

UMA NOVA ABORDAGEM DOS CONFLITOS SOCIOJURÍDICOS POR MEIO DO DIREITO FRATERO

Fabiana Marion Spengler

Resumo:

A discussão entabulada no presente texto será pautada pela análise do Direito Fraterno visto como uma nova estratégia de tratamento de conflitos, surgindo como proposta de recomposição de uma sociabilidade baseada em um Direito compartilhado, convencionado, que inove ao propor a idéia de jurisdição mínima e de consenso. Porém, será também visitado pela face cética daqueles que vêem o vínculo social como um vínculo trágico, ou seja, calcado em bases violentas, no qual a fraternidade surge como uma utopia, marcada pelo selo do impossível, que requer, dentre outras coisas, uma comunidade de cultura, a aceitação incondicional das diferenças e uma grande capacidade de comunicação do grupo fraterno.

Palavras-chave:

Direito fraterno. Consenso. Conflitos. Exclusão/inclusão social. Cidadania. Mediação.

Abstract:

The initiated discussion in this present text will be listed by the Fraternal Right analysis seen as a new conflict treating strategy, emerging as a recomposition proposal of sociability based upon a shared, conventioned law that innovates as they propose the consensus idea. However, it will also be visited by the skeptical face from those that see the social bonds as a tragic tie, in other words, crushed upon violent foundations, where the fraternity emerges as a utopia, marked by the impossible stamp that it requires, among other things, a cultural community, the unconditional acceptance of differences and a large communication capacity of the fraternal group.

Keywords:

Fraternal Right. Consensus. Conflicts. Social exclusion/inclusion. Citizenship. Medition.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Profundas mudanças ocorreram na configuração da sociedade atual e, conseqüentemente, do Estado, especialmente nas últimas décadas, o que contribuiu para colocá-lo em crise, revendo todos os seus papéis, tanto na esfera econômica quanto nos modelos social e jurídico de regulação, até então tradicionais. Tais modelos já não mais funcionam, o que deflagra a constatação de que o Estado vive uma crise que põe em cheque o desempenho de suas atribuições.

A crise estatal reflete-se na jurisdição, quando os conflitos são remetidos ao Judiciário. A sociedade democrática atual permanece inerte enquanto suas contendas são decididas pelo juiz. Da mesma forma como o cidadão de outrora transferiu seus direitos ao Leviatã para que fizesse a guerra em busca da paz, resolvesse os litígios e trouxesse segurança ao encerrar a luta de todos contra todos, vê-se atualmente o tratamento dos litígios ser transferido ao Judiciário, esquecendo-se que o conflito é um mecanismo complexo, derivado da multiplicidade dos fatores, os quais nem sempre estão definidos na sua regulamentação, não sendo, portanto, apenas normatividade e decisão.

Unidos pelo conflitos, os litigantes esperam por um terceiro que os solucione. Espera-se pelo Judiciário para que diga sobre quem tem “melhor” direito, mais razão, ou quem é o vencedor da contenda. Trata-se de uma transferência de prerrogativas de caráter não-democrático que, ao criar “muros normativos”, engessa a solução da lide em prol da segurança, ignorando que a reinvenção cotidiana e a abertura de novos caminhos são inerentes a uma decisão democrática.

Assim, diante da crise das instituições modernas, justifica-se a importância e o interesse na investigação do presente tema, uma vez que o Direito Fraternal surge como veículo de tratamento de conflitos que abandona “a fronteira fechada da cidadania e olha em direção a uma nova forma de cosmopolitismo que não é representada pelos mercados, mas pela necessidade universalista de respeito aos direitos humanos que vai se impondo ao egoísmo dos ‘lobos artificiais’ ou dos poderes informais que à sua sombra governam e decidem.” (Resta, 2004, p. 15-16).

Com o intuito de evitar a guerra entre irmãos (particular) ou a guerra entre Estados (pública) instituiu-se a figura de um poder soberano que regula as relações, impõe castigos quando ocorrem infrações e faz a guerra em busca da paz. No contrato social os homens passam a integrar a sociedade civil, por medo dos irmãos inimigos e na busca de segurança. Cabe a esse poder soberano (Estado-pai, senhor da guerra), dentre outras coisas, governar, legislar e decidir. Ocorre que a própria decisão desse soberano, ao julgar a contenda dos indivíduos, muitas vezes traz violência quando impõe ou pune condutas, ignorando a possibilidade de tratamento dos conflitos convencionado entre as partes, no qual atuaria apenas como mediador. Tradicionalmente assim se tem feito porque, nessa “guerra”, parte-se do pressuposto de que sempre existirá um vencedor e um perdedor, uma sentença de procedência ou de improcedência em termos de jurisdição. Existem dificuldades em conceber a possibilidade de que o conflito se resolva pelo consenso mediado entre as partes, e não pela imposição da vontade do Estado a qualquer delas.

