o resultado da transplantação e adaptação da família portuguesa ao nosso ambiente colonial, tendo gerado um modelo com características patriarcais e tendências conservadoras em sua essência. (SAMARA, 2004, p.7-78).

Porém, a mesma autora ressalta outras variações familiares, em função do tempo, do espaço e dos agrupamentos sociais. (SAMARA, 2004). As diferenças não chegavam a descaracterizar aspectos como o patriarcalismo, a irrelevância da afetividade como fator de formação da família e a estrutura nuclear, pai, mãe e descendentes. Ressalta-se que a afinidade tornava-se presente, chegando por acréscimo, particularmente desenvolvida com a convivência e a preocupação com os filhos. Famílias já havia, como atualmente, monoparentais (principalmente devido à viuvez), concubinárias, na forma de uniões estáveis, mas a família nuclear, cuja mola propulsora era a perpetuação da estirpe e a preservação patrimonial, era a privilegiada pelas leis civil e eclesiástica.

A família brasileira, em linhas gerais, caracterizou-se pela autoridade do pai - herança do direito romano e seu *pater familias* - , pelo caráter sagrado do casamento - herança da religiosidade medieval - e pela solidariedade - traço típico da família portuguesa. (GONTIJO, 2008).

Uma outra característica da família brasileira a distingui-la da portuguesa de origem era a feição mais complexa adquirida em virtude dos agregados ligados ao patriarca por vínculos diversos, tais como, parentesco, prestação de serviços ou amizade. Ainda se integravam a essa extensa família os afilhados, filhos ilegítimos ou de criação e escravos. (SAMARA, 2004). A mesma autora afirma que a família paulista não diferia em muito da família patriarcal tradicional, salvo pelo menor número de membros e, também, pela menor proximidade dos demais agregados. Outro aspecto interessante eram os vínculos de afinidade e de solidariedade demonstrados em relação aos filhos e afilhados. Uma análise de testamentos da época demonstraram a preocupação com a proteção patrimonial dos filhos e afilhados, além do reconhecimento de filhos naturais. Fato bastante comum eram os filhos com escravas, reconhecidos nos testamentos. (SAMARA, 2004).

Aspectos interessantes da família brasileira à época colonial era a exaltação do homem procriador, que às vezes mantinha dois núcleos familiares; o central, ao lado da família legítima e o periférico, constituído pela concubina e os bastardos. Outras características diziam respeito ao mito da mulher, esposa, submissa e do marido dominador. Já havia muitos pedidos de anulação de casamento, por iniciativa de esposas insatisfeitas. Opção pelo celibato, tanto masculino como feminino, uniões concubinárias, ainda que não houvesse impedimentos ao casamento, participação feminina em assuntos característicos do sexo oposto, na política, por exemplo, revelaram que a mulher não era tão submissa, nem o homem tão dominador, como consagrado pela tradição. A falta de castidade e o aceite de mulheres que já tinham filhos naturais também depõem contra aqueles dogmas. Havia queixas de esposas quanto ao comportamento do marido e relatos de inconformismos quanto ao casamento e à vida conjugal, ocasionando separações de corpos e de bens, embora não permitissem a contração de "novas núpcias". (SAMARA, 2004, p.68).

Pelo que se expôs, e situação semelhante perdura até a República, a família brasileira era um amálgama de liberdade e repressão, sobretudo quando interesses distintos estavam em questão. Se havia o fator econômico, prevalecia a família

patriarcal tradicional; todo sacrifício era válido pela preservação do patrimônio. Quando se tratava de famílias menos abastadas, princípios religiosos e socioculturais prevaleciam tanto no estabelecimento como na sustentação das relações familiares.

O Estado Liberal ainda vai encontrar a família arraigada em costumes coloniais e ancestrais, em que predominava o casamento por interesse arranjado pelos pais do novo casal, muito preocupados com a posição social e a preservação dos bens. (SAMARA, 2004).

A autonomia da vontade, em seu ápice no liberalismo, não favorecia livres escolhas e ainda relegava o casamento por amor a um plano secundário, sobretudo no meio burguês. A literatura da época, na transição do romantismo para o realismo-naturalismo já prenunciava alguma evolução no modo de se constituir e de se desconstituir famílias. De acordo com Samara (2004), seria nas classes menos favorecidas economicamente que a liberdade de escolha e o casamento por amor se fortaleceram. Nessas classes havia menos razões para uniões arranjadas pelos patriarcas. Também, nessas classes, as uniões ilegítimas eram mais freqüentes.

Até meados do século XX, a ordem familiar econômico-burguesa ainda repousava em três fundamentos: "a autoridade do marido, a subordinação das mulheres e a dependência dos filhos". (ROUDINESCO, 2003, p.38).

A família pré e pós-codificada era marcadamente patriarcal, patrimonializada, matrimonializada e hierarquizada. Seu *locus* era uma sociedade eminentemente agrária. O pai, centro da grande família e detentor do patrimônio, também estava no topo da pirâmide, decidindo qual seria o destino de todas as pessoas que lhe eram subordinadas: filhos, parentes, empregados. A família era desenhada em moldes semelhantes à família romano-canônica. Esse foi o modelo da família assumido pelo Código Civil de 1916. (TEIXEIRA, 2005, p.20).

Na primeira metade do século XX já se considerava o casamento por amor, mantendo-se ainda a força do patriarcado. Segundo Venosa (2004), o casamento religioso que fora banido da lei civil desde a República retornou em 1934, mas a adesão popular mantinha-se ao casamento religioso. Acredita-se na contribuição da Igreja para a valorização do amor no casamento.

Luc Ferry (2008) aponta três pontos de ruptura que provocaram a transição da família tradicional dos séculos XVIII e XIX para a família do século XX: o casamento por amor; a arquitetura dos lares que passou a permitir intimidade e

privacidade aos casais; e, finalmente, o amor parental que fez aflorar as funções afetiva e educadora da família.

Com o esforço de recuperação devido às duas guerras mundiais e à Grande Depressão, a família como célula - elemento individual - da sociedade cedeu lugar ao coletivo. Os esforços do novo Estado - Estado Social - se deram no campo econômico-coletivo. O assistencialismo não era direcionado especificamente para as famílias, mas para todos os indivíduos como coletividade. A família não ficou imune ao movimento e se modernizou. (FERRY, 2008). No Brasil, destaca-se a trajetória da emancipação feminina, do direito ao voto ao Estatuto da Mulher Casada, no campo político-jurídico; a revolução sexual, no campo da socioafetividade; e da independência econômica, no campo do trabalho. Essas mudanças refletiram na família como instituição quanto às atribuições de seus membros, sobretudo no papel do marido-chefe-de-família, e ainda foi afetada radicalmente com a legalização do desquite e do divórcio.

Em síntese, sobre o que se falou e o que se vai dizer em seguida, tem-se a opinião de Giordano Bruno:

No sistema do Código de 1916 somente havia espaço para uma espécie de família, a matrimonializada. Pessoas que não queriam ou não tinham possibilidades de se casar ficavam fora do Direito de Família. Depois de um constante desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial, a Constituição de 1988 consagrou o princípio da pluralidade de formas de família, estendendo a proteção do Estado a toda espécie de agrupamento familiar, admitindo que numa sociedade podem conviver múltiplos projetos de vida. (ROBERTO, 2003, p.96).

A Constituição da República, de 1988, com sua concepção solidarista, tornou-se o grande marco da família brasileira, ao igualar os gêneros, funcionalizar o casamento e a união estável e reconhecer os novos formatos de entidades familiares. A família tornou-se "plural" e "mosaico" (FACHIN, 1999, p.289;306), as relações familiares transformam-na em um "caleidoscópio de relações" (GRÖENINGA, 2004, p.258). A noção de família foi dilargada (LEITE, 2005, p.25). Ao lado da família nuclear, tradicional, pai, mãe, filhos, surgem as famílias monoparentais - um dos genitores e seus filhos, a família homoafetiva, a família anaparental - pessoas, parentes ou não, convivendo dentro de uma estrutura calcada em compreensões mútuas. (BARROS, 2004; DIAS, 2006; PEREIRA, 2004).

Ainda que se considere uma visão ideal, encontra-se em Sílvio Manoug Kaloustian, sobre a importância da família:

A família brasileira, em meio a discussões sobre a sua desagregação ou enfraquecimento, está presente e permanece enquanto espaço privilegiado de socialização, de prática de tolerância e divisão de responsabilidades, de busca coletiva de estratégias de sobrevivência e lugar inicial para o exercício da cidadania sob o parâmetro da igualdade, do respeito e dos direitos humanos.. (KALOUSTIAN, 1994, p.11).

É interessante observar como a família atual encontra no Estado Democrático de Direito o *locus* da sua realização.

Depois de uma abordagem da família sob aspectos paradigmáticos das três variantes de Estado de Direito, procurou-se situar a família no contexto em que viveram os filósofos da justiça abordados nesse trabalho. Na opinião de Semy Glanz (2005, p.111), Aristóteles entendia a família como preexistente ao Estado e mais necessária que ele. Porém, apesar de compreender o casamento como instituição natural, propunha sua regulação por parte do Estado. Por outro lado, Kant viveu, ao menos em sua fase da meia-idade o que hoje já se consideraria uma família, como "unidade de vivência" (LÔBO, 2003b), preferindo a companhia dos livros e do fiel criado. (KANT, 2006, p.129).

Quanto a Rawls, devido à sua contemporaneidade à sociedade de consumo, deve ter experienciado as "famílias *cornflakes*", ou, ao menos, ter tomado ciência delas. Eram as famílias nucleares típicas, pai-mãe-filhos, que apareciam nos anúncios tomando o café da manhã e saboreando cereais de milho. (GLANZ, 2005, p.49). Isso, provavelmente, além de ter ouvido muitas vezes sobre ser vencedor e ser perdedor... Habermas não deve ter passado incólume às revoluções que alteraram a geografia européia, vivenciando pelo menos os dois últimos paradigmas de Estado e todas as alterações que acabaram por promover também nas famílias. Acrescente-se ainda que Habermas nasceu em 1929, sob a égide de uma constituição - a Constituição de Weimar, de 1919 - que já trazia em seu bojo a garantia de direitos fundamentais de segunda geração, os direitos sociais.

A família como "grupo regulado pelo amor" é característica contemporânea e o amor é condição de sua manutenção. (SIMIONATO; OLIVEIRA, 2008). Porém, permite-se uma ressalva pois o amor é essencial à constituição da família, mas há uma certa idolatria ao amor-paixão. O amor deve ser tomado em um

sentido bem amplo que abranja o afeto, o respeito, a compreensão, a tolerância, a alteridade e a responsabilidade. Ou, como escreveu Leon Tolstói, em "A felicidade conjugal":

A partir daquele dia, terminou meu romance com meu marido. O antigo sentimento tornou-se uma recordação preciosa, mas impossível de renascer. Um novo sentimento, de amor aos meus filhos e ao pai deles, deu início a uma nova vida, uma vida feliz mas diferente, que ainda estou começando a viver... (TOLSTÓI, 2008, p.122).

O grande desafio da contemporaneidade é assegurar a realização e o livre e saudável desenvolvimento da personalidade humana, portanto não "há mais proteção à família pela família, senão em razão do ser humano". (FARIAS, 2002, p.34). A família contemporânea precisa ser "um verdadeiro LAR: um Lugar de Afeto e Respeito". (DIAS; PEREIRA, 2003, xvii).

#### **4.1.2 O direito de família - entre o público e o privado**

Ao prefaciar a obra de Cristina Zamberlam (2001), Ricardo Aronne fala na "publicização democratizadora do privado", como uma reconstrução do Direito de Família, repensado à luz da sua constitucionalização. Para Zamberlam, "as fronteiras entre o público e o privado vêm determinar modos de sentir, viver, amar e mover que variam segundo os discursos dominantes em cada época e suas respectivas gerações." (ZAMBERLAM, 2001, p.5).

A Constituição brasileira preceitua que a família é a base da sociedade e tem proteção especial do Estado. Não se trata apenas da tutela institucional, pois

Percebe-se, mais profundamente, a preocupação entre o senso individual dos membros da família e a noção ética da família, valores fundamentais para uma sociedade justa. (...) numa verdadeira política de família. (ZAMBERLAM, 2001, p.141-142).

Outro aspecto público marcava a família tradicional, fundada no casamento, que sempre teve o traço constitucional da indissolubilidade<sup>47</sup>. Isso, até a reforma

<sup>47</sup> A indissolubilidade do casamento foi contemplada nas Constituições de 1934 (art.144), de 1937 (art.124), de 1946 (art.163) e de 1967 (art. 167, §1º). (RODRIGUES JÚNIOR, 2007, p.187, Nota 17).

constitucional que abrigou a Lei do Divórcio, de 1977. A Constituição atual fundamenta a relação familiar na afetividade. "Assim, enquanto houver *affectio* haverá família, unida por laços de liberdade e responsabilidade, e desde que consolidada na simetria, na colaboração, na comunhão de vida não hierarquizada." (LÔBO, 2004, p.151). Essa nova base da família, com estrutura aparentemente tão frágil, reclama a proteção do Estado. (LÔBO, 2004). Ainda no sentido público da afetividade, afirma Barros (2006, p.888), que a afeição "é um fato jurígeno, que gera direitos e obrigações acerca de vários bens e valores, como alimentos, moradia, educação, etc."

Se, num passado não muito remoto, a família era considerada uma instituição, hoje se encontra funcionalizada, tornou-se um centro de interesses onde sujeitos privados se realizam sob a proteção estatal, com o compromisso de se promover a dignidade da pessoa humana. (BARROS, 2006, p.887). Encontra-se em Maria Celina Bodin de Moraes (2006, p.620): "Em 1994, por ocasião da comemoração do Ano da Família, a ONU declarou a família como configurando 'a menor democracia no seio da sociedade'."

Uma vez mais o público e o privado se interpenetram com vistas a garantir o que Perlingieri (2002) define como o livre e saudável desenvolvimento do indivíduo. Ressalta-se que tal desenvolvimento do indivíduo só é alcançado na medida em que se permita o desenvolvimento de todos os que compõem aquela entidade familiar, segundo o princípio da solidariedade. As fronteiras entre o público e o privado tornam-se cada vez menos distintas e, no Direito de Família, tal demarcação ainda é mais tênue devido à subjetividade dos elementos que compõe as relações familiares, sobretudo à sua dimensão existencial, aliado ao fato de que

Nem sempre as normas de direito privado são capazes de garantir, nas relações entre os particulares, a proteção dos direitos fundamentais. A complexidade das relações humanas e as constantes transformações sociais revelam, de forma cada vez mais nítida, a incapacidade do Estado em elaborar leis suficientes para a proteção do indivíduo em todas as relações de que participa. (PEREIRA, 2007, p.18).

A principiologia constitucional tem contribuído para o relevo das construções jurisprudenciais, de uma nova hermenêutica<sup>48</sup> para a solução de conflitos nas

---

<sup>48</sup> Ao se tratar de uma nova hermenêutica e da constitucionalização do Direito de Família, remete-se à teoria da sociedade aberta dos intérpretes da constituição, de Häberle (1997), um dos pilares do Estado Democrático de Direito, como assumido nesse trabalho.

relações familiares. Não faz muito tempo, quem poderia pensar em danos morais nas relações familiares? Em paternidade avoenga<sup>49</sup>? Isso sem falar na importância secundária que a culpa vem adquirindo na separação de casais. Os novos contornos do direito e, sobretudo, do Direito de Família, expressam bem o clamor da ordem social pelos direitos fundamentais, incluindo-se aqueles da família.

Para João Baptista Villela, a família não só precede ao Estado e à religião como, pela sua dinâmica própria, é capaz de se constituir e de sobreviver sem aqueles. Porém, a política e a religião acabaram por estender seus braços sobre a família, trazendo-a para os seus quadros. Com isso, houve a primeira publicização do privado. A segunda publicização do privado é característica da modernidade/contemporaneidade. Em função do princípio da dignidade da pessoa humana, o Estado precisou estender sua proteção aos indivíduos que compõem a família, não mais protegendo a família pela família, mas protegendo a família por causa da pessoa em cada um dos seus membros. (VILLELA, 1999).

A partir de opinião inspirada em Villela (1999), a família "é tanto estrutura pública como relação privada, pois identifica o indivíduo como integrante do vínculo familiar e também como partícipe do contexto social" (DIAS, 2006, p.27), com a qual se põe de acordo.

#### **4.1.3 Direitos da família e pós-modernidade**

Há autores que preferem a expressão "direito das famílias" (DIAS, 2006; TEIXEIRA; RIBEIRO, 2008), numa clara inclusão, elevando-se o tradicional âmbito da família a todas as entidades familiares, despojando-se de discriminações e preconceitos. Essa opção inclusivista é um marco do Direito de Família na contemporaneidade. O Estatuto da Mulher Casada, de 1962, a Lei do Divórcio, de 1977, o Estatuto da Criança e do Adolescente, de 1990 as Leis da União Estável, de 1994 e 1996, e o Estatuto do Idoso, de 2003, são exemplos de evoluções legislativas no sentido de retornar a pessoa ao centro do ordenamento. Porém, Dias (2006, p.29), denomina dirigismo estatal a intervenção do direito na organização

---

<sup>49</sup> Recomenda-se o artigo "O filho do avô", de Rolf Madaleno (2009).

familiar, alertando para os prejuízos que daí podem decorrer para a liberdade do *ser sujeito*. A autora conclama uma reflexão sobre a legitimidade do Estado, que, no seu interesse de preservar a família, acaba por invadir a "auréola de privacidade e de intimidade das pessoas." (DIAS, 2006, p.28). Mas, ao se considerar a eficácia, a efetividade dos direitos fundamentais indistintamente sobre as relações públicas e privadas, evita-se, ou se reduz, aquela intromissão estatal.

Compreender os direitos da família na contemporaneidade é assumir nova principiologia para o Direito de Família. A realidade das demandas familiares tem concretizado cada vez mais a necessidade de se considerar a afetividade como um princípio. Isso, a ponto tal de se defender a "tutela constitucional do afeto" (BARROS, 2006, p.881). Ao mesmo tempo se verifica a presença da afetividade como base - estrutura e fundamento - não somente a repersonalizar o direito, também a funcionalizar a família à realização de seus membros sob o prisma da socioafetividade.

## **4.2 Alternativas para o Direito**

Esta parte do trabalho guarda um vínculo com o item que se refere ao acesso à Justiça. A opção pelo hiato locacional dos dois temas justifica-se por dois argumentos. Primeiramente, considera-se indissociável do paradigma do Estado Democrático de Direito a questão do acesso à Justiça. Em segundo lugar, entre o acesso à Justiça e as alternativas ao Direito, tornou-se necessário, no espírito da repersonalização do Direito, conhecer melhor o indivíduo, elevado à categoria de indivíduo-sujeito, ou indivíduo mobilizado. Uma vez construída a autonomia do sujeito contemporâneo, ou, ao menos delimitado o seu rumo e o seu sentido, pode-se tratar de novas maneiras para se buscar as soluções de conflitos, pois a pessoa será sempre o ator central no espetáculo da vida.

Habermas (2003b) assume que o direito precisa preencher funções muito especiais na modernidade. Primeiramente, menciona a "força social integradora" (HABERMAS, 2003b, p.47), tema a que se voltará quando da abordagem dos novos princípios para a mediação. Em segundo lugar, ressalta a "função de estabilização das expectativas nas sociedades modernas" (HABERMAS, 2003b, p.115),

estabelecendo um liame entre as duas funções pelo *agir comunicativo*. É interessante observar que todas as técnicas processuais que são apresentadas a seguir estão em sintonia com as funções atribuídas por Habermas ao direito na modernidade.

Retomando o acesso à Justiça, RODRIGUES JÚNIOR (2006, p.32) fala de técnicas processuais diferenciadas, porém

O cidadão, idealmente, ao escolher qualquer forma alternativa de composição de conflitos, não o deve fazer por inacessibilidade ou ineficiência do órgão estatal, mas deve pautar a escolha pela sua livre vontade. Por isso, não basta instituir outras formas de composição de conflitos e acreditar que a crise do Judiciário estará superada. As mudanças em tal órgão são necessárias e urgentes, mas devem ser conciliadas com essa nova tendência mundial de se resolverem conflitos [pelos meios alternativos]. (RODRIGUES JÚNIOR, 2006, p.38).

As formas alternativas de resolução de conflitos têm sido uma realidade cada vez mais presente nas democracias atuais, preocupadas com a melhor prestação dos serviços jurídicos, visto tratar-se de garantia fundamental. Muitas alternativas têm surgido, algumas combinando meios pré-existentes, já aplicados no passado. A sigla ADR foi empregada pioneiramente nos Estados Unidos, significando *Alternative Dispute Resolution* que engloba todos os processos de resolução de conflitos em que não há a intervenção de autoridade judicial. (SERPA, 1999, p.357).

A busca de “alternativas para promover a pacificação social” (FIUZA, 1995, p.39) resultou em expedientes que não são da jurisdição estatal, mas se equivalem a ela e que somente existem por deliberação legal. Tais expedientes podem ser sintetizados na arbitragem, na autocomposição e na mediação, também denominados, por alguns autores, como *equivalentes jurisdicionais* – termo emprestado de Carnelutti (TAVARES, 2002, p.26). De acordo com César Fiuza (1995, p.41), não é pacífica a posição doutrinária se seriam todos os métodos alternativos de composição de litígios o mesmo que equivalentes jurisdicionais. A diferença essencial entre os equivalentes jurisdicionais e os ADRs será pontuada a seguir, apesar de todos pretenderem pôr fim a um conflito com uma solução que se afigure legítima. (TAVARES, 2002, p.26).

A intervenção ou não de autoridade judicial seria a grande distinção entre os ADRs e os equivalentes jurisdicionais. Para os puristas do Direito Processual, somente naquelas formas de resolução de conflitos em que houvesse um terceiro

com função judicante, poder-se-ia falar em equivalente jurisdicional; como exemplo, tem-se a arbitragem. Mas a questão não é pacífica (RODRIGUES JÚNIOR, 2006, p.80-83). Há impropriedade técnica no termo ADR no sentido de que alternativa pressupõe a idéia de, pelo menos, duas possibilidades, mutuamente excludentes. Se o acesso ao sistema judiciário é garantia fundamental, ao se optar pela jurisdição não-estatal, estar-se-ia excluindo a Jurisdição, o que não é verdadeiro. A Jurisdição deverá estar sempre disponível à sociedade; o que se faz é a opção por um caminho mais curto, mais rápido, mais econômico e, às vezes mais eficiente. “O termo ADR, nos dias de hoje, é conhecido, internacionalmente, como designação de uma variedade de meios, que serve de alternativa aos procedimentos adjudicatórios, como a litigação”. (SERPA, 1999, p.358). Por isso, é preferível a expressão *meios ou formas alternativas de resolução de disputas*, pois é mais sintonizada com a realidade mundial. Como ressaltou João Baptista Villela:

Na solução dos conflitos de interesse cresce de importância o recurso à composição amigável, não só pela notória insuficiência da justiça pública em decidir oportunamente as questões que lhe são submetidas, como pelos seus elevados custos econômicos, sociais e psicológicos, que não constitui, de resto, nenhuma garantia de acerto ou adequação (VILLELA, 1982a, p.21).

A seguir são apresentadas algumas formas alternativas de resolução de disputas, umas em franco uso no Brasil, outras somente por esclarecimento, reservando-se à mediação itens específicos.

#### **4.2.1 Negociação**

Ao processo pelo qual as partes, ou seus representantes, estudam ou discutem uma transação buscando uma solução para o caso, denomina-se negociação. Nessa situação não há a intermediação de terceiros, pois as partes, por si mesmas, diretamente, discutem, argumentam e arrazoam uma solução à disputa. A negociação é atividade corriqueira na sociedade e também é constante na vida do profissional do Direito, sobretudo daqueles que atuam em Direito Privado. (RODRIGUES JÚNIOR, 2006, p.45; TAVARES, 2002, p.41).

### **4.2.2 Conciliação**

Quando um terceiro intermedeia uma relação conflituosa, aconselhando, emitindo opiniões, sugerindo soluções, induzindo as partes a um acordo, diz-se haver a conciliação. Como todo método de resolução de disputas, o objetivo da conciliação também é a busca de uma solução para o conflito. Três são os resultados possíveis para uma conciliação: a desistência, quando se renuncia à pretensão; a submissão, quando uma das partes acata o que quer a outra, sem oferecer resistência; e a transação, em que ocorrem concessões recíprocas. Todos os resultados obtidos representam soluções parciais, pois dependem da ação ou da vontade das partes. Esse método de composição pode ser judicial ou extrajudicial, quando depende unicamente da vontade das partes e pode se realizar a qualquer momento. A conciliação judicial pode ser facultativa, com iniciativa das partes, ou obrigatória, em que é ato vinculado do juiz. No Brasil, várias são as prescrições normativas sobre a conciliação, tanto em Direito Público como, mais acentuadamente, em Direito Privado. Como exemplo, tem-se na Consolidação das Leis do Trabalho vários artigos prescrevendo a conciliação, facultativa em alguns casos, obrigatória em outros. Também o Código de Processo Civil, particularmente com as novas leis reformadoras, tem privilegiado a conciliação. Na esfera penal, também é possível a conciliação nos casos de pequenos delitos e contravenções, conforme a Lei 9.099/95, que criou os Juizados Especiais. (RODRIGUES JÚNIOR, 2006; TAVARES, 2002).

### **4.2.3 Arbitragem**

Diz-se haver arbitragem quando uma controvérsia surgida entre as partes é resolvida, por opção delas, por um terceiro não integrante, em regra, dos quadros do Poder Judiciário, mas que atua como se fosse um juiz. A opção pela arbitragem é assegurada pelo compromisso arbitral – contrato acessório a um negócio, principal - ou pela cláusula compromissória - item inserido no próprio contrato celebrado entre as partes. Quando uma parte não honrar o compromisso de resolver eventual

conflito pela arbitragem, a outra parte poderá requerer em Juízo a nomeação de um árbitro. A arbitragem é um verdadeiro julgamento, em que, no processo, as partes concordam em nomear um árbitro – terceiro imparcial – que irá conduzir o procedimento, apreciar provas, conhecer os fatos e arrazoados, ouvir testemunhas e argumentações, por parte de advogados das partes, inclusive, e, por fim, julgar o mérito da questão. A decisão do árbitro constitui título executivo judicial. Caso haja acordo entre as partes, o árbitro o homologará. (RODRIGUES JÚNIOR, 2006; TAVARES, 2002).

A arbitragem representa instituto, por excelência, do Direito Privado, porém, bastante restrito em Direito de Família. “A disputa é elemento essencial para que se dê a arbitragem. [...] Há matérias, que por tratarem de direitos indisponíveis, não se sujeitam jamais à arbitragem.” (FIUZA, 1995, p.44). A Lei nº 9.307/96 – Lei da Arbitragem – regulamenta o instituto que, embora presente no ordenamento brasileiro desde a época colonial, ainda não é tão utilizado como em outros países, a exemplo dos E.U.A. e da Rússia. (FIUZA, 1995, p.44).

#### **4.2.4 Outros meios de resolução de conflitos**

Dentre outros meios alternativos, particularmente utilizados em outros países, destacam-se a *adjudicação*, o *mini trial*, o *summary juri trial*, o *rent a judge*, o *fact finding* e o *ombudsman*<sup>50</sup>. À exceção desse último, bastante utilizado no Brasil, sobretudo por intermédio de SACs – Serviço de Atendimento a Clientes – por meio de chamadas telefônicas gratuitas - os conhecidos e, às vezes, inoperantes 0800 -, os demais são praticamente desconhecidos pelos brasileiros.

O próximo tópico tratará da mediação que é um meio alternativo de resolução de conflitos ainda não devidamente normatizado no ordenamento jurídico brasileiro, mas um tanto conhecido e difundido. Alternativa da qual não se prescinde e na qual se crê estarem insertos elementos essenciais à realização da justiça, quais sejam, os direitos fundamentais e a autonomia privada, elevando-se a mediação ao nível de

---

<sup>50</sup> Para maiores detalhes sobre os meios alternativos de solução de disputas, recomendam-se as obras de Rodrigues Júnior (2006), Serpa (1999) e Tavares (2002).

mais uma possibilidade de realização e emancipação da pessoa humana no contexto do Estado Democrático de Direito.

### **4.3 Mediação**

Visto ser a mediação objeto de grande interesse e discussão, sobretudo nos últimos quinze anos, havendo vários conceitos enunciados por diversos estudiosos do Direito, em inúmeras obras, optou-se pelo auxílio do dicionário. Mediação

[...] é uma forma de negociação direta entre as partes em conflito em que terceira pessoa previamente treinada em técnicas de negociação, munida de conhecimentos multidisciplinares de psicologia e sociologia, é convidada não para decidir, mas para conduzir as partes a uma solução, facilitando o acordo. [...] técnica não adversarial de solução de conflito, pela qual dois ou mais litigantes (pessoas físicas ou jurídicas) recorrem a um especialista neutro, para que, mediante realização de reuniões conjuntas ou separadas, obtenham uma resolução consensual e satisfatória daquele litígio. (DINIZ, 1998b, p.235).

Alguns estudiosos classificam a mediação em dois tipos, a mediação transformadora e a mediação que visa acordos. Porém, em essência, o instituto é um processo global, ainda que visando acordos, acaba por transformar os partícipes, colaborando para o crescimento pessoal de todos os envolvidos. (SERPA, 1999, p.360).

#### **4.3.1 Mediação - teoria geral**

Esta seção trata da mediação, o terceiro pilar da matriz ternária desse trabalho - os demais pilares são aos direitos fundamentais e a autonomia privada. A mediação já tem ampla aplicação na realidade jurídico-social brasileira, embora o projeto da Lei de Mediação se encontre parado no Legislativo. Mas, dada a importância do modelo e a sua crescente aplicação, justifica-se o estudo e o desenvolvimento de uma teoria geral que lhe dê a merecida relevância. Nas palavras de J. J. Calmon de Passos, "essa sensibilidade para o socialmente institucionalizado

e ainda não regulado é que é, justamente, o divisor de águas entre os que fazem da prática do direito apenas uma profissão e os que tentam construir conhecimento a serviço dos homens." (PASSOS, 1999, p.324).

#### 4.3.1.1 Conceituação

O termo mediação teve sua origem no verbo latino *mediare*, dividir ao meio, colocar-se no meio. Assim ensina César Fiuza “mediação é palavra polissêmica utilizada, tanto como sinônimo de corretagem, enquanto intermediação mercantil, quanto como equivalente jurisdicional, na solução de conflitos de interesses.” (FIUZA, 1995, p.51).

Como se verá a seguir, a realidade e as necessidades sociais acabaram por atribuir tal termo ao processo de resolução de disputas mais condizente com a evolução do homem e o contexto em que se encontra: Estado Democrático de Direito, traduzido pela necessidade de ser, o homem, livre, além de sujeito de direitos, participe direto no processo de elaboração, interpretação e aplicação do Direito, enfim, responsável pelo seu próprio destino e o de seus semelhantes.

Apresentam-se a seguir dois conceitos de mediação, bastante interessantes. O primeiro deles, tem autoria de profissional do Direito, atuando em área – Direito do Trabalho – onde a mediação já está presente, de maneira sistemática, há mais tempo, no Brasil<sup>51</sup>.

Mediação consiste na conduta, pela qual determinado agente, considerado terceiro imparcial em face dos interesses contrapostos e das respectivas partes conflituosas, busca auxiliá-las e, até mesmo, instigá-las à composição, cujo teor será porém, decidido pelas próprias partes.[...] É figura, às vezes, chave na vida social, quer no âmbito das relações interindividuais ou microssociais, quer no âmbito comunitário mais amplo. (DELGADO, 2002, p.1431-1432).

O segundo conceito, a seguir, já adiantando o caráter multidisciplinar da mediação – para muitos, interdisciplinar ou transdisciplinar -, é da lavra conjunta de um médico psiquiatra e de uma psicóloga, especialistas em mediação familiar.

---

<sup>51</sup> Para maior aprofundamento sobre a mediação e Direito do Trabalho, recomenda-se a obra “Direito Coletivo do Trabalho e Mediação”, de Joselita Nepomuceno Borba (2002).

A mediação é um processo no qual uma terceira pessoa – o mediador – auxilia os participantes na resolução de uma disputa. O acordo final resolve o problema com uma solução mutuamente aceitável e será estruturado de modo a manter a continuidade das relações das pessoas envolvidas no conflito. (HAYNES; MARODIN, 1996, p.11).

Há que se esclarecer que a mediação é um processo, uma técnica não adversarial de resolução de conflitos que privilegia a negociação entre as partes - conduzida por um intermediário -, mas não deve ser confundida nem com a conciliação, tampouco com a arbitragem. Nesses dois últimos processos, o intermediário, seja o conciliador, seja o árbitro, exerce uma influência muito direta na solução do conflito, às vezes, realmente decidindo, optando por determinada solução. Ao contrário, na mediação as partes são auxiliadas pelo intermediário e serão elas que irão construir a melhor solução para seu caso, em uma perspectiva de co-autoria de um acordo, ou de uma transformação comportamental, em que ambas saem ganhando. (SERPA, 1999, p.366; VEZZULLA, 1995, p.15).

#### **4.3.1.2 Características - elementos e classificação**

Para César Fiuza (1995, p.53), a mediação é espécie do gênero equivalentes jurisdicionais, equivalendo-se à jurisdição e substituindo-a. Admite-se, porém, que a mediação comporta subespécies, o que será abordado quando se tratar dos tipos de mediação.

Na opinião de Walsir E. Rodrigues Júnior (2006, p.81), a mediação não deve ser considerada equivalente jurisdicional na medida em que o intermediário não é representante do Estado, nem tem poderes para dizer o direito.

Em sua obra, Fernando Horta Tavares (2002, p. 74), afirma que a mediação tem “como finalidade primordial pacificar disputas”; portanto, comunga com aqueles que defendem ser a mediação espécie do gênero equivalente jurisdicional. O mesmo autor apresenta, porém, uma idéia de natureza contratual à mediação, ao afirmar que ela é “fonte de obrigações, fruto da vontade das partes”. (TAVARES, 2002, p.75).

As obras mais recentes que enfrentam a questão, têm atribuído à mediação a natureza jurídica contratual. Opinião com a qual também se põe de acordo Rozane Cachapuz (2005, p.35-36), à fundamentação de que quaisquer dos tipos de mediação existentes e utilizados ao longo da História se manifestaram por meio de um contrato, sempre privilegiando a vontade das partes. Portanto,

(...) na mediação, com o auxílio do mediador, as partes também exercem o Direito, pois encontram a solução adequada ao caso concreto, pondo fim ao conflito, sem a intervenção do Estado. A solução encontrada será formalizada em termos contratuais, tornando-se, assim, fonte de obrigações por ser fruto da vontade das partes. (RODRIGUES JÚNIOR, 2006, p.83).