O Direito Fraterno não possui, no entanto, aceitação pacífica junto ao mundo jurídico e acadêmico, uma vez que requer um alto grau de identificação dentro do grupo para que se torne viável. Desse modo, o que se pretende não é negar a importância e a necessidade da figura do Estado, nem tampouco fazer uma apologia do Direito Fraterno, mas apontar para uma possível utilização do segundo como meio alternativo de tratamento de conflitos diante da crise e da ineficiência do primeiro.

A GUERRA DE TODOS CONTRA TODOS E A BUSCA DA PAZ: nasce o Leviatã

Hobbes (2003, p. 112) dá início a sua principal obra afirmando que a natureza, arte mediante a qual Deus fez e governa o mundo, é imitada pela arte dos homens no momento em que estes criam aquele grande Leviatã, denominado República ou Estado (*Civitas* em latim). Essa grande criação não passa de um homem artificial, embora de maior estatura e força do que o homem

natural, projetado para as tarefas de proteção e de defesa. A soberania é a alma artificial desse Leviatã, os magistrados e os outros funcionários judiciais e executivos são as juntas artificiais, a recompensa e o castigo são os nervos, a riqueza e a prosperidade de todos são a força, a segurança do povo é a sua tarefa, os conselheiros são a memória, a equidade e as leis são uma razão e uma vontade artificiais, a concórdia é a saúde, a sedição é a doença e a guerra civil é a morte. Finalmente, os pactos e as convenções mediante os quais as partes desse corpo político foram criadas e reunidas assemelham-se ao “façamos o homem” proferido por Deus.

O homem, dessa forma, criou um animal artificial que pudesse lhe dar, dentre outras coisas, segurança e paz, divinizou-o e, mediante um pacto firmado por toda a humanidade, alcançou-lhe o poder soberano de impor condutas e aplicar castigos em caso de insurreição ou desrespeito. A principal atribuição desse Leviatã consistia em fazer cumprir a lei fundamental da natureza: a busca da paz. Por meio dessa criação o homem superou a guerra de todos contra todos, pactuando condutas que limitassem o direito natural, que nada mais era do que a liberdade de cada homem usar do seu próprio poder, da maneira que melhor lhe aprouvesse para a preservação de sua vida.

Antes do contrato e do surgimento do Leviatã a condição do homem era a da guerra de todos contra todos, e nela estava presente a primeira regra da natureza: “Que todo homem deve se esforçar pela paz, na medida em que tenha esperança de a conseguir, e caso não a consiga pode procurar e usar todas as ajudas e vantagens da guerra”. Nesse sentido, “a primeira parte desta regra encerra a primeira fundamental lei de natureza, isto é, procurar a paz, e segui-la. A segunda encerra a sùmula do direito de natureza, isto é, por todos os meios que pudermos, defendermo-nos a nós mesmos.” (Hobbes, 2003, p. 113).

Então, segundo Hugo Grotius, (2004, p. 71-72), “a guerra é empreendida em prol da paz”, ou seja, seu fim último é a paz. Mesmo parecendo paradoxal, a “guerra é o estado de indivíduos, considerados como tais, que resolvem suas controvérsias pela força”. Explica-se aqui o porquê da expres-

são paradoxal: pela força se busca a solução das controvérsias e, por conseguinte, a paz. Tal concepção, dentro da ambivalência guerra/paz, pode ser utilizada para definir qualquer tipo de guerra, seja pública ou privada.

Se a guerra pode ser pública ou privada, Francisco de Vitoria (2005, p. 19-21) ressalta que qualquer um pode conduzir uma guerra sem ter necessidade de autorização de qualquer que seja para defender não só a própria pessoa, mas também os próprios bens.¹ Por conseguinte, a guerra pode ser privada, pois qualquer um tem o direito de se defender de uma agressão buscando o menor dano ao agressor; assim, passada a necessidade de defesa, cessa também para o privado a causa da guerra.² A guerra privada acontece em função do direito natural, cuja fundação primeva consiste em que todo o homem se empenha em proteger sua vida, na medida de suas forças. Desejando o que é bom e fugindo do que é mau, o homem evita o mal maior: a morte. Para isso se defende e procura usar todos os meios para fugir ou revidar a agressão.

Isso se dá, conforme Thomas Hobbes (2002, p. 31), porque todos os homens se associam objetivando não o amor ao próximo e sim o ganho ou a glória. Essas associações possuem como base a insegurança e o “medo recíproco”, a consistir “em parte, na igualdade natural dos homens, em parte na sua mútua vontade de se ferirem – do que decorre que nem podemos esperar dos outros, nem prometer a nós mesmos, a menor segurança”.

Na guerra pública, no entanto, a comunidade política tem a autoridade não só de se defender mas também de vingar a si e aos próprios cidadãos. Isso é demonstrado no fato de que, como diz Aristóteles, a comunidade política deve ser auto-suficiente.³ É justamente por isso que, conforme o autor, os

¹ “Chiunque può condurre una guerra siffatta, senza avere bisogno dell’ autorizzazione di chicchessia, per difendere non solo la propria persona, ma anche i propri beni.” (Vitoria, 2005, p. 19-21).