Uma boa fundamentação a respeito da natureza jurídica contratual da mediação diz respeito ao fato de ser o instituto empregado, no Brasil, com amparo no Direito Obrigacional, embora ainda não esteja regulamentado por lei específica.

O advento da Lei de Mediação não pacificará facilmente a questão da natureza jurídica da mediação. Conforme o Projeto, com a lei, será possível a mediação judicial e a extrajudicial. Há correntes doutrinárias que negam até mesmo à arbitragem a natureza de equivalente jurisdicional, alegando ser a própria jurisdição. (RODRIGUES JÚNIOR, 2006, p.81). Se a arbitragem se faz presente, institucionalizada, há mais tempo, e ainda as opiniões são divergentes, pode-se imaginar as discussões que ainda ocorrerão com a mediação.

Não há mediação sem conflito. Assim como não há, sem as partes e sem o mediador. “A inclusão do advogado como elemento fundamental da mediação não é pacífica.” (RODRIGUES JÚNIOR, 2006, p.76).

Quanto aos elementos caracterizadores da mediação, Fernando Horta Tavares os enumera como:

- a) intervenção de terceiros (pessoa basicamente neutra ou, quando menos, interessada apenas na composição do conflito, que é o mediador);
- b) disputa (elemento que preexiste à mediação, sendo necessária a presença de duas ou mais pessoas, que precisam estar disputando direitos) e
- c) intenção de promover acordo para pôr fim ao litígio (vontade, disposição e esforços, especialmente do mediador, para o intento). (TAVARES, 2002, p.67).

É interessante a inclusão da vontade como um elemento caracterizador da mediação, pois, realmente, sem essa predisposição específica, o processo seria

fadado ao insucesso. Também se deve remarcar que as partes podem ser pessoas físicas ou jurídicas.

Em doutrina contemporânea e especializada, observa-se que a mediação se apresenta em duas vertentes: a mediação que visa ao acordo e a mediação transformadora.

O primeiro tipo, como o próprio nome revela, faz do acordo seu objetivo principal. Pode representar certo risco ao processo em virtude de seu viés instrumentalista e pragmático. O sucesso da mediação não deve ser um acordo a qualquer preço, mas uma solução justa, viável e boa para as duas partes; sem se descartar a hipótese de não haver acordo.

O segundo tipo pode até redundar em um acordo, mas seu objetivo principal é a transformação dos agentes, o crescimento pessoal das partes, uma amenização das causas do conflito e a criação de um espaço para o entendimento, uma busca pela harmonia. Esse segundo tipo está mais sintonizado com as teorias do discurso, da ação comunicativa e da interpretação, em que o acordo vem por acréscimo. (SCHNITMAN; LITTLEJOHN, 1999).

Dentre outros tipos e classificações, encontrou-se a classificação a seguir, em Rodrigues Júnior (2006, p.104-105): mediação-supervisão em que os intermediários são autoridades comunitárias, empresariais ou familiares; mediação terapêutica, bastante semelhante à mediação transformadora, em que a estrutura psicológica do conflito é mais explorada; mediação legal que é desempenhada por profissional do Direito; mediação singular, em que há um só mediador, ou de capacitação unidisciplinar; co-mediação, em que mais de um mediador conferem formação multidisciplinar ao processo; mediação privada (ou *caucusing* ou mediação *shuttle*), em que as partes são tratadas em sessões privadas, em separado; mediação estruturada, devido à frequência com que ocorrem, comportam alguma normalização; mediação recomendada em que se obedece a previsão legal; e mediação trabalhista, que também dispõe de normatização, pois envolve interesses públicos e privados.

#### 4.3.1.3 Objeto e objetivos

A aplicabilidade da mediação tem campo vasto. Vezzulla (1995, p.15), afirma que “todas as questões comerciais, cíveis, trabalhistas e familiares podem ser submetidas à mediação.”

Em Maria de Nazareth Serpa, encontra-se exemplificado um rol onde a mediação tem sido eficazmente aplicada em

[...] disputas: comerciais, civis e demandas envolvendo quebra de contrato; demandas industriais e do trabalho; questões de vizinhança e comunitária, envolvendo propriedade, posse, etc; questões públicas e conflitos sociais; conflitos internacionais e disputas familiares. (SERPA, 1999, p.371).

Ao rol acima ainda se pode acrescentar o emprego da mediação em questões ambientais.

É de conhecimento geral a grande importância e o uso bastante corrente do Termo de Ajustamento de Conduta – TAC -, verdadeiros acordos obtidos em processo de mediação, entre setores da indústria e do comércio e órgãos públicos, com intermediação do Ministério Público do Trabalho e do Meio Ambiente.

Para Maria de Nazareth Serpa (1999, p.371), as metas da mediação podem ser simplificadas na “produção de um plano de ação para o futuro das relações entre os disputantes, de maneira a que eles o possam cumprir”. Ainda segundo aquela autora, a meta seria a busca pelo melhor acordo viável, que seja possível, ainda que haja a necessidade de ajustes *a posteriori*; mas que as partes tenham-se transformado, educando-se no processo de busca da solução e se comprometendo com a solução construída, embora tenha havido o conflito.

Compreendendo-se a mediação como o processo que irá garantir o espaço do diálogo, do discurso entre as partes, e ainda capacitando-as para construir a melhor solução possível e viável para o conflito, preservando a sociabilidade entre elas, Lília Maia de Moraes Sales enumera quatro objetivos: “a solução de conflitos, a prevenção de conflitos, a inclusão social e a paz social”. (SALES, 2003, p.27-34).

Anteriormente, já se mencionou o conflito como elemento característico da mediação. Portanto, o tratamento de conflitos seria o objetivo mais evidente da mediação.

Uma vez que se busca e, na maior parte das vezes, consegue-se, um acordo, novos conflitos são prevenidos, além de reduzir o acúmulo de demandas ao Judiciário. A mediação é processo não adversarial, o que, de certa forma, assegura uma harmonização, uma composição amigável, entre as partes. Isso facilita possíveis ajustes posteriores aos compromissos assumidos, evitando-se novas demandas na esfera judicial.

Nada mais correto do que se afirmar que as partes, no processo de mediação, tornam-se os principais responsáveis por seus próprios destinos, no âmbito do conflito, passando de meramente sujeitos à posição de intérpretes, elaboradores e aplicadores do direito por eles construído. Isso é mais do que inclusão social, é uma inclusão à cidadania. Compreendendo-se cidadania como a participação na vida sociopolítica do Estado, na qualidade de sujeito de direitos e deveres legitimados.

A paz social não é simplesmente a ausência de conflitos, mas é o resultado de um processo que propicia o diálogo e a regulação dos conflitos num espírito de compreensão e de cooperação mútuas. A mediação tem esse objetivo.

Como consequência da mediação, ainda poderiam ser citados o acesso à Justiça, como a terceira onda do movimento universal apregoado por Cappelletti (1988, p. 81-87), e a garantia de direito fundamental - o direito à integridade psicofísica -, defendido por Perlingieri (2002, p.158), como o livre e saudável desenvolvimento da pessoa humana.

#### **4.3.1.4 Princípios**

Vários são os princípios que definem a mediação ou que estabelecem a sua ética. Dentro do espírito desse estudo, merecem destaque especial os princípios da voluntariedade e o da não-adversariedade.

O caráter negocial da mediação, intrinsecamente, já teria por requisito a voluntariedade ou liberdade das partes. As partes precisam ser livres e autônomas para optar pela mediação e nela permanecerem até quando decidirem, sem obrigatoriedade ou imposição legal. Observam-se três graus de liberdade às partes:

a liberdade de optar pela mediação e se manterem nela; a liberdade de escolher um mediador; e, por fim, a liberdade para decidir pela solução mais viável, em proveito de ambos os lados. Como ensina Walsir E. Rodrigues Júnior,

A voluntariedade estabelece uma notável diferença entre a mediação e o procedimento judicial, pois, na mediação, basta que uma das partes não tenha interesse em continuar no processo, fazendo com que ele tenha seu fim decretado. Já no procedimento judicial, uma vez ajuizada a ação e decorrido o prazo para a resposta do réu, o seu desenvolvimento e a sua conclusão saem do âmbito da vontade exclusiva de uma das partes e passa para a responsabilidade do Estado, é o chamado impulso oficial. Para que o autor desista da ação, terá que ter o consentimento da outra parte. (RODRIGUES JÚNIOR, 2006, p.86).

A mediação precisa ser permeada pelo sentimento de não-competitividade entre as partes. A solução esperada é uma situação em que ambas as partes saem ganhando, relação ganha-ganha. Portanto, as partes não são adversárias, mas, na verdadeira acepção da palavra, são parceiras na busca de uma solução que resolva o conflito e preserve ou restaure as relações que havia antes dele. Assim, observamos em LEITE (2008, p.118 e seg.) e também em Lilia Sales:

A mediação estimula um sentimento de cooperação e de comunicação quando aponta as partes não como antagônicas mas como aquelas que trilham o mesmo objetivo: entre as diferenças, encontrar os objetivos comuns, buscando a melhor solução, alcançando a harmonia. (SALES, 2003, p.47).

Outro princípio fundamental à mediação é a confidencialidade ou sigilo. Esse princípio vale tanto para as partes como para o mediador, cabendo a esse último "respeito ao processo de mediação e às partes". (SALES, 2003, p.51). De maneira ainda mais incisiva, propugna Rozane Cachapuz que

Os envolvidos em um processo de mediação, tanto as partes como o mediador, assistentes e advogados, ficam proibidos de divulgar qualquer ocorrência advinda no desenlace do conflito, inclusive, os seus testemunhos são proibidos em qualquer juízo. (CACHAPUZ, 2005, p.38).

Considera-se confidencial não somente o transcurso do processo de mediação, mas também o acordo que somente poderia ser divulgado com o consentimento das partes. Especialmente, em disputas que envolvam segredo

profissional ou comercial e em assuntos de Direito de Família. (RODRIGUES JÚNIOR, 2006, p.93).

Muita rigidez e formalismos poderiam provocar um desestímulo à composição amigável que se pretende com a mediação e comprometer o resultado.

Como a mediação deve ficar liberada de rituais e de demarcações excessivas, somente indicar-se-ão estruturas (unidades de tempo e objetivo) ou passos possíveis. Com plena consciência de que em muitas mediações se pularão etapas e em outras nos deteremos, e até, em muitos casos, voltaremos a etapas já ultrapassadas. (VEZZULLA, 1995, p.65).

O princípio da informalidade e da flexibilidade da mediação também merece destaque. (RODRIGUES JÚNIOR, 2006, p.88). Não há uma estruturação rígida para o processo que deve levar sempre em primeira conta a conveniência das partes. Como em todo negócio, as partes deverão ser flexíveis, saber ouvir, saber se posicionar, com respeito mútuo e boa-fé.

Outros princípios da mediação estão mais relacionados à capacitação e aptidão do mediador que além de imparcial, deve ter credibilidade e a demonstrar frente às partes, sobretudo.

A flexibilidade também é característica essencial do mediador.

A flexibilidade mencionada é a aptidão de redimensionar os fatos narrados na direção inversa da que vêm sendo apresentados, principalmente quando o mediador vai ganhando a confiança das partes, que passam a adaptar seus discursos com o verdadeiro sentimento reprimido – o que vai possibilitar o entendimento real da dimensão do problema, tanto pelos envolvidos como pelo mediador. (CACHAPUZ, 2005, p.37).

Sobre a capacitação do mediador, tem-se que:

O mediador utiliza técnicas e habilidades, escuta as partes, interroga-as, esclarece o problema, cria opções e tenta fazer com que os disputantes cheguem à sua própria solução. Ele faz com que as partes descubram qual é verdadeiramente o tema em debate, com que entendam a diferença entre o que querem e o que precisam, com que considerem as solicitações e necessidades do outro e tenta obter um acordo sem coagir. (ÁLVAREZ; HIGHTON, 1999, p.191).

### 4.3.2 Mediação e Processo

Duas considerações precisam ser reforçadas nesse momento. Primeiramente, a mediação, dada as suas características, princípios, elementos, objetos e objetivos, guarda íntima proximidade com o Processo. Por outro lado, a mediação, como meio alternativo de resolução de conflitos, deve ser sempre considerada como uma possibilidade a mais para se buscar a Justiça e não instrumento a desafogar o sistema judiciário.

Considera-se o Processo como procedimento realizado em contraditório entre os interessados, em simétrica paridade. (GONÇALVES, 1992, p.115). Portanto, a mediação também representa um *modelo processual* em que há espaço argumentativo, reservado às partes, que se colocam em posição de mesmo nível; contando com a ajuda de um facilitador, neutro e imparcial, os envolvidos buscarão construir a solução para o conflito. Em Fazzalari encontra-se a assertiva seguinte:

[...] a nossa era assiste à difusão do 'processo' em todos os setores do ordenamento, [...] e no futuro se fará sentir mais ainda a sua necessidade. Permanece, por isso, o dever da doutrina de aprofundar e aperfeiçoar os modelos processuais [...] explicitando princípios, para oferecê-los a quem faz as leis e a quem as deve aplicar. (FAZZALARI, 2006, p.40-41).

Nesse mesmo sentido, "A tendência do direito processual para o futuro está voltada à busca de um direito e uma justiça mais acessível." (SILVA, 2008, p.18).

A mediação é uma técnica que acredita na capacidade de as próprias partes encontrarem ou construírem a solução para o conflito entre elas. Por constituir-se de um processo não adversarial, permite introduzir, com maior chance de êxito, o "paradigma procedimentalista do direito" (HABERMAS, 2003b, p.24), apoiado no princípio do discurso e de suas interações comunicativas, em que "as pessoas envolvidas se põem de acordo para coordenar seus planos de ação." (HABERMAS, 2003a, p.79). O acordo obtido dá a medida do reconhecimento intersubjetivo das pretensões de validade e o direito cumpre suas funções sociais de integração e de estabilização de expectativas, ao propiciar o discurso e favorecer o consenso. (HABERMAS, 2003b, p.47 e 115).

Eduardo de Oliveira Leite, destaca vantagens da mediação sobre o processo judicial: "É que o método do litígio judicial incorpora um sistema inevitável de ataque

e defesa, agravado pela necessidade da prova que coloca a nu aspectos mais íntimos da família provocando uma radicalização do conflito." (LEITE, 2008, p.107).

Prossegue o mesmo autor sobre os litígios familiares

(..) que, como sabemos, não se esgotam na mera dimensão psicológica. Ao contrário, o que se constata nas Varas de Família, é uma enorme dificuldade de aliar os aspectos legais aos demais aspectos metajurídicos, que também interferem na correta interpretação das lides forenses. (LEITE, 2008, p.135-136).

A grande questão da atualidade é “encontrar o espaço do homem comum”. (PASSOS, 2003, p.1). Acredita-se que esse seja o espaço do discurso em simétrica paridade. O espaço onde o homem responsável e livre, senhor de uma autonomia privada reconstruída, respeita e é respeitado, elaborando, solidária e comunitariamente, para si e para todos, soluções que concretizem uma *cultura de paz*.

#### **4.3.3 Mediação em Direito de Família**

Vários autores propugnam pelo emprego da mediação em todas as situações em que haja controvérsias, nesse sentido, Vezzulla (1995, p.15) e Riberti Nazareth (2001, p.54). Acredita-se que, respeitadas as delimitações legais, é amplo o espectro para emprego da mediação. Pode-se afirmar, então, que em toda situação de conflito, deve-se questionar a possibilidade de se aplicar a mediação. Isso vale também para as situações que envolvem a família.

Conflito é inerente à vida humana, pois as pessoas são diferentes, carregam histórias particulares, têm pontos de vista e se comunicam de formas diferentes, valores, poderes, interesses, recursos ou posições diferentes, dizendo respeito, então à tensão e à luta entre duas partes. No ciclo vital de uma família, no caminho entre o casamento e o divórcio, quando estas diferenças abrem fendas profundas, instala-se o conflito. (GRISARD FILHO, 2002, p.15).

A Juíza francesa Danièle Ganancia aponta a dupla especificidade do conflito familiar:

- os conflitos familiares, antes de serem conflitos de direito, são essencialmente afetivos, psicológicos, relacionais, antecedidos de sofrimento.
  - dizem respeito a casais que, além da ruptura, devem imperativamente conservar as relações de pais, em seu próprio interesse e no interesse das crianças.
- Ou seja, a resposta judicial sozinha é insuficiente e, muitas vezes, inadaptada às necessidades dos cônjuges. (GANANCIA, 2001, p.7).

É voz corrente dentre os estudiosos que a jurisdição tradicional, na maioria das vezes, não traz respostas suficientes para os conflitos de Direito de Família. Isso, dada a elevada carga de subjetividade que contêm. A conciliação não seria o meio mais adequado, pois os envolvidos não têm consciência real do que buscam nem do que podem conseguir. (CASABONA, 2001, p.84-92). Pelo que já se expôs, a mediação supre à perfeição essa deficiência do processo tradicional.

Em sua recente obra, Rodrigues Júnior (2006, p.96 e seg.), apresenta uma gama de oportunidades para o emprego da mediação familiar quando da dissolução da sociedade conjugal. Como exemplos, tem-se a questão da partilha de bens, da guarda dos filhos, dos alimentos e do uso do sobrenome adotado com o casamento.

A Psicóloga Cleide Rocha de Andrade, Coordenadora do Grupo de Estudos de Mediação – IBDFAM/MG, considera a mediação o recurso apropriado para se abordarem os conflitos familiares, “devido a sua proposta de transformação construtiva da relação entre os envolvidos. Os resultados obtidos revelam que esse procedimento favorece a autonomia e a responsabilidade das pessoas” (ANDRADE, 2006, p.36), propiciando o restabelecimento da confiança mútua. Portanto,

a mediação pode ser entendida como uma experiência singular, pois permite a expressão do saber da vida, a reflexão e o surgimento de uma nova subjetividade, sem se perder diante da necessidade objetiva de regras ancoradas no ordenamento jurídico para a efetiva resolução de disputas. (RODRIGUES JÚNIOR, 2008, p.376).

Por fim, reforçando tudo o que foi enunciado acima, apresenta-se a posição de duas especialistas em questões familiares, Maria Berenice Dias e Giselle Gröeninga:

A mediação é um complemento ideal de auxílio à Justiça, principalmente na área de Direito de Família, em que se busca a transformação dos conflitos de forma pacífica para que o casal resolva os problemas decorrentes da ruptura com menor custo emocional, econômico e social. Ao auxiliar na reorganização da vida, na retomada da auto-estima, propicia o trânsito entre o objetivo e o subjetivo. (DIAS; GRÖENINGA, 2001, p.63).

Procurou-se, a seguir destacar alguns conflitos em que a mediação tem-se mostrado bastante eficaz, como meio alternativo para a resolução de conflitos em questões de Direito de Família.

#### **4.3.3.1 Mediação e separação de casais**

Casal é o “par composto de homem e mulher que mantêm relações sexuais, tendo uma comunhão de vida, seja dentro ou fora do casamento” (DINIZ, 1998a, p.518-519). Obviamente, o conceito atual de casal, assim como de entidade familiar, tem comportado reconstruções, à luz da pluralidade de situações encontradas na sociedade. A noção de casal acima está vinculada com o casamento, com a união estável, com o concubinato, por exemplo. Sem deixar de constatar a aplicabilidade, a princípio, da mediação a qualquer situação socioafetiva, o presente trabalho passa a avaliar a questão da dissolução do casamento e da união estável.

Atualmente, dadas as características da família – igualdade entre membros e maior autonomia entre eles – tem havido maior necessidade de mais espaço para o desenvolvimento e a realização de cada indivíduo-membro, sobretudo, em um primeiro estágio, daqueles que compõem o casal. Isso tem intensificado os conflitos familiares.

A família tem encontrado, a cada dia, maior pretensão de tutela pelo Estado. Isso, sobretudo, para atender aos princípios e regras constitucionais que reconhecem na família a base social do Estado. Nessa perspectiva, muitas são as leis que procuram assegurar proteção às entidades familiares, procurando assegurar aos casais a comunhão de vida mais plena que seja possível. Mas, os conflitos entre casais são inevitáveis e, às vezes, incontornáveis. A lei procura proteger a unidade representada pelo casal. No passado havia o *curador ao vínculo*, hoje se tem a conciliação necessária. Porém, na separação, a tutela jurisdicional nem sempre se tem prestado à melhor atuação nessa seara. Citou-se, em seção anterior desse trabalho, o depoimento de Danièle Ganancia (2001, p.7) – juíza francesa, com vasta atuação em Direito de Família. Para suprir as deficiências da jurisdição clássica, que nem sempre oferece as melhores respostas e soluções aos conflitos familiares, a mediação encontra um grande espaço e oportunidade de se manifestar. Não se

deve confundir a clássica conciliação, judicial ou parajudicial, previstas no ordenamento, com a mediação.

Devido à complexidade das relações familiares, a mediação busca também outros aspectos, para além das questões legais e das questões que são postas em um processo de separação; aspectos que não estão compreendidos na abordagem judicial tradicional, nem o sistema judiciário está capacitado para fazê-lo. Com suas técnicas e abordagens multidisciplinares, a mediação é expediente altamente recomendável para esses casos. Quanto à possibilidade da mediação nas separações judiciais, Walsir E. Rodrigues Júnior, destaca:

Entretanto, a liberdade de acordar as cláusulas de uma separação judicial não é absoluta. É inegável que nas relações privadas também existam direitos fundamentais tutelados pelo Estado. Assim, reconhecendo que os titulares das relações familiares, muitas vezes, são também titulares de direitos fundamentais, fica fácil concluir que não raro deverá haver limitação da liberdade. (RODRIGUES JÚNIOR, 2008, p.379-380).

Procurou-se, aqui, considerar a aplicabilidade da mediação na separação de casais que um dia se uniram na busca da comunhão plena de vida. Reservou-se espaço a seguir para as questões de filho, patrimônio, entre outras, tão recorrentes nos conflitos familiares.

O caráter multidisciplinar da mediação, abrangendo aspectos jurídicos, sociais e psicológicos da relação, pode auxiliar mais apropriadamente os casais na construção de solução para o conflito, na busca de um acordo satisfatório a ambas as partes e na superação do luto representado pelo fim da conjugalidade.

#### **4.3.3.2 Mediação e filhos menores – alimentos, guarda e visitas**

Em uma crise familiar mais séria, daquelas que ameaçam a união do casal, os filhos menores costumam participar, quase sempre na pior posição possível: expectadores e vítimas do conflito. É comum, em uma separação, os filhos menores perderem a condição sublime de filhos e serem transformados em instrumentos, verdadeiras armas de guerra ou moeda de troca, a serviço dos indivíduos que um dia compuseram o casal na busca da comunhão plena de vida. Os ressentimentos,

as angústias, a necessidade de achar culpa e culpados reflete de maneira muito drástica sobre os filhos.

Mais uma vez, surge a mediação como uma boa alternativa a propiciar ao casal uma melhor compreensão do conflito e na busca da melhor solução possível, sobretudo no momento de se definir alimentos, guarda de filhos e regime de visitas.

Por maiores que sejam as dores do casal e os (res)sentimentos recíprocos, pode haver uma amenização da situação, tão logo eles se derem conta de que os filhos estão envolvidos de maneira muito negativa no conflito. Em nome dos filhos e do melhor interesse deles que entraram circunstancial e involuntariamente no conflito, a mediação também pode ser eficaz. A busca de interesses ainda ocultos, o processo discursivo e participativo que a mediação propicia, certamente facilitará a transformação do casal, podendo até solucionar o conflito com um acordo. O importante é que a mediação busque preservar as relações entre os casais principalmente em prol do desenvolvimento dos filhos menores que ainda dependem de ambos. Assim, a mediação pretende “pacificar o conflito, responsabilizar os protagonistas e permitir a continuidade das relações de co-parentalidade.” (GANANCIA, 2001, p.15).

Os pais serão encaminhados para a construção de novas formas de convivência com os filhos, separados ou retomando a relação, conscientizando-se do papel de cada um, com o intuito de formarem um relacionamento respeitoso, alcançando alto índice de possibilidade de dar certo, porque a solução partiu das partes envolvidas e não foi decidida por nenhum estranho. (CACHAPUZ, 2005, p.142).

#### **4.3.3.3 Mediação e patrimônio**

O patrimônio pode ser compreendido como a projeção econômica da personalidade (VENOSA, 1999, p.119), isto é, um conjunto de direitos e obrigações que o sujeito cria ou incorpora em torno de sua pessoa. “Incluem-se no patrimônio: a posse, os direitos reais, as obrigações e as ações correspondentes a tais direitos. O patrimônio abrange direitos e deveres redutíveis a dinheiro.” (DINIZ, 1998b, p.541).

As questões econômicas são freqüentes e muito recorrentes nos conflitos familiares. Muitas vezes, a mediação consegue perceber nesses conflitos sobre

patrimônio, geralmente muito acirrados, interesses ocultos (VEZZULLA, 1995, p.75), que revelam a real natureza do problema, suas causas e possíveis redirecionamentos das questões postas pelas partes. A fase da discussão patrimonial, por outro lado, também pode “simbolizar a concretização da separação”<sup>52</sup>. (ÁVILA, 2004, p.41). Como é comum ainda terem os casais dúvidas a respeito da decisão de se separar, esse também é momento muito oportuno à mediação para um conhecimento mais aprofundado da situação. A partir daí, a mediação buscará a repartição mais eqüitativa e justa dos bens, de acordo também com as possibilidades e necessidades de cada um dos componentes do casal, além da consideração sobre os esforços dos envolvidos para a constituição de aqüestos. Isto é, a mediação não deverá se descurar do regime de bens adotado no início da união. Embora se trate de direitos patrimoniais que, uma vez disponíveis, sobre eles se pode transigir, há que se respeitar eventual pacto antenupcial ou o preceito legal e a autonomia dos envolvidos.

#### **4.4 Mediação na atualidade - a realidade brasileira**

Ainda é bastante incipiente a prática da mediação no Brasil. Como afirma Grysard Filho (2002, p.14), “apesar dos esforços de institutos e associações, a mediação continua sendo uma prática, somente uma prática, sem afirmação no sistema jurídico”. Na opinião de Targa (2004, p.144), a mediação no direito brasileiro encontra-se em processo de construção. Há exceção quanto ao Direito do Trabalho<sup>53</sup>:

O modelo de mediação trabalhista brasileiro pode ser compreendido sob quatro perspectivas: a possibilidade da existência de mediadores públicos e privados, o caráter obrigatório ou facultativo da mediação, a tentativa da mediação como condição para o ingresso de ação de dissídio coletivo e a mediação de conflitos individuais e coletivos. (SALES, 2003, p.130)

---

<sup>52</sup> Para maiores detalhes, recomenda-se “Mediação familiar – formação de base”, autoria de Eliedite Ávila (2004), publicação do TJSC.

<sup>53</sup> No Anexo E, de seu livro, “Justiça e mediação de conflitos”, Lília Sales (2003) apresenta um rol de normas trabalhistas brasileiras referentes à mediação em conflitos daquela natureza.

Deve-se realçar o viés conciliatório que a mediação trabalhista apresenta. Na prática trabalhista, via de regra, o que ocorre é um processo de conciliação, às vezes mal-sucedido. Tanto é assim, que as próprias leis existentes, empregam os termos negociação, mediação ou intermediação, indistintamente.

Quanto aos outros ramos do Direito, a mediação vem sendo aplicada na esfera cível, em Direito de Família, enquanto se aguarda pela lei regulamentadora do instituto. Porém, o Código de Processo Civil, já ampara a mediação, em seu art.265<sup>54</sup>. (Silva, 2004, p.24).

Como a prestação jurisdicional apresenta deficiências, outras soluções, ou melhor, complementações, têm sido buscadas, e a mediação é um bom exemplo. Ao escolher a via da mediação, as partes não deverão fazê-lo por deficiência no acesso à Justiça nem por ineficiência do sistema judiciário. A escolha deve ser pautada pela livre vontade de cada um. Propugna-se é pela não-adversariedade, pela composição harmônica do conflito que evite exacerbar a litigiosidade e favorecer o arbítrio. (PASSOS, 2007, p.12-13; RODRIGUES JÚNIOR, 2006, p.37).

---

<sup>54</sup> Código de Processo Civil, “art. 265, Suspende-se o processo:

.....  
II – pela convenção das partes; “. (BRASIL, 2007, p.591).

## 5 MEDIAÇÃO, AUTONOMIA E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Muito se tem a caminhar quanto à afirmação dos direitos fundamentais no Brasil (COMPARATO, 2001). Vive-se no limite da "desigualdade institucionalizada". (IULIANELLI, 2003, p.28). Tem-se um círculo vicioso em que, sem igualdade, não há cidadania. (ARENDDT, 1998). Sem cidadania, não há direitos fundamentais. Sem direitos fundamentais, não há que se falar em Estado Democrático de Direito. Evidentemente, o senso comum o confirmaria, a situação brasileira é paradoxal pois, a despeito da desigualdade institucionalizada, percebe-se um certo grau de liberdade e de mobilidade, no sentido de se caminhar segundo os dois princípios de justiça de Rawls (2003; 2008). Mas, pela perspectiva da teoria do discurso, do princípio da democracia, propugnados por Habermas (2003a; 2003b; 2003c), muito ainda precisa ser feito para uma efetivação dos direitos fundamentais.

A demonstração do grau de efetividade dos direitos fundamentais nas relações familiares é apresentada em recente obra de Sumaya Pereira (2007). Um dos aspectos mais interessantes, diz respeito ao caráter dúplice da família. Na pessoa (autônoma) de cada um de seus membros tem o direito de buscar a proteção estatal, mas, ao mesmo tempo, é destinatária do dever de proteção dos direitos fundamentais dentro da comunidade familiar. (PEREIRA, 2007, p.21).

Iulianelli (2003, p.22) estabelece como fonte dos direitos fundamentais a dignidade humana, as necessidades humanas e a comunidade política. A dignidade humana seria a fonte primordial, em sua dimensão sacro-ontológica. As necessidades humanas são decorrentes da própria evolução humana no seu curso histórico-racional. A comunidade política deve ser compreendida para além do conceito liberal de origem. Na pós-modernidade, a comunidade política passa pela comunidade de comunidades, apregoada por Rawls (2003; 2008), alcançando a comunidade de comunicadores de Habermas (2003a; 2003c).

Pela suas características, a mediação pode se revelar como grande promotora dos direitos fundamentais, mormente pelos novos princípios que a ela se vai atribuir.

## 5.1 Novos princípios para a mediação

Considerando a mediação na esfera público-privada do Direito de Família, procurou-se determinar novos princípios que, acrescidos aos tradicionais, conferissem àquele instituto um grau de constitucionalização, consoante à *vontade-necessidade de Constituição* da contemporaneidade, pois

Com a Constituição da República de 1988, tornou-se possível extrair vários princípios, implícitos ou explícitos, que passaram a ser fontes das decisões judiciais, tais como: o da dignidade da pessoa humana, da pluralidade de entidades familiares, da afetividade, da família funcionalizada, da liberdade, da igualdade, entre outros. (RODRIGUES JÚNIOR, 2007, p.180).

Ao se propor uma principiologia adicional à mediação preocupou-se menos na fundamentação jurídica, como princípios expressamente constitucionalizados. Mas se procurou esclarecer o seu conteúdo, valor e importância para uma teoria geral da mediação. Até porque o próprio instituto vem-se afirmando pelo uso, sem ter ainda uma lei específica que lhe consagre ao ordenamento.

### 5.1.1 Afetividade

Numa primeira aproximação, talvez seja a empreitada menos complexa a de elevar a afetividade ao nível de princípio jurídico também aplicável à mediação. A doutrina já vem procedendo nesse sentido, desde as últimas décadas, como se pode observar em Oliveira e Muniz (1990), Lôbo (2003b), Pereira (2004), Dias (2006) e em obra recente coordenada por Teixeira e Ribeiro (2008). Quanto ao princípio da afetividade, a doutrina tem-se mostrado pródiga no tocante ao reconhecimento da natureza socioafetiva das relações familiares. Com respeito à mediação será interessante uma consideração ao conflito e ao princípio da ruptura. Se o princípio da ruptura for aplicado a situações familiares, pode-se deduzir, de início, que não haveria espaço para o princípio da afetividade.

O princípio da ruptura funda-se na liberdade de escolha que deve existir não só na constituição, na manutenção, mas, também, na extinção da entidade familiar. É a autonomia privada que poderá ser exercitada sempre, desde que não afete a dignidade das pessoas envolvidas. Ninguém está autorizado a restringir ou impor a existência ou a permanência de uma entidade familiar. (RODRIGUES JÚNIOR, 2007, p.188).

Prossegue Walsir E. Rodrigues Júnior (2007, p.196), afirmando que o princípio da ruptura apesar de permitir a ação unilateral de quaisquer dos cônjuges para pôr termo à sociedade conjugal, sem discussão de culpa, pode não favorecer o relacionamento posterior entre eles. A mediação mediante a sua prática discursivo-dialógica certamente favorece o relacionamento futuro de um casal que se separa, sobretudo se há filhos.

Por isso, o que se propugna é a invocação da afetividade mesmo havendo a ruptura ou o conflito, à moda de um resgate de algum resquício de respeito, de solidariedade, ou de sentimentos dignos que devem existir entre seres humanos, pois se deseja compreender a afetividade para além do conceito de amor ou da *affectio* clássicos. Cumpre, portanto, aos envolvidos num conflito, incluindo-se os componentes do sistema judiciário, encontrar naqueles "restos de amor e de conjugalidade" (PEREIRA, 2001, p.38) alguma centelha de afetividade para que o processo possa ser conduzido menos traumáticamente. Como bem argumenta Giselda Hironaka:

O afeto está na construção; mas, deve estar também, na ruptura relacional, resguardando as pessoas para além daquela dose certamente incontrolável de sofrimento que não se pode impedir. E os que estão encarregados de administrar o conflito devem estar comprometidos com o respeito a esse *afeto atávico*. (HIRONAKA, 2006, p.436).

Sem o princípio da afetividade permeando o processo seria aceitar por uma razão cínica ou meramente instrumental a norma que prevê e recomenda a conciliação durante o processo judicial. Por outro lado, a mediação é o *locus* por excelência daqueles que optaram por uma razão comunicativa, pela dialogia, na tentativa de resolver seus problemas sob a tutela estatal, mas não, necessariamente, por ela. A partir do princípio da afetividade, "a mediação apresenta-se como um caminho alternativo à resolução dos litígios no âmbito familiar, no qual há a preocupação fundamental com a preservação emocional das partes." (RODRIGUES JÚNIOR, 2007, p.196).