² “[...] passata la necessità della difesa, cessa anche, per un privato la causa di guerra.” (Vitoria, 2005, p. 19-21).

³ “[...] la comunità politica ha l’ autorità non solo di difendersi, sì anche di vendicare sé e i propri cittadini. E ciò è dimostrato dal fatto che, come dice Aristotele (Política III), la comunità politica deve essere autosufficiente.” (Vitoria, 2005, p. 19-21).

privados fazem guerra para se defender,⁴ e o público (aqui entendido como comunidade política) faz guerras para defender o bem público e por isso possui a prerrogativa de punir. Científica, assim, que não poderia adequadamente salvar o bem público se não pudesse punir ofensas e aplicar penas contra o inimigo.⁵ (Vitoria, 2005, p. 19-21).

A necessidade de paz entre os homens requereu, porém, uma autoridade que fizesse a guerra e que possuísse a capacidade de resguardar o cidadão. Essa autoridade é uma escolha da comunidade política, que aqui pode ser traduzida, conforme Vitoria, uma comunidade perfeita, que é uma unidade e uma totalidade, ou seja, que não possui em si alguma parte de uma outra comunidade política, tendo, ao invés, de leis próprias, um concílio e magistrados próprios, como por exemplo os reis de Castiglia e Aragona e outros semelhantes.⁶ (Vitoria, 2005, p. 23).

Buscando a solução da guerra de todos contra todos, e objetivando resolver o estado dos homens fora da sociedade civil (para Hobbes é um simples estado de guerra), surge o contrato, que nada mais é do que a renúncia a um direito do homem e a sua transferência a outrem, o que pode se resumir numa não-resistência por parte de quem transfere seu direito. Essa direta transferência dá origem à cidade, na qual todos precisam “concordar com os demais em que, nos assuntos que qualquer um propuser à assembléia, ele aceite o que for aprovado pela maior parte como constituindo a vontade de

⁴ Justamente por isso, mesmo após o pacto, o Direito de defesa persiste: “Um pacto em que eu me comprometa não me defender da força pela força é sempre nulo. Porque (conforme mostrei) ninguém pode transferir ou renunciar ao seu direito de evitar a morte, os ferimentos ou cárcere (o que é o único fim da renúncia do direito), e portanto a promessa de não resistir à força não transfere nenhum direito em pacto algum, nem é obrigatória.” (Hobbes, 2003, p. 121).

⁵ “[...] protebbe adeguadamente salvaguardare il bene pubblico se nom potesse punire le offese, e prendere misure contro i nemici.” (Vitoria, 2005, p. 19-21).

⁶ “[...] una comunità perfetta, quella è in se stessa un’unità e una totalità, ossia che non há in sé alcuna parte di un’altra comunità politica ma ha invence proprie leggi, un proprio consiglio e proprie magistrature, come ad esempio i regni di Castiglia e Aragona, e altri simili” (Vitoria, 2005, p. 23).

todos.” Por outro lado, “se algum não consentir, apesar disso os demais constituirão a cidade entre si e sem ele. Disso decorre que a cidade conserva contra quem dissente seu direito primitivo, isto é, o direito de guerra que ela tem contra um inimigo.” (Hobbes, 2002, p. 102).

Observe-se, então, que, uma vez transferidos mutuamente os direitos dos homens entre si, surge o contrato, ou pacto, que os vincula e somente liberta mediante o cumprimento ou o perdão. No primeiro caso tem-se o fim natural da obrigação e, no segundo, a restituição da liberdade. Discutindo a memória, o perdão, a promessa e o questionamento como os quatro tempos do compasso que se pretende dar à instituição do social, François Ost (1999, p. 209) analisa a promessa e o futuro em Hobbes e Hannah Arendt, apontando que em Hobbes a promessa, “instrumento de emancipação por domínio do futuro, desemboca em um tempo fechado e num regresso à lei de heteronomia; inspirada pelo medo do outro e do calculismo, a promessa política cria uma ideologia de segurança que acaba por confiar o poder absoluto ao Leviatã”. Mas, conforme Ost, em Arendt, pelo contrário, “o mesmo desejo de dominar a incerteza do amanhã combina-se com a confiança no outro e a vontade de agir de forma concertada; num clima geral de liberdade, a promessa surge como um instrumento de cooperação que cria uma temporalidade simultaneamente aberta e dominada”.

Desse modo, para o mesmo autor (p. 208), no momento em que a teoria hobbesiana aponta o animal como um ser preso às sensações imediatas, vivendo feliz enquanto ignora o amanhã, vê o homem como um ser capaz de prazeres e sofrimentos por antecipação. Desse modo, ele se subtrai ao “presente e projecta-se no futuro; para ele, a vida é uma corrida perpétua guiada pelo desejo insaciável que não pára de aumentar; ela é também objeto de ‘pavor perpétuo’: essa corrida social é uma competição em que todos os golpes são permitidos”. Então, sendo racional e dotado de razão calculista, o homem compreende que precisa de segurança e que ela passa pelo contrato que garanta a abstenção mútua da violência.

A partir do pacto ou contrato, segundo Hobbes (2002, p. 104-107), surge um poder coercitivo cujo objetivo é a segurança,⁷ pois, além da necessidade de que cada um pactue com os demais, é preciso que também exista a previsão de castigos para aqueles que descumprirem as leis. Essa possibilidade de castigar é transferida a algum homem ou conselho que necessariamente possua poder supremo na cidade (o Leviatã). Quem detém o poder supremo possui o “gládio da justiça e o gládio da guerra”, a prerrogativa de armar, reunir e unir homens para a guerra, objetivando a conservação dos particulares; a incumbência de julgar ou de nomear magistrados e de legislar, estabelecendo as leis civis que dirigem as ações futuras dos cidadãos.

Nesse contexto o poder supremo conferido por todos os cidadãos, por meio do pacto, a um conselho ou a uma pessoa é absoluto e “perpétuo, já que o compromisso que produz é ele próprio absolutamente irrevogável: estamos de agora em diante obrigados, sem a menor possibilidade de revisão dos termos da promessa” (Ost, 1999, p. 210). Assim, não importa o que faça o Leviatã, este não é passível de punição, “pois se alguém se submeteu a sua vontade, à vontade da cidade, de modo que possa, com todo o direito e sem risco de punição, fazer qualquer coisa – baixar leis, julgar controvérsias, fixar penalidades, utilizar a seu bel-prazer a força e a riqueza dos homens -, e com isso conferiu a esta o maior domínio que possa conceder a uma pessoa”. O poder supremo, assim transferido e aceito pelo governante, exige obediência completa e irrestrita, segundo Hobbes (2002, p. 108-114) conhecida como “obediência simples” porque mais do que um derivado imediato do contrato, essa obediência (e por conseguinte o poder supremo do governante), são derivados mediatos do fato de que sem ela se frustraria o direito da cidade.

⁷ “[...] antes de tudo o mais, para a paz é preciso que cada um fique tão protegido da violência dos outros que possa viver em segurança: isto é, que ele não tenha causa justa para temer aos outros, enquanto não lhes cometer injúria. Na verdade, é impossível dar aos homens uma segurança completa contra quaisquer danos recíprocos, de modo que não corram risco de ser feridos nem mortos injuriosamente; portanto isto não vem ao âmbito de uma deliberação. Mas pode-se providenciar que não haja causa justa para o medo. A segurança é o fim pelo qual nos submetemos uns aos outros, e por isso, na falta dela, supõe-se que ninguém se tenha submetido a coisa alguma, nem haja renunciado a seu direito sobre todas as coisas, antes que se tomem precauções quanto à segurança.” (Hobbes, 2002, p. 103).

O poder assim transferido permite, como já visto, que aquele que o recebe faça a guerra, objetivando a proteção do bem público e dos cidadãos, bem como a busca pela paz. A glória e a vantagem do detentor do poder supremo não devem, desse modo, ser motivo para expor a perigo o bem da comunidade política ou os próprios cidadãos. Assim, esta é a diferença que ocorre entre um rei legítimo e um tirano, que dirige o governo voltado ao ganho e à vantagem, enquanto o primeiro protege o bem público.⁸

No entanto, mesmo que legítimo o rei e que a guerra ocorra somente com motivos legítimos, ela acontece entre Estados ou entre civis e, nesse último caso, torna-se ainda mais difícil a relação conflituosa entre irmãos, que compartilham de uma mesma cidadania. Na verdade, essa guerra possui precedentes religiosos, em que se observa a figura do irmão inimigo, ou seja, aquele que, possuindo um pai (Estado) em comum, se contrapõe ao seu irmão numa guerra por motivos ideológicos, culturais e religiosos ou por fatores econômicos. Depara-se aqui, conforme Eligio Restá (2004, p. 50), com a diferença entre amigo e inimigo da humanidade, de modo que o amigo é o indivíduo moral e racional que, mesmo conhecendo os riscos, aposta na existência de um bem comum que é o bem da humanidade em si mesmo. Por isso, “o amigo da humanidade é quem compartilha o sentido de humanidade e dela se sente parte assumindo, também, a existência do inimigo; não o demoniza, nem descarta, jogando-o ‘contra’ o mundo, mas assume inteiramente o seu problema”. Desse modo, é possível constatar que a “rivalidade

⁸ “Quindi anche la legge della guerra deve essere rivolta all’utile comune, e non a quello del principe. Inoltre, gli uomini liberi sono diversi dagli schiavi perché i padroni si servono degli schiavi per l’utilità propria e non per altri, ma per sé. Di conseguenza, che i principi abusino dei cittadini, costringendoli a prestare il servizio militare e contribuire con denaro alla guerra, non per il bene pubblico ma per il loro vantaggio privato, significa che trasformano i cittadini in schiavi” (Então, também a lei da guerra deve ser voltada às utilidades comuns e não aquelas do rei. De outro modo, os homens livres não são diferentes dos escravos porque os patrões si servem dos escravos para utilidade própria e não para os outros mas por si. Conseqüentemente, os príncipes que abusam dos cidadãos constrangendo-os a prestar o serviço militar e contribuir com dinheiro para a guerra não para o bem público mas para a sua vantagem privada, significa transformar os cidadãos em escravos). (Vitoria, 2005, p. 29-31).

reside, portanto, em nós mesmos, dentro da própria humanidade: assim, o amigo da humanidade não é simplesmente o oposto do inimigo, mas é algo diverso que, graças à sua diversidade, é capaz de superar o caráter paranóico da oposição.”