Os primeiros passos rumo à afetividade foram marcados pela necessidade de retorno do homem ao centro do ordenamento. (LÔBO, 2004). Essa repersonalização, apesar de apregoada há bom tempo por Mata Machado (1953), ganhou reforço com a Constituição solidarista de 1988. Também, Amaral (1999), tratando da autonomia privada, já propunha a personalização ética das relações jurídicas.

Embalados pela Constituição da República de 1988, tanto a doutrina como a jurisprudência passaram a se valer do afeto nas relações familiares. Bons exemplos podem ser encontrados em Lôbo (2003a; 2004) e "Na esteira dessa evolução, o direito das famílias instalou uma nova ordem jurídica para a família, atribuindo valor jurídico ao afeto." (DIAS, 2006, p.61). Para essa autora, a afetividade funda-se como derivação dos direitos fundamentais - constitucionais individuais e sociais - a garantir a dignidade de todos. (DIAS, 2006, p.59). Também ressalta Flávio Tartuce (2008) que, embora não conste do texto constitucional a palavra afeto, como um direito fundamental, aquele é decorrente da constante valorização da dignidade humana. Por isso, a proposta desse trabalho é tratar a afetividade como princípio essencial à mediação familiar, ainda que princípio de natureza ética, pois não há preceito legal passível de impor o afeto. Porém, há preceito legal correlato aos efeitos do afeto. Trata-se, então, de um princípio ambivalente, de dupla face - uma ética, outra jurídica.

Por outro lado, Carbonera (1999) e Lôbo (2003b), fundamentam o princípio da afetividade como princípio jurídico a partir de cláusulas específicas da Constituição da República, de 1988 e da jurisprudência dos tribunais. Nesse mesmo sentido, Sumaya Pereira (2007, p.178), considera o princípio da afetividade como princípio constitucional implícito.

Também o Estatuto da Criança e do Adolescente, ao tratar da família substituta, traz no art. 28, § 2º, "Na apreciação do pedido levar-se-á em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de afetividade, a fim de evitar ou minorar as conseqüências da medida." (BRASIL, 2007, p.1165).

Sérgio Rezende de Barros argumenta que a afetividade é "um fato social jurígeno, que gera direitos e obrigações acerca dos vários bens e valores, como alimentos, moradia, saúde, educação, etc." (BARROS, 2006, p.886). Em sua exposição, com a qual se comunga, o autor citado argumenta que o afeto é direito constitucionalmente tutelado. Inicialmente, há a proteção do afeto como direito

fundamental individual - trata-se da liberdade, ou autonomia, de afeiçoar-se um a outro. Essa liberdade é constitucional, pois a Constituição (BRASIL, 2007), art. 5º, §2º, admite direitos e garantias não expressos, mas decorrentes dos princípios e do regime por ela adotados. Em seguida, o afeto pode evoluir progredindo-se como relação social categorial - direito especial de certas categorias, como a família, o idoso, a criança e o adolescente, dentre outros. Por fim, o afeto, como direito de todos, atinge a sua dimensão difusa, em que o cimento do direito é a solidariedade. Da articulação das três dimensões acima, a individual, a social e a difusa, decorre a tutela constitucional do afeto e de seus efeitos. (BARROS, 2006).

O afeto tratado aqui transcende a idéia do sentimento inicial, básico e necessário, que pode vincular duas pessoas pelas suas autonomias. Trata-se de uma dimensão mais ampla que perpassa a relação de pessoas como pares ou parceiras em um relacionamento, atingindo a dimensão da pessoa como agente moral, ainda que idealizado, que deve ter nobres sentimentos para com os semelhantes, pelo simples fato de serem pessoas humanas, em verdadeira comunhão com o outro, ensejando a alteridade, em sentido universalizante.

### **5.1.2 Alteridade**

Iniciou-se esse trabalho com a idéia de Aristóteles, cuja concepção é de que a justiça se opera no outro. A busca por um princípio universal de justiça em que um dos pilares fosse a alteridade perpassou a idéia de Kant (2006) e desaguou em Rawls (2003; 2008). Especialmente, o segundo princípio, no tocante à diferença, recuperou a alteridade como pilar para a justiça. É pela diferença que um indivíduo olha e vê o outro. Para Kant o imperativo categórico exige que o agente considere a si e todo outro ser da sua espécie sempre como um fim em si mesmo, sendo este um condicionante do agir ético. (PIMENTA, 2003).

A alteridade, para Lévinas, é o reconhecimento livre e desinteressado do outro, em uma relação assimétrica. (PIMENTA, 2003). A assimetria decorre do fato de, dificilmente, duas pessoas darem o primeiro passo, uma no sentido da outra, simultaneamente. E, se não houvesse a opção, a iniciativa, pelo primeiro passo, reconhecendo o outro e caminhando em seu sentido, não haveria alteridade, pois

"cada um permaneceria na expectativa, à espera do movimento do outro ao seu respeito." (PIMENTA, 2003, p.67). Inspirando-se em Pivatto (1999), pode-se reconhecer a alteridade como a efetivação do humano, a partir da orientação para o outro, isto é, ser para o outro.

A alteridade é a liberdade (de)votada ao próximo, como afirma Bonamigo (2006). Numa perspectiva kantiana, "A função do direito é delimitar a liberdade. (...) a liberdade compatibilizada com a liberdade dos outros." (PEGORARO, 1995, p.63).

Ainda que a alteridade não seja um princípio insculpido na Constituição, pode-se depreender de preceitos constitucionais a necessidade, ou ainda melhor, o mandamento para se reconhecer o outro pois "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza...", conforme o art. 5º da Constituição brasileira (BRASIL, 2007, p.22). Se todos são iguais, ainda que exista o indivíduo, existirá sempre e prioritariamente o outro. Portanto, a alteridade pode e deve ser tomada, no mínimo, como um princípio ético e um valor jurídico essencial às relações jurídicas, sobretudo aquelas de cunho existencial.

### **5.1.3 Inclusão - para além da tolerância**

O princípio da inclusão é proposto na esfera das relações familiares e tem na mediação grande abertura para sua efetivação. A tolerância seria uma decorrência, um corolário, daquele princípio. Na sua Teoria da Justiça, Rawls (2003), prescreve que, apesar das desigualdades sociais e econômicas, os cidadãos tenham justa igualdade de oportunidades de acesso aos cargos e vantagens. A aptidão, talento natural, formação e competência, publicamente comprovados tornam-se critérios de acesso, mas outras ações também deverão favorecer a inclusão. De acordo com Pegoraro (1995, p.73), "Dito negativamente, ninguém pode ser excluído por razões circunstanciais de cor, de sexo, idade, convicção política e condição econômica."

O princípio da inclusão pode ser visto como preceito constitucional desde o Título I, que trata dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, passando pelo Título II, dos direitos e garantias fundamentais, até o penúltimo título, em seu Capítulo VII, dedicado à família, à criança, ao adolescente e ao idoso. (BRASIL, 2007).

O acesso à Justiça, também direito fundamental e pilar do Estado Democrático de Direito, é outra base jurídica do princípio da inclusão. Ao se falar da igualdade, da não-discriminação, da liberdade de crença, do pluralismo, a Constituição da República, de 1988, também fundamenta a tolerância, aqui, associada ao princípio da inclusão.

Ana Carolina Brochado Teixeira e Maria de Fátima Freire de Sá trazem uma perspectiva relacional à dignidade da pessoa humana em uma construção que coaduna as relações familiares e os princípios aqui propostos:

Afinal, é na alteridade, na reciprocidade e no relacionamento com o outro que a personalidade se constrói, como um processo dialético e dialógico com o outro. Por isso, a necessidade da convivência familiar e comunitária para construir e edificar a afetividade, além de possibilitar a inserção social. Eis a justificativa constitucional para considerar-se a convivência com o "outro" [a inclusão] como direito fundamental. (SÁ; TEIXEIRA, 2004, p.24).

Quanto ao seu papel, a mediação busca a inclusão mesmo a partir do conflito. Qualquer procedimento adversarial ainda que redunde em conciliação, não criará facilmente, ou melhor, possibilitará uma correta interlocução para os envolvidos. Não há debate, ainda que haja argumentação. Ocorre um processo retórico no qual vencerá a força da melhor argumentação<sup>55</sup> - uma parte ganha e a outra perde, ou as duas perdem. Em um procedimento de mediação, haverá discurso e dialogia, prevalecendo a força do melhor argumento, há o convencimento, que é ato de vencer conjuntamente, como compreensão mútua. O procedimento na mediação é inclusivo por si mesmo. A prática discursiva, na oportunidade que o discurso oferece à intersubjetividade e à compreensão mútua, privilegia a inclusão de maneira insuperável. A inclusão sob a perspectiva ética de Lévinas (2004, p.27), traduz-se na idéia de que "Compreender uma pessoa é já falar-lhe. Pôr a existência de outrem, deixando-a ser, é já ter aceito essa existência, tê-la tomado em consideração." Daí "surge a responsabilidade não como uma retirada da autonomia do sujeito, mas como uma relação de não indiferença ao apelo, que se instaura com o acolhimento [inclusão] de Outrem." (PIMENTA, 2004, p.66).

Quando, para promover a inclusão por meio dos direitos fundamentais, trata-se de maneira específica determinadas categorias, tais como, o idoso, a criança, o adolescente, o membro da família, Bobbio (2004), fala em princípio da especificação.

---

<sup>55</sup> Alberto Thomas (2001, p.43), citando Joseph Joubert: "O objetivo da argumentação, ou da discussão não deve ser a vitória, mas o progresso."

Em uma perspectiva sociopolítica, sem cidadania, não há inclusão. Daí a importância dos direitos fundamentais para a concretização do princípio da inclusão. Nesse sentido, Häberle (1997) com a teoria da sociedade aberta dos intérpretes da constituição norteia o caminho para a conquista dos direitos fundamentais, para se pertencer a uma "coletividade política". (IULIANELLI, 2003, p.21). Também, em igual sentido, Hannah Arendt (1998) trata a cidadania como meio de conquista da liberdade, igualdade e dignidade. Em Habermas (2003b), da mesma forma, se encontra que uma das funções do direito é a inclusão, como integração social. Portanto, sem o princípio da inclusão não há efetivação dos direitos fundamentais.

#### **5.1.4 Responsabilidade**

Se Lévinas (2004) elevou a alteridade aos foros da santidade, transcendendo o humano, trouxe, por outro lado, a responsabilidade para a essência do ser humano. O sujeito somente se humaniza quando se responsabiliza. (PIVATTO, 1999; VILLELA, 1982a).

Um grande propalador do princípio da responsabilidade foi Hans Jonas (2006), que tratou o princípio sempre como um imperativo em relação ao outro, aquele que vem depois. Pode-se adotar as argumentações daquele autor mesmo para as relações familiares, para as situações de mediação, inclusive. Nessas últimas, vislumbram-se dois níveis de responsabilidade: com o outro - a outra parte na mediação - e com os demais afetados no procedimento, como, por exemplo, os filhos. Na apresentação da obra de Hans Jonas, Clara Bingemer destaca que

A responsabilidade é princípio primordial e norteador deste momento da história de utopias caídas e novos paradigmas levantados, no qual o ser humano busca desesperadamente categorias que o ajudem a continuar vivendo uma vida digna e que continue merecendo o nome de humana. (JONAS, 2006, p.19).

O princípio da responsabilidade trata da assunção dos riscos e das conseqüências de um agir sempre orientado por uma reflexão ético-jurídica, estritamente vinculada à liberdade, como autonomia. (PIVATTO, 2001, p.219).

O fato de que os homens existam, ainda que não lhes tenha sido ofertada a opção de não-existir, é um *primeiro imperativo* imposto a eles. Eles têm que continuar existindo como tal. E, para isso, há que se assumir a responsabilidade da existência, sua manutenção e seu curso, preferencialmente *aprimorando a sua significação*. Porém, esse aprimoramento contínuo que faz do homem um ser em permanente construção não pode comprometer a existência da humanidade.

O homem é um ser condenado à responsabilidade, que pode fazer dessa danação a própria redenção, não somente assumindo riscos e arcando com as suas conseqüências, mas, sobretudo, pensando e agindo sob o império de uma ética da responsabilidade. (JONAS, 2006). Nas palavras de João Baptista Villela (1982a, p.32), “O homem só é feliz à condição de ser livre. Só é livre, quando responsável. E só é responsável se os motivos de sua conduta estão dentro e não fora dele.”

## **5.2 Direitos fundamentais, autonomia privada e relações familiares**

Ao longo desse trabalho sempre se buscou um equilíbrio entre a autonomia privada e os direitos fundamentais. Se o princípio da autonomia privada ainda é essencial às relações jurídicas, os direitos fundamentais não devem ser negligenciados. Se o acesso à Justiça é componente do paradigma do Estado Democrático de Direito, há que se ter democracia efetiva e cidadania, como preconizada por Habermas (2003a; 2003b, 2003c) e Häberle (1997).

Se a individuação do sujeito é necessária, há que ser pensada à luz do sujeito como indivíduo mobilizado na direção do outro. Aqui, introduz-se uma variável a ser considerada na mediação: o poder. Mesmo nas relações familiares, ou principalmente nelas, a assimetria de poder precisa ser considerada. Os direitos fundamentais, conforme se lhes olham, podem trazer em si um viés de dominação (SAMPAIO, 2004, p.127) que precisa ser neutralizado previamente à mediação.

Sem se distanciar dos direitos fundamentais, embora se tratando de relações da esfera privada, encontra-se em Sumaya Pereira:

é o grau de autonomia real dos sujeitos que indicará a maior ou menor necessidade de proteção dos direitos fundamentais. Assim, quanto maior for o poder ostentado por um dos sujeitos da relação familiar, menor deverá ser a tutela de sua autonomia privada e, ao contrário, mais intensa a sua vinculação em relação aos direitos fundamentais do sujeito mais frágil. (PEREIRA, 2007, p.181).

Esse se torna um desafio ao mediador. Em posição neutra e imparcial, integrado na relação conflituosa e, ao mesmo tempo, coadjuvante dela, o mediador deve identificar<sup>56</sup> as assimetrias de poder e estabelecer um equilíbrio na relação, para que possa ocorrer na simétrica paridade preconizada para o processo tomado como procedimento.

Em sua obra, Eduardo de Oliveira Leite (2008, p.111, Nota 9), ao tratar da neutralidade do mediador aponta duas correntes. A primeira trata o mediador como condutor do procedimento - absolutamente neutro - deixando ao alvedrio das partes as questões de conteúdo. Essa primeira corrente não considera as assimetrias de poder, a questão da sujeição de uma parte à outra, nem o preparo do mediador para a transdisciplinaridade do processo de mediação. A segunda corrente, da qual se comunga, a neutralidade é minorada em favor da busca de equilíbrio entre as partes, ainda que seja ao custo de o mediador passar da esfera do procedimento e adentrar em questões de seu conteúdo, porém, agindo no sentido de neutralizar assimetrias de poder, hipossuficiências e sujeições psicológicas.

Uma vez superada a assimetria de poder, em um procedimento de mediação, o enfrentamento das partes deverá ceder lugar ao seu reconhecimento mútuo. A construção da verdade como etapa de superação do conflito, evitará a manipulação, cedendo-se vez a uma "socialidade de reconhecimento" (OLIVEIRA, 1989, p.33), na direção de uma ação transformadora que atenderá às pretensões da justiça: estabilizar expectativas, inclusão (de si mesmo e do outro) e possibilidade de autoconhecimento.

---

<sup>56</sup> Remete-se a Foucault (2000, p.227), "A análise dos mecanismos de poder não tende a mostrar que o poder é ao mesmo tempo anônimo e sempre vencedor. Trata-se ao contrário de demarcar as posições e os modos de ação de cada um, as possibilidades de resistência e de contra-ataque de uns e de outros".

### 5.3 Mediação - nova ética ou novo *ethos*?

Para se invocar o novo, deve-se ter consciência do velho. Seria ingenuidade acreditar que a mediação, como uma novidade, desafogaria o judiciário - já se demonstrou que, ao invés de ser um substitutivo ou um equivalente jurisdicional, trata-se de uma alternativa à Justiça tradicional. Também seria uma idealização acreditar que haveria menos separações de casais ou menos conflitos, com a prática da mediação. Quando se propôs a questão acima, já se pressupunha uma resposta que é afirmativa, porém tem que ser integral. Isto é, para que haja efetividade na mediação há que haver uma conjunção de fatores que englobam direitos fundamentais e a autonomia privada reconstruída.

A mediação como processo de pacificação de contendas não é algo novo. Os pais de Santa Rita de Cássia, no século XIV, eram pacificadores. (ARIAS, 2005). Porém, diante das circunstâncias do mundo contemporâneo, a proposta é de reconstrução. Não se imagina o sucesso da mediação familiar - sobretudo versando sobre situações jurídicas existenciais - sem uma reconstrução da autonomia do sujeito que refletirá na sociedade. Uma sociedade pautada no desejo de liberdade, no sentimento de igualdade e na prática da solidariedade. Mas, "uma sociedade complexa só pode ser integrada socialmente se contar com um direito coercitivo e positivado" (GALUPPO, 2003, p.231). Porém, o mesmo autor tempera: "o direito moderno não se esgota na sua positividade e coercibilidade" (GALUPPO, 2003, p.232), mirando na intersubjetividade preconizada por Habermas (2003b), que, mediante práticas discursivas, será a fonte da sua legitimidade.