A guerra sempre traz consigo um rosário de conseqüências desastrosas para todos os segmentos da vida humana. Talvez a pior constatação seja que “el Estado combatiente se permite todas las injusticias y todas las violencias, que desonrarían al individuo. No utiliza tan solo contra el enemigo la astúcia permisible (*ruses de guerre*), sino también la mentira a sabien das y el engaño consciente, y ello es una medida que parece superar la acostumbrada en guer-ras anteriores” (Freud, 1996, p. 2.104). Conseqüentemente, a guerra não agride só por seus perigos, mas também pela decepção que causam a conduta do Estado e a de seus governantes e, por fim, agride especialmente pela sensação de desilusão que se intensifica não pelos “horrores da guerra, mas sim pela impossibilidade da razão de ser seu remédio.” (Resta, 2004, p. 42). Tem-se consciência de que os povos não sabem resolver suas contendas por meio da compreensão ou da tolerância.

Por medo da guerra e para manter a paz criou-se, dessa forma, a República. Sua geração ocorreu com a decisão de conferir toda a “força e poder a um homem, ou a uma assembléia de homens, que possa reduzir todas as suas vontades, por pluralidade de votos, a uma só vontade.” Então, era como se “cada homem dissesse a cada homem: autorizo e transfiro o meu direito de me governar a mim mesmo a este homem, ou a esta assembléia de homens, com a condição de transferires para ele o teu direito, autorizando de uma maneira semelhante todas as suas ações”. Graças a esta autoridade delegada à República é-lhe conferido o uso de “tamanho poder e força que o terror assim inspirado o torna capaz de conformar a vontade de todos eles, no sentido da paz no seu próprio país, e da ajuda mútua contra os inimigos e estrangeiros” (Hobbes, 2003, p. 147-148).

A EXCLUSÃO SOCIAL E O JOGO POLÍTICO DO AMIGO/INIMIGO: nascerá a sociedade fraterna?

Ao abordar o tema do Direito fraterno, Eligio Resta (2004, p. 9) menciona que “a fraternidade possui um sentido vagamente anacrônico”, uma vez que nos reporta ao cenário da revolução iluminista. Não é com essa conotação, no entanto, que se pretende aqui abordar o Direito fraterno (também não foi assim que o autor conduziu o seu texto), uma vez que, dita daquela forma, a fraternidade “deixava entrever muitas coisas, mas continuava no estado de aceno silencioso.” Desse modo, “confirmava antes de tudo o jogo da pertença dos indivíduos, de mulheres e homens de carne e osso, ao território de nascimento...”. Conseqüentemente, “ligava separando, incluía excluindo: o sentimento de fraternidade ia na direção de outras nações, do povo de uma nação, ao povo de outras nações.” Abria, assim, o cenário do cosmopolitismo para fechá-lo imediatamente dentro do recinto de pertencimento nacional.⁹ Desse modo o anacronismo da fraternidade pode ser traduzido como um contratempo, na exata acepção de “andar contra o tempo”, no sentido de remar contra a corrente ou, quem sabe, interromper a linearidade que vai do início ao fim.

⁹ Nesse ponto o autor salienta: “Il diritto fraterno sembrerebbe aver trovato la sua istituzionalizzazione formale nella grande codificazione di fine secolo, dapprima con le Dichiarazione universali e poi con un vero e proprio processo di costituzionalizzazione che si apre con questa affermazione dell’uguaglianza di fronte alla legge. Ma già nella netta separazione tra l’uguaglianza e la fraternità riemerge il problema dell’universalismo; la fraternità è il critério direttivo, la nuova regola, dei rapporti con gli altri Stati e con gli altri cittadini. Essa indica una scelta di solidarietà cosmopolitica Che non solo non contesta, ma addirittura presuppone i confini statuali, ‘sovrani’, sulla base di território. L’uguaglianza, al contrario, proprio perchè supportata da una legge Che nasce dal nuovo patto della sovranità, è una dimensione esclusiva de cittadini. Gli uguali Che giurano il diritto fraterno devono già riconoscersi in una comunità politica di altro genere. O Direito Fraterno parecerá ter encontrado sua codificação do fim do século primeiro com a declaração universal e depois com um verdadeiro e próprio processo de constitucionalização que se abre com esta afirmação de igualdade perante a lei. Mas já na separação entre igualdade e fraternidade emerge o problema do universalismo, a fraternidade é o critério diretivo, a nova lei, das relações com os outros Estados, e com os outros cidadãos. Essa indica uma escolha de solidariedade cosmopolítica que não só não contesta, mas fracamente pressupõe os confins estaduais, sobre a base do território. A igualdade, ao contrário, porque baseada em uma lei que nasce do novo pacto da soberania é uma dimensão exclusiva dos cidadãos. Os iguais que juraram o direito fraterno devem já reconhecer-se em uma comunidade política de outro gênero. (Resta, 1996, p. 82)