A mediação é uma prática emancipatória do sujeito, seja frente ao império, seja frente à benevolência do Estado:

A mediação visa fazer que os dois protagonistas passem da adversidade à conversação (do latim *conversari*: "virar-se para"), ou seja, levá-los a se voltar um para o outro para falar, compreender e, se possível, encontrar um compromisso que abra caminho para a reconciliação. [...] A mediação pretende, portanto, criar, na sociedade, um lugar onde os adversários possam aprender ou reaprender a se comunicar, a fim de alcançar um pacto que lhes permita viver juntos, se não dentro de uma verdadeira paz, ao menos, dentro de uma coexistência pacífica. (MULLER, 2006, p.32-33).

Compreende-se o ser humano não como um ser moral, mas um ser para a moral, que tem consciência do dever e da necessidade de ser justo, não fosse assim, decretar-se-ia a morte do direito, a obsolescência da justiça. O aprimoramento de técnicas alternativas à jurisdição não prescinde do direito nem nega a sua eticidade. Na caminhada para se tornar um verdadeiro agente moral, o sujeito precisa ser reeducado, tornando-se mais consciente de sua autonomia, agora conformada pelos direitos fundamentais, e se emancipando da tutela estatal.

### **5.3.1 Por uma nova pedagogia - da linguagem ao discurso**

Ao se propor uma nova pedagogia, não se propõe uma ruptura com o passado, mas uma reconstrução de elementos que compõem a formação do sujeito, tais como a autonomia privada, o exercício dos direitos fundamentais e a criação de novos institutos jurídico-sociais mais adequados às demandas contemporâneas.

Primeiramente, faz-se um retorno na História. No século XVII, Spinoza já dizia: "as desavenças humanas, são desavenças de palavras". (SQUARISI, 2007). O que representa uma clara alusão à importância da linguagem nas relações humanas. Assertiva retomada com o giro lingüístico, em meados do século XX, e reforçada com as teorias de Perelman (1999), Günther (2004) e Habermas (2003a; 2003b; 2003c). Em um de seus ensaios, Montaigne (2000), relata o diálogo que presenciou entre os membros da corte de Carlos IX e índios da *França Antártica* (Brasil). Os *selvagens* foram questionados sobre a impressão que estavam tendo do novo país. Responderam ser-lhes incompreensível a existência de metades (assim denominavam as pessoas) tão bem vestidas, alimentando-se abundantemente dentro dos palácios e outras metades, nas ruas, mendigando pão e abrigo. Prosseguiram dizendo que o mais absurdo era essas metades não se revoltarem e tocarem fogo nos palácios das metades injustas. Vê-se claramente a idéia de justiça, de alteridade e de rebelião (seria uma forma de desobediência civil?) dos avós dos avós de tantos brasileiros. Mais de três décadas antes de Kant, Mathias Aires ([200?], p.124), considerado pelo editor da referida obra o maior pensador em língua portuguesa do século XVIII, escreveu: "Não pode haver justiça quando esta se exercita por algum fim que não seja por ela só."

Os exemplos acima demonstram que dada a historicidade do ser humano e de tudo que a ele concerne, a experiência do passado precisa ser resgatada para se reconstruir o presente. A nova pedagogia proposta é a da educação, pois o que hoje se recebe é apenas instrução: "A instrução é da inteligência, a educação é da consciência. A instrução faz o homem erudito; a educação faz o homem bom. Ambas são necessárias, mas a mais importante é a educação da consciência." (ROHDEN, 1998, p.163).

Em referência à herança grega, no Ocidente, Fernando Savater, afirma que houve "uma distinção binária de funções que, de certo modo, ainda perdura entre nós: a que separa a educação propriamente dita, por um lado, e a instrução, por outro." (SAVATER, 1998, p.56). Também em Foucault (2007, p.131), faz-se referência a educar e instruir. Seria uma medida para não se ter que vigiar e punir?

A proposta não é repassar unicamente à escola a missão de educar, à luz dos direitos fundamentais e da autonomia privada, como elementos essenciais a uma ética contemporânea. Essa missão também é da comunidade, e, sobretudo, da família. Em um trabalho intitulado justamente "Educar e Instruir", Inês Lacerda de Araújo (2007) diagnostica:

Na família e na escola as relações se instrumentalizam, quer dizer, são mobilizadas apenas para responder a necessidades imediatas. O Estado regula, vigia, penetra nas relações familiares (métodos de natalidade, regulamentação do aborto, ingresso na escola, etc). (...) Qualificar-se fica sendo uma questão de regulamentos, o que inibe a criatividade, suprime a responsabilidade, leva ao imobilismo. A escola se torna um balcão de negócios, uma prestadora de serviços. (...) A reação deve vir do próprio mundo da vida, da ação comunicativa, que pode transformar a escola em meio e fim para a realização da formação completa. (ARAÚJO, 2007, p.67).

A escola é o melhor meio de difusão dos valores socioculturais e éticos, possibilitando aos alunos o exercício de atividades essenciais ao julgamento e escolha. As disciplinas escolares devem ser acompanhadas por valores sociais de solidariedade e de cooperação, numa verdadeira integração entre os valores da instrução tradicional com aqueles formadores da pessoa. (ARAÚJO, 2007).

Obviamente, no Brasil, tais idéias dependem da ação estatal quanto à formação e ao "aperfeiçoamento dos professores na reformulação da política didático-pedagógica". (ARAÚJO, 2007, p.71). Ao tratar de aspecto semelhante - a crise na educação de seu tempo - Hannah Arendt ressaltou que "A educação é o ponto em que decidimos se amamos o mundo o bastante para assumirmos a

responsabilidade por ele e, com tal gesto, salvá-lo da ruína que seria inevitável não fosse a renovação e a vinda dos novos e dos jovens." (ARENDRT, 2007, p. 247).

Há experiências interessantes que merecem ser relatadas, que reforçam o que Walter Benjamin (2007, p.14) denominou por "plasmação do ético". Rosemary Padilha (2003) apresenta os resultados de um trabalho que denominou "mediação sistêmico-integrativa" aplicada a instituições de ensino. Ao serem preparados como mediadores, alunos adolescentes tornaram-se mais responsáveis na condução e resolução de seus conflitos, sobretudo no relacionamento com os demais colegas. O resultado foi uma redução significativa na violência escolar. Nesse mesmo sentido,

Pensar o fenômeno violência descolado do processo de civilização do humano pode provocar visão míope da dinâmica social. Na atual conjuntura social brasileira, a escola é o elemento novo; a violência é velha conhecida, uma constante na formação social do Brasil. (SIMÕES, 2006, p.99).

Outro fator que denuncia a urgência de aperfeiçoamento do ensino são os números apresentados por Inês Araújo (2007, p.69): "No processo de comunicação, alguém semi-alfabetizado - caso da maioria da população brasileira - conhece um universo de aproximadamente 500 palavras e destas faz uso de apenas 200 a 300." Como será possível alguém nessas condições participar de um procedimento dialético-dialógico como é a mediação? Em um lado oposto, acrescenta-se ainda a preparação formal dos advogados com seu caráter eminentemente adversarial.

Na opinião de Marcelo Galuppo (2003, p.227), "É a linguagem que nos permite, em última análise, os jogos mais complexos do 'pôr-se no lugar de': por meio da linguagem podemos avaliar uma situação diferente da nossa e elaborar um juízo para essa situação." Ao propor a ética do discurso e o princípio da democracia, Habermas (2003a; 2003b), foi mais além da linguagem em sentido clássico. Atingiu o discurso e esse exterioriza uma representação preexistente na pessoa, portanto supera a linguagem. Nesse contexto, a mediação, com seu procedimento dialético-dialógico, a linguagem transmutada em discurso, atinge o que Boaventura de Souza Santos (2007, p.105) denomina "novíssima retórica". Nesse procedimento, a argumentação multidirecional - no sentido de troca de posições - acaba por se tornar a soma do conhecimento de cada um, além de propiciar o autoconhecimento (SANTOS, 2007).

Portanto, uma das proposições ao desenvolvimento e à afirmação da mediação é pelo seu ensino, seja na escola elementar/fundamental, seja na graduação<sup>57</sup> em ciências sociais, tais como o direito, a psicologia.

### **5.3.2 A família como comunidade ética**

A família, seja o modelo tradicional, seja a nova entidade familiar, original ou reconstituída, sempre será um espaço de formação de identidades. Porém, a formação não se dá mais integralmente - é fragmentária. Houve uma sub-rogação. Terceirizou-se a formação dos filhos. A escola, a televisão, a *internet*, passaram a substituir os pais, ou inexistentes, ou ausentes porque envolvidos/preocupados com seus interesses pessoais/profissionais, que até podem incluir a preocupação em garantir um futuro melhor para os filhos. O espaço-tempo da mesa de jantar foi tomado pela televisão, pelo trabalho que se levou para concluir em casa, pelos estudos complementares, pelo dever-de-casa, pela *net* e seus grupos de relacionamentos. O diagnóstico parece ser o que Fernando Savater (1998, p.67) denominou de "eclipse da família", que, na atualidade, tem esboçado reações como desejo de retorno ao modelo (ultra)passado ou como desejo de reconstrução:

O grito provocador de André Gide - "famílias, odeio-as!" -, que teve tanto eco nos anos sessenta, propensos às comunidades e à vagabundagem, parece ter sido substituído, hoje, por um suspiro discretamente murmurado: "famílias, sentimos sua falta...". (SAVATER, 1998, p.73).

Apesar de se elevar a afetividade à condição de princípio ético-jurídico, a Justiça e sua lei mostram-se impotentes para impor sentimentos e condutas às relações familiares, nem se tem convicção se tal imposição seria legítima. Porém, admite-se que a família é "atualmente reivindicada como o único valor seguro ao qual ninguém quer renunciar. Ela é amada, sonhada e desejada por homens, mulheres e crianças, de todas as idades, de todas as orientações sexuais e de todas as condições." (ROUDINESCO, 2003, p.198).

---

<sup>57</sup> Algumas Faculdades de Direito já incluem em seus cursos disciplinas ou cursos extracurriculares sobre os meios alternativos de solução de conflitos, mas não de maneira sistemática. Há exceções, como por exemplo, a Universidade Federal de Uberaba - UNIUBE - em que a matéria Mediação e Arbitragem encontra-se na grade curricular, como disciplina autônoma. (SILVA, 2008, p.29).

De acordo com o Pe. Vaz (1991, p.7), "A experiência milenar das sociedades humanas logrou constituir no curso da sua história formas de comunidades éticas como a família, os grupos religiosos, as tradições culturais e outras, onde os indivíduos se acolhiam para buscar uma razoável satisfação das suas necessidades simbólicas." A crise da modernidade passa pelo enfraquecimento ou dissolução dessas comunidades. Ainda, pelos ensinamentos do Pe. Vaz, uma comunidade ética só será possível se as relações propriamente intersubjetivas, "sobretudo aquelas que se estabelecem na ordem da reciprocidade entre os direitos e os deveres" (VAZ, 1991, p.7) sejam pautadas - vividas e reconhecidas - como relações éticas; isto é, legitimadas pelos sujeitos, a partir de princípios de justiça.

Pe. Vaz (1991) propõe uma matriz de três termos, em analogia ao domínio da Natureza:

Assim como na Natureza a ordenação nomológica dos elementos permite unificá-los sob um princípio de ordem, seja ele representado miticamente ou estabelecido cientificamente, assim na Sociedade o indivíduo se eleva ao nível da comunidade ética ao consentir em integrar-se no corpo normativo do *ethos*, o que lhe permite transcender a contingência da sua individualidade empírica e referir-se a um princípio de ordem que lhe dê razão do seu existir comunitário e do seu agir eticamente qualificado. (VAZ, 1991, p.9)

Para Verônica Cezar-Ferreira (2007, p.50), a família é a pré-escola da vida. Prefere-se ir mais além, a família é a própria escola e a pós-graduação da vida. É a comunidade ética a que precisa (re)tornar a família. O *locus* da esperança de uma renovação da sociedade em que autonomia privada e direitos fundamentais convivam na sua permanente tensão natural, porém propiciando ao sujeito contemporâneo a tão decantada e inefável eudemonia.<sup>58</sup>

Nas palavras de João Baptista Villela,

Só a família fundada na aptidão para responder ao mistério de amor e comunicação que habita cada ser humano o pode livrar do vazio e da solidão. O modelo há de ser, por conseguinte, aberto, vale dizer, inspirado na liberdade. Se não for resumir demais, a regra de ouro pode estar em atribuir ao Estado a garantia e ao homem a construção da família. (VILLELA, 1980, p.40).

---

<sup>58</sup> Eudemonia compreendida não como a felicidade tal qual até os medicamentos-drogas da modernidade, ou uma ida ao *Shopping Center*, têm proporcionado, mas sim como um estado duradouro de beatitude, de serenidade.

## 6 CONCLUSÃO

Na busca de uma compreensão da justiça, iniciou-se o trabalho pela abordagem dos direitos fundamentais. A conclusão é que democracia pressupõe justiça e não há justiça sem direitos fundamentais. Portanto, com essa circularidade considerada, no Brasil, a democracia encontra-se em processo de construção. A justiça se encontra dependente daquela para a sua realização.

A democracia se assenta no tripé ancorado na ética do discurso, no constitucionalismo - considerando todos os cidadãos como legítimos intérpretes da Constituição - e no acesso à Justiça.

Por outro lado, o sujeito contemporâneo, para se realizar no contexto democrático, precisa se emancipar. Não existe nenhum direito sem a autonomia privada do sujeito de direitos. Compreende-se o ser humano não como um ser moral, mas um ser para a moral, que tem consciência do dever e da necessidade de ser justo. O aprimoramento de técnicas alternativas à jurisdição não prescinde do direito nem nega a sua eticidade. Na caminhada para se tornar um verdadeiro agente moral, o sujeito precisa ser reeducado, tornando-se mais consciente de sua autonomia, agora conformada pelos direitos fundamentais, e se emancipando da tutela estatal. A mediação é uma prática emancipatória do sujeito, seja frente ao império, seja frente à benevolência do Estado.

A (re)construção da autonomia do sujeito contemporâneo precisa ser conduzida com vista à sua inserção na comunidade de comunicadores. A consciência de si e do outro será alcançada pela práxis argumentativa, do emprego da pedagogia do discurso, da dialética e da dialogia, segundo princípios ético-jurídicos indispensáveis à afirmação dos direitos fundamentais.

A mediação, por ter dimensão relacional, intersubjetiva, ancora-se no princípio da autonomia privada. Em uma perspectiva civil-constitucional, sendo princípio jurídico, a autonomia privada vai-se densificar nas circunstâncias do caso concreto. Assim, fundamenta-se a abertura necessária para que, por meio do exercício da liberdade, conformada pelos direitos fundamentais, as pessoas possam resolver suas questões familiares, patrimoniais ou extrapatrimoniais, construindo soluções graças à mediação.

A mediação familiar é um processo de restauração da comunicação em que o conflito deve ser ultrapassado com o exaurimento de todas as possibilidades de abordagem - busca pelas causas aparentes e pelas causas ocultas. É no espaço da mediação que a alteridade, a afetividade, a inclusão/tolerância e a responsabilidade encontram seus planos de realização. Isso se dá por meio da palavra, do discurso e da conversação - virar-se para o outro e comprometer-se com o diálogo.

Será por intermédio de uma nova ética, como princípio de reconhecimento - auferido, sobretudo, nos direitos de solidariedade - que o indivíduo se elevará à condição de sujeito mobilizado. Conjugando-se com um novo *ethos*, como princípio de estruturação - consubstanciado pelo existir comunitário e pela dialogia - o sujeito se emancipará, tornando-se capaz de buscar soluções para seus conflitos, propiciando-se a realização da justiça.

Algumas considerações últimas seriam providenciais: ao se optar por desenvolver uma teoria geral da mediação, deixou-se de tratar uma rica experiência adquirida em atividades práticas de mediação. A primeira delas é a iniciativa da 1ª Vara de Família de Belo Horizonte, em que um grupo de trabalho vinculado ao IBDFAM conduz procedimentos de mediação. A segunda é a parceria existente entre o Centro de Defesa da Cidadania - instituto não-governamental de apoio psicojurídico a carentes da Justiça - e os Núcleos de Mediação - órgãos da Secretaria de Estado de Ação Social. A opção pelo caminho teórico para esse trabalho reforça a necessidade de se promover primeiramente a educação, como forma de preparo para a posterior prática da mediação.

Outra consideração trata do transcurso do tempo e dos acontecimentos que o preencheram. Dentro dos últimos doze meses - a partir do início dessa dissertação - a melhor cultura do cinema brasileiro produziu pequenas pérolas como "Feliz Natal", "Nossa vida não cabe num Opala", "Última parada - 174", "Linha de passe" e o transnacional "Ensaio sobre a cegueira". Nesse mesmo tempo, os meios de comunicação estarreceram a população com o caso da menina supostamente atirada da janela pelos próprios pais - pai e madrasta; com o caso da adolescente seqüestrada e morta pelo ex-namorado - namoro que se iniciou quando a jovem tinha a idade de doze anos; com as imagens da adolescente goiana "cedida" pelos pais a uma família, mas que estava sofrendo atrocidades físicas e psíquicas por aqueles que se comprometeram a "criá-la"; e, mais aterrador (?), o caso do pai que manteve a filha em cárcere privado por longos anos, como sua escrava sexual.

Em todas as situações mencionadas, seja nos filmes, seja nos casos reais, um aspecto chama, ou clama, a atenção: a família, ou a falta dela. Uma atuação ética da família ou da comunidade poderia ter dado melhor rumo ao que se tornou tragédia. No casos mencionados afloram questões que poderiam ser analisadas à luz dos direitos fundamentais e da autonomia. A falta daqueles e o excesso dessa, ou a falta de ambos, desencadeou as situações apresentadas. Conclama-se uma reflexão sobre as comunidades éticas.