Justamente por isso, seguindo as palavras de Resta (2004, p. 15), objetiva-se tratar da fraternidade e, conseqüentemente, do Direito fraterno como aquele que abandona as fronteiras fechadas da cidadania, respeitando os direitos humanos, e que, ao retornar ao binômio constituído de Direito e fraternidade, “recoloca em jogo um modelo de regra da comunidade política: modelo não vencedor, mas possível.” Dessa forma, o autor propõe o retorno a um “modelo convencional de direito, ‘jurado conjuntamente’ entre irmãos e não imposto, como se diz, pelo ‘pai senhor da guerra’. Jurado conjuntamente, mas não produzido em ‘conluio’. Por isso é decisivamente não violento – isto é, capaz de não apropriar-se daquela violência que diz querer combater”.

O Direito fraterno é aquele que quando a igualdade rompe no coração da soberania parece finalmente realizar um projeto simbólico nascido com a modernidade, aquele do abatimento de um Direito paterno, existente desde sempre, dado por Deus, da tradição, da natureza, ou seja, daqueles legados que obstaculizavam o imperativo de transformação.¹⁰

Nesse sentido, se o Direito fraterno é aquele que nasce de um sentimento de culpa pela decapitação do rei, não se pode perder de vista a obra de Freud (1996), que discute em *Totem e Tabu*¹¹ a relação de irmandade, dizendo que os

¹⁰ “quando l’uguaglianza irrompe nel cuore della sovranità sembra finalmente realizzarsi un progetto simbolico nato con la modernità, quello dell’abbatimento di un ‘diritto paterno’, esistente da sempre, già dato, da ‘dio’, dalla ‘tradizione’, dalla ‘natura’, ossia da quei legami che ostacolavano l’imperativo del cambiamento”. [...] Se quel diritto paterno, comunque tirannico per quanto fosse stato benevolo, si doveva soltanto giurare (apunto, *jus-iurandum*), e quel diritto não poteva che perpetuare la sovranità di un potere disuguale. Il diritto nuovo é un “diritto fraterno”, i uguali, da giurare insieme contro il vecchio ordinamento e contro la vecchia sovranità affinché non ci sia più disuguaglianza. Il diritto del nuovo patto va giurato insieme, com una “coniuratio” appunto, ma per questo nasce com un senso di colpa. Per affermare la sua diversità deve “decapitare il re” e abbattere com “decreto” i vecchi particolarismi; deve autofondarsi come universale com un atto di volontà generale. Il problema dell’universalismo non è risolto, ma soltanto spostato (Resta, 1996, p. 82).

¹¹ Em determinada passagem do texto Freud explica o que designam as palavras *Totem e Tabu*: “*totem* por lo general, un animal comestible, ora inofensivo, ora peligroso y temido, y más raramente una planta o una fuerza natural (luvia, água) que se hallan en una relación particular con la totalidad del grupo. El totem es, en primer lugar, el antepasado del clan, y en segundo, su espíritu protector y su bienhechor, que envia

irmãos são aqueles que possuem em comum a mesma impotência e a mesma rivalidade e que disputam o poder do pai (ao menos uma parcela dele). Criam, desse modo, uma solidariedade ao reconhecerem a figura paterna e ao desejarem, reciprocamente, a sua morte. Então, “a partir do momento em que a função paterna é reconhecida, os filhos são oprimidos” (Enriquez, 1993, p. 35), sendo esse o direito do pai que, ao impor sua autoridade, se vê rechaçado pelos filhos, criando a idéia de conluio para o crime cometido em conjunto.

Na mesma linha Enriquez (1993, p. 36) discute o tempo primordial, regido pela repetição infinita dos mesmos atos e pensamentos, da horda, conduzida por um tirano onipotente, caracterizado pela recusa do amor e pelo manejo da força, ao tempo da história tornado possível por esta primeira infração da ordem, que foi a *decisão unânime do crime*. Pelo exposto, conforme o autor, “passamos de um *mundo* de relações de força a um mundo de relações de alianças e de solidariedade (mesmo se essas permanecem frágeis), de um *estado* de natureza a um estado de direito, onde a lei é encarnada por aquele que representava em vida o arbítrio total.” Nesse contexto a “criação do social é acompanhada (precedida – seguida) pela expressão de sentimentos complexos: amor, veneração, amizade, culpa. O nascimento do grupo é inconcebível sem o surgimento correlativo de sentimentos.”

Conseqüentemente, de todos esses sentimentos, nascidos a partir do Estado de Direito, um deles merece especial atenção, pois, se o Direito fraterno é convencional e não violento, torna-se importante pensá-lo perpassado pela lei da amizade, que encontra “nos processos de codificação moderna a fórmula do imperativo da fraternidade diante de um jogo político, construído em cima da contraposição, conhecida, do *amigo-inimigo*.” A amizade, no

oráculos a sus hijos y los conoce y protege aund en aquellos casos en los que resulta peligroso. Los individuos que poseen el mismo totem se hallan, por tanto, sometidos a la sagrada obligación, cuya violación trae consigo un castigo automático de respetar su vida y abstenerse de comer su carne o aprovecharse de él en cualquier otra forma.” Por *tabu* diz que se tem a) el carácter sagrado (o imputo) de personas u objetos. B) la naturaleza de la prohibición que de este carácter emana; y c) la santidad (o impurificación) resultante de la violación de la misma. Lo contrario de tabú es en polinesio *noa*; esto es, lo corriente, ordinario y común.” (Freud, 1996, p. 1.748-1.759).

entanto, não desenvolve um percurso linear entre virtude coletiva e qualidade, que “definha na relação e que oscila do plano da vida pública àquela da mais íntima esfera privada.” Quanto mais a amizade perde “seu caráter de argamassa espontânea da sociedade”, mais tem necessidade de ser prescrita por uma lei que contenha imperativos ético-religiosos, mas principalmente jurídicos. Assim, os amigos deixam de ser necessariamente aqueles ligados por laços fraternos e de solidariedade, uma vez que se esquivam do vínculo e da reciprocidade cotidiana, compartilhando a vida sem compartilhá-la. (Resta, 2004, p. 20-21).

A gênese da amizade se divide em contingente e transcendente, uma vez que depende do acaso e do evento no qual se desenvolve. Por isso, a comunidade de apoio já perdeu o sentido universalista e se confinou às relações numericamente mensuráveis de uma amizade definida, conseqüentemente, “somos amigos porque existem inimigos, somos amigos porque nos escolhemos para nos contrapormos a outras formas de relações impostas ou involuntárias.” (p. 31). Essas relações determinam um caráter de inclusão/exclusão à amizade, incluindo o amigo e excluindo o inimigo e se tornando uma improbabilidade normal.

As relações havidas entre amigos e inimigos em um mesmo território vêm, de acordo com Freud em seu texto *Considerações sobre la guerra y la muerte*, estabelecidas dentro de cada nação, por suas regras morais, às quais os indivíduos deveriam se ajustar. Essas regras traziam grandes delimitações e uma acentuada renúncia aos instintos naturais do homem. Tais normas são consideradas base do estado civilizado, sendo por ele defendidas. Por isso, quem cumpria as normas era o amigo e quem não as respeitava, o inimigo, ou melhor dizendo, quem se submetia a elas era amigo e quem as repudiava era considerado o “estrangeiro”, o “inimigo”. Nesse sentido vão as palavras de Freud (1996, p. 2.102): “pero podia creerse que los grandes pueblos mismos habían adquirido comprensión suficiente de sus elementos comunes y tolerancia bastante de sus diferencias para no confundir ya en uno solo, como sucedia en la antigüedad clásica los conceptos de ‘extranjero’ y ‘enemigo’.”

Discutindo a relação de pertença e a inimizade, o autor salienta que existem três tabus essenciais: os inimigos estrangeiros à tribo, os chefes estrangeiros ao grupo e o morto estrangeiro à vida. Possuindo um caráter fora dos padrões considerados normais, o poder que podem exercer estes estrangeiros sobre os indivíduos são delimitados pelo fato de que o inimigo nos mata, o chefe nos subjuga e os mortos nos assombram e chamam.

Se a amizade deixa de ser, por conseguinte, o cimento da sociedade porque se encontra encoberta pela inimizade, não se pode perder de vista que

a comunidade política é, de fato, descrita como o lugar no qual o inimigo, por convenção, não é mais interno, mas externo. O inimigo interno, por uma complexa metamorfose da semântica reservou-se o papel de “criminoso” ou de opositor político, ou ainda, de minoria: as passagens são, obviamente, todas ricas e refinadas, e sequer são repentinas. Pressupõem que já esteja em andamento um “contrato natural” (assim o define Michel Serres) pelo qual se “pertence” a uma nação, e por isso são aceitas todas as suas leis. (Resta, 2004, p. 34).