**Consideração final:** já se disse, certa vez (ou foram inúmeras vezes?) que uma dissertação não se termina - é sempre interrompida. Ao colocar o último ponto nesse trabalho, julgou-se necessário um esclarecimento: por que abordagens tão sucintas às idéias de MacIntyre e Lévinas? A resposta vem pela combinação de dois pensamentos bem distantes no tempo, mas muito presentes na atualidade: uma democracia começa com três refeições ao dia (FERNANDES, 1994) e é preciso um mínimo de conforto para se praticar a virtude (TOMÁS DE AQUINO, 1946). Essa é a justificativa pela opção em não se explorar o retorno à ética das virtudes - proposta de MacIntyre -, tampouco a ética da alteridade - nos moldes transcendententes de Lévinas. Assumiu-se que sem a afirmação dos direitos fundamentais, sem o correto equilíbrio entre tais direitos e a autonomia privada, sem institutos capazes de resgatar a humanidade no ser humano - a mediação é um bom exemplo, como possibilidade - não se está preparado para passos tão largos. Isto é, vãos mais altos dependem da adesão livre a uma ordem fundada na justiça. Mas a mente e o coração restam esperançosamente abertos... tem-se o voto e a liberdade, falta agora compartilhar o pão.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Versión castellana: Ernesto Gastón Valdés. Madrid Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ÁLVAREZ, Helena Inés; HIGHTON, Gladys Stella. A mediação no cenário jurídico: seus limites - a tentação de exercer o poder e o poder do mediador segundo sua profissão de origem. In: SCHNITMAN, Dora Fried; LITTLEJOHN, Stephen (Orgs.). **Novos paradigmas em mediação**. Tradução: Jussara Haubert Rodrigues e Marcos A. G. Domingues. Porto Alegre: ARTMED, 1999. p.183-206.

AMARAL, Francisco. Autonomia privada. Disponível em: <<http://www.justicafederal.gov.br/revista>>. Acesso: 06 out. 2006. **Cadernos de Estudos Jurídicos**, Brasília, dez. 1999.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. 6.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

AMARAL, Francisco. Racionalidade e sistema no direito civil brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a.31, n.121, p.233-248, jan./mar. 1994.

ANDRADE, Cleide Rocha de. A mediação de conflitos familiares na justiça: uma saída singular. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v.8, n.38, p.26-37, out./nov. 2006.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direitos privados**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p.271-298.

ARAÚJO, Inês Lacerda. Educar e instruir. **Comunicação & política**. Rio de Janeiro, v.25, n.2, p.57-77, maio/ago. 2007.

ARAÚJO, Luiz Bernardo Leite. Uma questão de justiça: Habermas, Rawls e MacIntyre. In: SIMPÓSIO INTERNACIONAL SOBRE A JUSTIÇA, 1, 1997, Florianópolis. **Anais...** Florianópolis: Insular, 1998. p.209-230.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução: Roberto Raposo. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

ARENDDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. Tradução: Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

ARENDDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. Tradução: Mauro W. Barbosa. 6.ed. São Paulo: Perspectiva, 2007.

ARIAS, Juan. **Rita: a santa do impossível**. Tradução: Olga Savary. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução: Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2001.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil: teoria geral**. Coimbra: Coimbra, 2002. v.3.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Pessoa, direitos fundamentais e direitos da personalidade. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, v. 26, p. 46-66, abr./jun. 2006.

ASSOCIAÇÃO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO. Mediação e Direito de Família - uma parceria necessária. **Revista do advogado**, São Paulo: AASP, n.62, mar. 2001.

ÁVILA, Eliedite Mattos. **Mediação familiar** – formação de base. Serviço de Mediação Familiar. Tribunal de Justiça de Santa Catarina, maio 2004. p.29-39.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **O princípio da boa-fé nos contratos**. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero9/artigo7.htm>>. Acesso em: 24 abr.06.

BALLESTEROS, Jesús Llompart. **Derechos Humanos**. Madrid: TECNOS, 1992.

BARBOSA, Águida Arruda. Mediação familiar: instrumento para reforma do judiciário. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, IV, Belo Horizonte, 2003. **Anais...** Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.29-39.

BARBOSA, Águida Arruda; GRÖENINGA, Giselle; NAZARETH, Eliane Riberti. Mediação: além de um método, uma ferramenta para compreensão das demandas judiciais no Direito de Família - a experiência brasileira. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v.2, n.7, p.19-37, out./dez. 2000.

BARBOSA, Livia. **Igualdade e meritocracia**: a ética do desempenho nas sociedades modernas. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 1999.

BARRETO, Vicente. Os fundamentos éticos dos direitos humanos. **Revista de Direito Comparado**, Belo Horizonte: UFMG, v.2, n.2, mar. 1998.

BARROS, Sérgio Resende de. A tutela constitucional do afeto. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, V, Belo Horizonte, 2005. **Anais...** São Paulo: IOB Thomson, 2006. p.881-890.

BARROS, Sérgio Resende de. Direitos humanos da família: dos fundamentais aos operacionais. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, IV, Belo Horizonte, 2003. **Anais...** Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.607-620.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas** - limites e possibilidades da Constituição brasileira. 8.ed. São Paulo: Renovar, 2006.

BENJAMIN, Walter. **Reflexões sobre a criança, o brinquedo e a educação**. Tradução: Marcus Vinicius Mazzari. São Paulo: Duas Cidades-Editora 34, 2007.

BETIOLI, Antonio Bento. **Introdução ao direito**. 3.ed. São Paulo: Letras & Letras, 1995.

BITTAR, Carlos Alberto. **O direito civil na Constituição de 1988**. São Paulo; RT, 1990.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Tradução: Carmen C. Varriale. 12. ed. Brasília: Editora UNB, 1999. 4v.

BONAMIGO, Gilberto Francisco. Autonomia e heteronomia na moral. **Revista Síntese**. Belo Horizonte, n.107, v.33, p.327-354, set./dez. 2006.

BORBA, Joselita Nepomuceno. **Direito coletivo do Trabalho e mediação**. São Paulo: LTr, 2002.

BORGES, Maria de Lourdes; DALL'AGNOL, Darlei; DUTRA, Delamar Volpato. **Ética**. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

BRASIL. **Constituição Federal. Código Civil...** Organização dos textos por Yussef Said Cahali. 7. ed. São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, 2005.

BRASIL. **Constituição Federal. Código Civil...** Organização dos textos por Youssef Said Cahali. 10.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

BRASIL. Projeto de Lei n.4.827/98. Institucionaliza e disciplina a mediação, como método de prevenção e solução consensual de conflitos. **Portal da Câmara Federal**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 24 fev. 2007.

BROCHADO, Mariá. **Direito e ética: a eticidade do fenômeno jurídico**. São Paulo: Landy Editora, 2006.

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Mediação nos conflitos & Direito de Família**. Curitiba: Juruá, 2005.

CAMARGO, José Jorge Guedes de. **Império e benevolência: duas faces do egoísmo**. Disponível em: <<http://www.pucrs.br/ffch/filosofia/pos/cebel/art3.htm>>. Acesso em: 10 dez. 2008.

CAMPOS, Míriam de Abreu Machado e. **Família no direito comparado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Dogmática de direitos fundamentais e direito privado. IN: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direitos privados**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p.339-357.

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução: Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984.

CAPPELLETTI, Mauro. **O processo civil no direito comparado**. Tradução: Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Cultura Jurídica-Ed. Líder, 2001.

CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, I, Belo Horizonte, 1999. **Anais...** Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p.485-512.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil - o longo caminho**. 3.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

CARVALHO DIAS, Ronaldo Brêtas de. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CARVALHO NETTO, Menelick. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. **Revista de Direito Comparado**, Belo Horizonte, v.3, p. 473-486, maio 1998.

CASABONA, Marcial Barreto. Mediação e lei. **Revista do Advogado**, São Paulo: AASP, n.62, p.84-92, maio 2001.

CASTRO, Torquato. **Teoria da situação jurídica em direito privado nacional**. São Paulo: Saraiva, 1985.

CEZAR-FERREIRA, Verônica A. da Motta. **Família, separação e mediação: uma visão psicojurídica**. 2.ed. São Paulo: Editora Método, 2007.

CHIARLONI, Sergio. **Uma perspectiva comparada da crise na Justiça Civil e dos seus possíveis remédios**. Tradução: Johann Homonnai; Ricardo Pereira Rodrigues. Mensagem recebida por: <joao.bosco.ferreira@cvr.com.br>. Acesso em: 26 out. 2004.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 17.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

COMITÊ PAULISTA PARA A CULTURA DA PAZ. **Instrumentos e apoio para uma cultura de paz**. Disponível em: <<http://www.comitepaz.org.br>>. Acesso em: 19 mar. 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CORÇÃO, Gustavo. **Lições de abismo**. Rio de Janeiro: Agir, 1989.

CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil português - parte geral**. 3.ed. Lisboa: Almedina, 2005.

COTRIM, Gilberto Vieira. **Direito e legislação – introdução ao Direito**. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Processo constitucional e a efetividade dos direitos fundamentais. In: SAMAPIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coord.). **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Tradução: Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana, 2004.

DELGADO, José et al. Mediação: um projeto inovador. **Série cadernos do CEJ**, Brasília, v.22, 2003.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2002.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

DIAS, Maria Berenice; GRÖENINGA, Giselle C. A mediação no confronto entre direitos e deveres. **Revista do Advogado**, São Paulo: AASP, n.62, p.59-63, maio 2001.

DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família e o novo Código Civil**. DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v.1.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998a. v.1.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998b. v.3.

DOMINGUES, Paulo Sérgio. Colocando os pingos nos jotas: de que reforma o Judiciário precisa? **Revista Teoria e Debate**, São Paulo, ano 17, n.57, mar./abr. 2004.

DONZELOT, Jacques. **A polícia das famílias**. Tradução: M. T. da Costa Albuquerque. 2.ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1986.

DURÃO, Aylton Barbieri. A tensão entre facticidade e validade no direito segundo Habermas. **Ethic@**, Florianópolis, v.5, n.1, jun 2006.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução: Luís Carlos Borges. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

EBERLE, Simone. **A capacidade entre o fato e o direito**. Porto Alegre; Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

EDUCAÇÃO & SOCIEDADE. Teorias críticas e liberalismo. **Revista quadrimestral de Ciência da Educação**, Campinas, n.57, dez.1996.

ENCICLOPÉDIA Saraiva do Direito. Rubens Limongi França (Coord.). São Paulo: Saraiva, 1979. v.28.

FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família**: curso de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FACHIN, Luiz Edson. Sobre o projeto do código civil brasileiro: crítica à racionalidade patrimonialista e conceitualista. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra, n.76, p.129-151, jan./dez. 2000.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direitos privados**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p.87-104.

FANCHINI NETO. Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direitos privados**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p.11-60.

FARIA, Roberta Elzy Simiqueli de. Autonomia da vontade e autonomia privada. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). **Direito Civil: atualidades II**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p.55-71.

FARIAS, Cristiano Chaves de. A família da pós-modernidade: em busca da dignidade perdida da pessoa humana. **Revista trimestral de direito civil**, Rio de Janeiro: Padma, v.12, p.25-38, out./dez. 2002.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Tradução: Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FELIPE, Sônia T. Justiça: igualdade eqüitativa na distribuição das liberdades. In: SIMPÓSIO INTERNACIONAL SOBRE A JUSTIÇA, 1, 1997, Florianópolis. **Anais...** Florianópolis: Insular, 1998. p.43-57.

FERNANDES, Millôr. **Millôr definitivo: a bíblia do caos**. Porto Alegre: LP&M, 1994.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FERRY, LUC. **Famílias, amo vocês**. Tradução: Jorge Bastos. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008.

FIUZA César. **Direito Civil** - curso completo. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

FIUZA César. **Direito Civil** - curso completo. 9.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

FIUZA, César. **Teoria geral da arbitragem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Tradução: Roberto Machado. 15.ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2000.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Tradução: Raquel Ramalhete. 35.ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008.

FRANCO BAHIA, Alexandre Gustavo Melo. Limites e possibilidades da tutela jurisdicional no paradigma do Estado Democrático de Direito: para uma análise crítica da "jurisprudência de valores". In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p.403-446.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença**. Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GALUPPO, Marcelo Campos. O que são direitos fundamentais? In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p.213-238.

GANANCIA, Danièle. Justiça e mediação familiar: uma parceria a serviço da coparentalidade. **Revista do Advogado**, São Paulo: AASP, n.62, p.7-15, maio, 2001.

GIORGIANNI, Michele. O direito privado e as suas atuais fronteiras. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, a.87, v.747, p.35-55, jan. 1998.

GLANZ, Semy. **A família mutante** - sociologia e direito comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito nos E.U.A.** Barueri, SP: Manole, 2004.

GOMES, Alexandre Travessoni. **O fundamento de validade do direito**: Kant e Kelsen. 2.ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

GOMES, Alexandre Travessoni; MERLE, Jean-Christophe. **A moral e o direito em Kant**: ensaios analíticos. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007.

GOMES, Orlando. Direitos de Personalidade. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, a.62, v. 16, p.5-10, out./dez. 1966.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide Ed., 1992.

GONTIJO Segismundo. **A família no Brasil**. Disponível em: <<http://www.subjudice.hpg.com.br/art11.htm>>. Acesso em: 17 dez. 2008.

GRISARD FILHO, Waldyr. O recurso da mediação nos conflitos de família. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre: Síntese Publicações, v.4, n.14, p.11-19, jul./set. 2002.

GRÖENINGA, Giselle Câmara. Direito e psicanálise - um novo horizonte epistemológico. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, IV, Belo Horizonte, 2003. **Anais...** Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.249-261.

GUATTARI, Felix. **As três ecologias**. Tradução: Maria Cristina F. Bittencourt. 18.ed. Campinas, SP: Papirus, 2007.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**: justificação e aplicação. Tradução: Cláudio Molz. São Paulo: Landy Ed., 2004

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza. **Das necessidades humanas aos direitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p.34.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional, a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para uma interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Tradução: Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2.ed. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b. v.1.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2.ed. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003c. v.2.

HABERMAS, Jürgen. Sobre a legitimação baseada nos direitos humanos. **Direito, estado e sociedade**. Rio de Janeiro, PUC-Rio, n.17, ago./dez., 2000. p.190-208.

HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação** - ensaios filosóficos. Tradução: Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

HAYNES, John M.; MARODIN, Marilene. **Fundamentos da mediação familiar**. Tradução: Eni Assumpção e Fabrizio Almeida Marodin. Porto Alegre: Artes Médicas, 1996.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Sobre peixes e afetos - um devaneio sobre a ética no direito. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, V, Belo Horizonte, 2005. **Anais...** Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p.425-437.

IHERING, Rudolf von. **A finalidade do direito**. Tradução: José Antônio Faria Correa. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1979.

IULIANELLI, Jorge Atilio Silva. Ética do discurso, direitos humanos e cidadania: cidadania universal contra o mercado total. **Revista Síntese**, Belo Horizonte, n.96, v.30, p. 13-38, jan./abr. 2003.

JABUR, Gilberto Haddad. **Liberdade de pensamento e direito à vida privada**: conflito entre direitos da personalidade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade**. Tradução: Marijane Lisboa; Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto-Ed. PUC Rio, 2006.

JUSTINIANO. **Institutas do Imperador Justiniano**: manual didático para uso dos estudantes de direito de Constantinopla. Tradução: José Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

KALOUSTIAN, Silvio Manoug. **Família brasileira**: a base de tudo. São Paulo: CORTEZ; Brasília: UNICEF, 1994.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Tradução: Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2006.

KELSEN, Hans. **O que é justiça?: a justiça, o direito e a política no espelho da ciência**. Tradução: Luís Carlos Borges. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LAGES, Cíntia Garabini. **Os efeitos da ação declaratória de constitucionalidade no contexto do controle judicial de constitucionalidade das leis e atos normativos da Constituição Federal de 1988 - um ensaio crítico**. Belo Horizonte, U.F.M.G. 1998.

LAUAND, Jean. **Filosofia, linguagem, arte e educação: 20 conferências sobre Tomás de Aquino**. São Paulo: Factash Editora, 2007. (Coleção Humanidades, v.1).

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**. 6.ed. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

LEITE, Eduardo de Oliveira. A mediação nos processos de família ou um meio de reduzir o litígio em favor do consenso. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Mediação, arbitragem e conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.105-141 (Grandes Temas da Atualidade, v.7).

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito civil aplicado - Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LÉVINAS, Emmanuel. **Entre nós - ensaios sobre a alteridade**. Petrópolis: Editora Vozes, 2004.

LIMA, Taisa Maria Macena de. Princípios fundantes do Direito Civil atual. **Direito Civil: atualidades**. In: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire (Org.). Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p.241-258.

LÔBO, Ricardo Luiz Netto. A repersonalização das famílias. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre: Síntese, v.6, n.24, p.136-156, jun./jul. 2004.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. In: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire (Org.). **Direito Civil: atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003a. p.197-217.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre: Síntese, v.3, n.12, p.40-55, jan./mar. 2003b.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

LORENZON, Arlindo. Ética e comunidade – a ideologia do individualismo. **Revista Síntese**, Belo Horizonte, n.45, v.17, p. 35-48, jan./abr. 1989.

MADALENO, Rolf. **O filho do avô**. Disponível em: <<http://www.rolfmadaleno.com.br>>. Acesso em: 21 jan. 2009.

MAFFETONE, Sebastiano; VECA, Salvatore. **A idéia de justiça de Platão a Rawls**. MAFFETONE, Sebastiano; VECA, Salvatore (Org.). Tradução: Karina Janini. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MACINTYRE, Alasdair. **Depois da virtude**: um estudo em teoria moral. Tradução: Jussara Simões. Bauru, SP: EDUSC, 2001.

MAFRA FILHO, Francisco de Salles A. **Histórico do controle de constitucionalidade**. Disponível em <<http://www.estig.ipbeja.pt>>. Acesso em: 23 jun. 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 1996.

MATA MACHADO, Edgar de Godói da. **Contribuição ao personalismo jurídico**. Belo Horizonte: Vera Cruz, 1953.

MATA MACHADO, Edgar de Godói da. **Elementos de teoria geral do direito – introdução ao direito**. 4.ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1995.

MATHIAS AIRES. **Reflexões sobre a vaidade dos homens**. São Paulo: Editora Escala, [200?]. (Grandes obras do pensamento universal - 21).

MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In: FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Repensando os fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.87-114.

MELLO, Celso de Albuquerque ... [et al.]. **Teoria dos direitos fundamentais**. TORRES, Ricardo Lobo (Org.). 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais**: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas - Análise da jurisprudência da Corte Constitucional alemã. Disponível em: <<http://br.geocities.com/profpito>>. Acesso em: 29 set. 2008.

MENDES, Gilmar. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, n.10, p. jan.2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 10 abr. 2007.

MONTAIGNE, Michel de. **Montaigne** – vida e obra. Tradução: Sérgio Milliet. São Paulo: Nova Cultural, 2000. v.1. (Coleção Os Pensadores).

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 9.ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro: PUC Rio, n.1, p.59-73, jul./dez. 1991.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direitos privados**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p.105-148.

MOUNIER, Emmanuel. **Oeuvres**. Paris: Éditions du Seuil, 1963. v.I.

MULLER, Jean-Marie. Por uma educação para a não-violência. **Dialogia**, São Paulo: UNINOVE, v.5, p.25-36, 2006.

NASCIMENTO, Adilson de Oliveira. **Da citação por edital do acusado**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Introdução crítica às categorias jurídicas relacionais: relação jurídica e situação jurídica no direito privado. In: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire (Org.). **Direito Civil: atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003a. p. 1-21.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Relacionalidade e autonomia privada**. O princípio da autonomia privada na pós-modernidade. 2003b. 138f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição federal**. 5.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

NOGUEIRA, Clayton Ritnel. **A teoria discursiva de Jürgen Habermas**. Disponível em: <[www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1210](http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1210)>. Acesso em: 05 jan. 2007.

NOVAIS, Aline Arquette Leite. A justiça social em Aristóteles, Kant e Rawls. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.12, n.46, p.203-232, jan./mar. 2004.

NUNES JÚNIOR, Amandino Teixeira. As modernas teorias da justiça. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 39, n.156, out./dez. 2002.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Direito de Família**. Porto Alegre: Fabris, 1990.

OLIVEIRA, Manfredo de Araújo. A crise da racionalidade moderna: uma crise de esperança. **Revista Síntese**, Belo Horizonte, n.45, v.17, p.14-33, jan./abr. 1989.

OLIVEIRA, Manfredo de Araújo. O debate acerca da fundamentação de uma teoria da justiça: Rawls e Habermas. In: SIMPÓSIO INTERNACIONAL SOBRE A JUSTIÇA, 1, 1997, Florianópolis. **Anais...** Florianópolis: Insular, 1998. p.87-103.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Coesão interna entre Estado de Direito e democracia na teoria discursiva de Jürgen Habermas. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p.171-225.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Tutela jurisdicional e Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

OLIVEIRA, Nythamar Fernandes de. Justiça global e democratização segundo John Rawls. **Revista de Filosofia da UNISINOS**. São Leopoldo, RS, v.3, n.5, p.39-57, jul.2002.

OLIVEIRA, Nythamar Fernandes de. Kant, Rawls e a fundamentação de uma teoria da justiça. In: SIMPÓSIO INTERNACIONAL SOBRE A JUSTIÇA, 1, 1997, Florianópolis. **Anais...** Florianópolis: Insular, 1998. p.105-123.

OLIVEIRA, Nythamar Fernandes de. **Rawls**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003. (Coleção Filosofia passo a passo, v.18).

PADILHA, Rosemary Damaso. **Mediação sistêmico-integrativa: uma contribuição à gestão da educação par a prevenção da violência**. 2003. 168f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Tuiuti do Paraná, Curitiba,

PASSOS, J. J. Calmon de. A constitucionalização dos direitos sociais. **Ciência Jurídica**. n.86, mar./abr. 1999. p.312-326.

PASSOS, J. J. Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PASSOS, J. J. Calmon de. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n.1, 2001. Disponível em: <<http://www.direitodopublico.com.br>>. Acesso em: 10 fev. 2007.

PASSOS, J. J. Calmon de. Repensando a Teoria da Constituição. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Bahia, n.1, jan./mar. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista>>. Acesso em: 28 dez. 2006.

PEGORARO, Olinto. **Ética é justiça**. 9.ed. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 1995.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições e direito civil**. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, vol.1.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **A sexualidade vista pelos tribunais**. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito de Família do século XXI. In: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire (Org.). **Direito Civil: atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p.232-239.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família**. 2004. 157f. Tese (Doutorado) - Universidade Federal do Paraná - UFPR, Curitiba.

PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. **Direitos fundamentais e relações familiares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

PEREIRA, Tânia da Silva. Famílias possíveis: novos paradigmas na convivência familiar. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, IV, Belo Horizonte, 2003. **Anais...** Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.633-656.

PERELMAN, Chaïm. **Retóricas**. Tradução: Maria Ermantina G. G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Tradução: Maria Cristina De Cicco. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PIMENTA, Leonardo Goulart. **A justiça como fundamento da verdade na filosofia da alteridade de Emmanuel Lévinas**. 2003. 115f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte.

PINHEIRO, Lya Rachel B. Mendes. **A interpretação como meio de concretizar a Constituição**. Disponível em: <[http://www.unesc.com.br/revista\\_acad.asp](http://www.unesc.com.br/revista_acad.asp)>. Acesso em: 6 jun. 2006.

PINTO, Júlio Roberto S. **Processo Legislativo no Estado Democrático de Direito**. Disponível em: <[www.senado.gov.br/sf/senado/unilegis](http://www.senado.gov.br/sf/senado/unilegis)>. Acesso em: 05 jan. 2007.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 4.ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

PIVATTO, Pergentino S. Responsabilidade e justiça em Lévinas. **Veritas**. Porto Alegre, v.46, n.2, p.217-230, abr./jun. 2001.

PIVATTO, Pergentino S. Ser moral ou não ser humano. **Veritas**. Porto Alegre, v.44, n.2, p.353-367, abr./jun. 1999.

POMPEU, Renata G. **A mediação e seus fundamentos**: autonomia privada e dialogia. 2006. 113f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.

RACHELS, James. **Os elementos da filosofia moral**. Tradução: Roberto Cavallari Filho. 4.ed. Barueri, SP: Manole, 2006.

RAMOS, Graciliano. **S. Bernardo**. 86.ed. Rio de Janeiro: Record, 2008.

RAWLS, John. **Justiça como eqüidade** - uma reformulação. Tradução: Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

RAWLS, John. **Justiça e democracia**. Tradução: Catherine Audard. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução: Jussara Simões. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

REPOLÊS, Maria Fernanda S. **Habermas e a desobediência civil**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

RIBERTI NAZARETH, Eliana. Psicanálise e mediação – meios efetivos de ação. **Revista do Advogado**, São Paulo: AASP, n.62, p.49-58, maio, 2001.

RIBEIRO, Joaquim de Souza. Constitucionalização do direito civil. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**, Coimbra, v.74, p.729-755, jan./dez. 1998.

ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Introdução à história do direito privado e da codificação**: uma análise do novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Cidadania e constituição**: as cores da revolução constitucional do cidadão. Belo Horizonte: [S.n.], 1999.

RODRIGUES, Ivana Bonesi. Responsabilidade civil por danos causados aos direitos da personalidade. **Revista de Direito Privado**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n.9, p.119-141, jan./mar. 2002.

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

RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. O exercício da autonomia privada na dissolução da sociedade conjugal. In: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire (Org.). **Direito Civil: atualidades II**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p.179-208.

RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. Mediação, autonomia e responsabilidade na dissolução da sociedade conjugal. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Mediação, arbitragem e conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.363-383 (Grandes Temas da Atualidade, v.7).

ROHDEN, Huberto. **A educação do homem integral**. São Paulo: Martin Claret, 1998.

ROMÃO, José Eduardo Elias. **A mediação como procedimento de realização de justiça no âmbito do Estado Democrático de Direito**. Disponível em: <[http://www.tjdf.gov.br/tribunal/institucional/prog\\_estimulo\\_mediacao/artigos/elias\\_roma](http://www.tjdf.gov.br/tribunal/institucional/prog_estimulo_mediacao/artigos/elias_roma)>. Acesso em: 07 ago. 2006.

ROUANET, Luís Paulo. O debate Habermas-Rawls: uma apresentação. **Reflexão**, Campinas, SP: PUCCAMP, v.25, n.78, p. 111-117, set./dez. 2000.

ROUDINESCO, Elizabeth. **A família em desordem**. Tradução: André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

RÜGER, André; RODRIGUES, Renata de Lima. Autonomia como princípio jurídico estrutural. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). **Direito Civil: atualidades II**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p.3-24.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado Fundamentos principiológicos do Estatuto da criança e do adolescente e do estatuto do Idoso. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre: Síntese, v.6, n.26, p.18-34, jun./jul. 2004.

SALES, Lília Maia de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SALGADO, Joaquim Carlos. **A idéia de Justiça em Kant**; seu fundamento na liberdade e na igualdade. Belo Horizonte: UFMG, 1986.

SALGADO, Joaquim Carlos. Os direitos fundamentais. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte: UFMG, n.81, p.16-69, jun. 1995.

SAMARA, Eni de Mesquita. **A família brasileira**. São Paulo: Brasiliense, 2004.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais**: retórica e historicidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SANTOS, Boaventura de Souza. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. 6.ed. São Paulo: Cortez, 2007.

SARAMAGO, José. Prefácio. In: SALGADO, Sebastião. **Terra**. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7.ed. porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v.9, n.36, p.54-104, out./dez. 2000.

SAVATER, Fernando. **Ética para meu filho**. Tradução: Mônica Stahel. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

SAVATER, Fernando. **O valor de educar**. Tradução: Mônica Stahel. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

SCHNITMAN, Dora Fried; LITTLEJOHN, Stephen (Orgs.). **Novos paradigmas em mediação**. Tradução: Jussara Haubert Rodrigues e Marcos A. G. Domingues. Porto Alegre: ARTMED, 1999.

SERPA, Maria de Nazareth. **Mediação de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SERPA, Maria de Nazareth. Mediação e as novas técnicas de dirimir conflitos. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, I, 1999, Belo Horizonte. **Anais...** Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p.355-394.

SILVA, Antônio Hélio da. Arbitragem, mediação e conciliação. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Mediação, arbitragem e conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.17-37 (Grandes Temas da Atualidade, v.7).

SILVA, João Roberto da. **A mediação e o processo de mediação**. São Paulo: Paulistanajur Ltda, 2004.

SILVA, Maria de Fátima Alflen da. **Direitos fundamentais e o novo direito de família**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

SILVA, Tadeu Antonio Dix. **Liberdade de expressão e direito penal no Estado Democrático de Direito**. São Paulo: IBCCRIM, 2000.

SILVEIRA, Marcelo Barbosa de Andrade Pereira. **O habeas data sob a ótica da proposta de Peter Häberle**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina>>. Acesso em: 11 ago. 2006.

SIMIONATO, Marlene A. W.; OLIVEIRA, Raquel Gusmão. Funções e transformações da família ao longo da história. **Trabalho apresentado no I Encontro Paranaense de Psicopedagogia**. ABPPPR, nov. 2003. Disponível em: <<http://www.abpp.com.br/abppprnorte/pdf/a07Simionato03.pdf>>. Acesso em: 17 dez. 2008.

SIMÕES, José Luís. Educação para as elites, escola para os vadios e violência para todos. **Dialogia**, São Paulo: UNINOVE, v.5, p.93-100, 2006.

SIX, Jean-François. **Dinâmica da mediação**. Tradução: Águida Arruda Barbosa; Eliane Riberti Nazareth; Giselle Câmara Gröeninga. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SQUARISI, Dad. Língua Solta. **Estado de Minas**, Belo Horizonte, 23 jan. 2007. Caderno D+, p.7.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica** – uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. **Teoria da Constituição e Estado Democrático de Direito: ainda é possível falar em Constituição dirigente?** Disponível em: <<http://www.leniostreck.com.br/midias/dirigente.doc>>. Acesso em: 25 maio 2006.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2.ed. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2005.

TABORDA, Wilmar. Discussão em torno de uma concepção racional de justiça: de Aristóteles a John Rawls. **Direito & Justiça**, Porto Alegre: PUC-RS, v.22, n.21, p.345-362, jan. 2000.

TARGA, Maria Inês C. C. C. **Mediação em juízo**. São Paulo: LTr, 2004.

TARTUCE, Flávio. Novos princípios do direito de família. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coord.). **Manual de direito das famílias e das sucessões**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p.35-51.

TAVARES, Fernando Horta. **Mediação & conciliação**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

TAYLOR, Charles. **Argumentos filosóficos**. Tradução: Adail Ubirajara Sobral. São Paulo: Edições Loyola, 2000.

TEILHARD DE CHARDIN, Pierre. **L'avenir de l'homme**. Paris: Éditions du Seuil, 1946.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Responsabilidade civil e ofensa à dignidade humana. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre: Síntese, v.7, n.32, p. 138-158, out./nov. 2005.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. **Manual de direito das famílias e das sucessões**. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. A constitucionalização do Direito Civil: perspectivas interpretativas diante do novo Código. In: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire (Org.). **Direito Civil: atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 115-130.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

THOMAS, Alberto. **O desafio de pensar sobre o pensar**. Florianópolis: SOPHOS, 2001.

TIERNEY, Brian. **The idea of natural rights: studies on natural rights, natural law, and church law**. Michigan: Wm. B. Eerdmans Publishing Co., 2001.

TOCQUEVILLE, Alexis. **A democracia na América**. Tradução: Neil R. da Silva. Belo Horizonte: Itatiaia, 1977.

TOLSTÓI, Leon. **A felicidade conjugal**. Tradução: Maria Aparecida Botelho P. Soares. Porto Alegre: L&PM, 2008.

TOMÁS DE AQUINO. **Do governo dos príncipes ao rei de Cipro e do governo dos Judeus à duquesa de Brabante**. Tradução: Arlindo Veiga dos Santos. São Paulo: Editora Anchieta, 1946.

TONETTO, Milene Consenso. **O papel dos direitos humanos na filosofia prática de Habermas**. 2006. 145f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

UBILLOS, Juan María Bilbao. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p.299-338.

VALE, André Rufino do. *Drittwirkung* de direitos fundamentais e associações privadas. **Revista de Direito Público**, Porto Alegre: Síntese, n.9, p.52-74, jul./set. 2005.

VAZ, Henrique Cláudio Lima. Democracia e sociedade. **Revista Síntese**, Belo Horizonte, n.33, v.12, p.5-14, jan./abr. 1985.

VAZ, Henrique Cláudio de Lima. Ética e civilização. **Revista Síntese**, Belo Horizonte, n.49, v.17, p.5-14, abr./jun. 1990.

VAZ, Henrique Cláudio Lima. Ética e comunidade. **Revista Síntese**, Belo Horizonte, n.52, v.18, p.5-11, jan./mar. 1991.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito de família. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2004. (Coleção Direito Civil, v.6).

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil - teoria geral**: introdução ao Direito Romano. 5.ed. São Paulo: Atlas, 1999.

VEZZULLA, Juan Carlos. **Teoria e prática da Mediação**. Colaboração de Ângelo Volpi Neto *et al.* Curitiba: Instituto de Mediação, 1995.

VILLELA, João Baptista. Direito, coerção & responsabilidade: por uma ordem social não-violenta. **Série Monografias**, Belo Horizonte, Faculdade de Direito da UFMG, v.IV, n.3, 1982a.

VILLELA, João Baptista. Do fato a negócio: em busca da precisão conceitual. In: **Estudos em homenagem ao Prof. Washington Monteiro de Barros**. São Paulo: Saraiva, 1982b, p.251-266.

VILLELA, João Baptista. Liberdade e família. **Série Monografias**, Belo Horizonte, Faculdade de Direito da UFMG, v.III, n.2, 1980.

VILLELA, João Baptista. Repensando o direito de família. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, I, Belo Horizonte, 1999. **Anais...** Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p.15-30.

VILLEY, Michel. **Filosofia do direito**: definições e fins do direito. Tradução: Alcidema Franco Bueno Torres. São Paulo: Atlas, 1977.

WIKIPEDIA. **Nimrod (rei)**. Disponível em: <[http://pt.wikipedia.org/wiki/Nimrod\\_\(rei\)](http://pt.wikipedia.org/wiki/Nimrod_(rei))>. Acesso em: 19 mar. 2007.

ZAMBERLAM, Cristina de Oliveira. **Os novos paradigmas da família contemporânea**: uma perspectiva interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.