O que indica a relação de pertença entre um indivíduo e uma determinada fraternidade é o seu código de nascimento, que vincula a uma obediência em troca da cidadania, de modo que, quando vinculado, se pode ser, em caso de transgressão, no máximo criminoso, mas nunca inimigo. Essa vinculação entre os homens por meio da obediência e, por conseguinte, da cidadania é discutida por Zygmunt Bauman (2004, p.148) quando aponta para a produção industrial, na era moderna, de “lixo humano”, especialmente em dois ramos: a) na função de produção e reprodução da ordem social: o modelo de ordem é seletivo e exige que se “cortem, aparem, segreguem, separem ou extirpem partes da matéria prima humana que sejam inadequadas para a nova ordem, incapazes ou desprezadas para o preenchimento de qualquer de seus nichos”. Essas partes assim desprezadas emergem como “lixo”, sem utilidade. b) Num segundo momento vislumbra-se o progresso econômico, que exige “incapacitação, o desmantelamento e a aniquilação final de certo número de formas e meios de os seres humanos ganharem a vida – modos de subsistência

– que não podiam e nem iriam ajustar-se a padrões de produtividade e rentabilidade em constante elevação.” A esses indivíduos foi negado o acesso aos modos de subsistência na medida em que novos arranjos se fizeram necessários, tonando-se o “lixo do progresso econômico”.

Paralelamente, a indústria do lixo humano precisou encontrar formas de lidar com seus rejeitos; assim, os excedentes da humanidade foram depositados em grandes aterros sanitários, fazendo surgir um novo personagem: o “ser humano lançado além dos limites das leis humanas e divinas”, transformando-o num ser ao qual “as leis não se aplicam e cuja destruição não acarreta punições, despida que é de qualquer significado ético religioso”. Nesse momento, os direitos humanos desses seres deslocados mostraram-se terra inóspita, uma vez que não podiam alcançar pessoas que não eram cidadãos de nenhum Estado moderno. Assim, tomando por pressuposto o fato de que o Estado moderno é um Estado que faz do nascimento¹² o sustentáculo de sua soberania, para que um excluído possa bater à porta do Estado pedindo admissão, necessita, primeiramente, ser submetido ao ritual do desnudamento, uma vez que “a nudez da criança recém-nascida, ainda não envolta nos ordenamentos jurídicos-legais, fornece o *locus* em que a soberania do poder do Estado é perpetuamente construída, reconstruída e assistida com o auxílio de práticas de inclusão/exclusão destinadas a todos os outros demandantes da cidadania que caem sob o alcance dessa soberania”. Então, para que possam passar a pertencer a determinado Estado, e com isso serem incluídos, é preciso primeiro ser excluído, de forma violenta, passar pelo “lugar de nenhum”, ser isolado, ficar nu, para só depois vestir as roupas dos iguais e ser incluído no grupo por meio do código de vinculação (Bauman, 2004, p. 150-154).

¹² Hannah Arendt (2004, p. 16-17) aborda as três atividades e suas respectivas condições que têm íntima relação com as condições mais gerais da existência humana: “o nascimento e a morte, a natalidade e a mortalidade. O labor assegura não apenas a sobrevivência do indivíduo, mas a vida da espécie. O trabalho e seu produto, o artefato humano, emprestam certa permanência e durabilidade à futilidade da vida mortal e ao caráter efêmero do tempo humano. A ação, na medida em que se empenha em fundar e preservar corpos políticos, cria a condição para a lembrança, ou seja, para a história [...] Não obstante, das três atividades, a ação é a mais intimamente relacionada com a condição humana da natalidade; o novo começo inerente a cada nascimento pode fazer-se sentir no mundo somente porque o recém-chegado possui a capacidade de iniciar algo novo, isto é, de agir.”

Nesse sentido, o código de vinculação moderno é o da Revolução Francesa, que determina a igualdade de todos os cidadãos perante a lei, fomentando o nascimento de Constituições que davam formulações jurídicas à fraternidade. Isso posto, “a fraternidade das constituições convencionalmente votadas reabre o jogo da amizade política, mas, obviamente, não elimina seus paradoxos.” Dentre esses paradoxos, tem-se que o Direito fraterno, constituído entre “iguais deve pressupor um ato originário de supressão do pai, a fim de que não existam mais tiranos, e que, por conseguinte, traz consigo esta teologia da violência”; num segundo momento, “diz respeito à razão de ser da vontade geral, que acaba, inclusive em relação a quem dela foi vítima, generalizando a força que vence ou a maioria que a sustenta.” (Resta, 2004, p. 35-36).

Enriquez (1993, p. 312), por sua vez, vê com ceticismo o que ele chama de *amor mútuo* (na fraternidade), não concordando com a possibilidade de um poder partilhado pela adesão de objetivos traçados para garantir a um grupo a não-manifestação de potência de um indivíduo ou subgrupo. Sustenta sua alegação com a indagação: se efetivamente o vínculo social é um vínculo trágico, como seria resolvida (no Direito fraterno) a questão da violência interna do grupo? Para ele, enquanto um grupo possui inimigos para combater sua coesão está reforçada, mas quando os adversários desaparecem a violência precisa buscar um novo lugar de expressão. Salienta, por outro lado, que a vontade coletiva precisa ser representada pela maioria ou por seus representantes, e precisa prever a aceitação incondicional das diferenças, uma forte capacidade de comunicação e, finalmente, uma certa comunidade de cultura.

Conseqüentemente, para o autor (p. 317), se o grupo não consegue grau de implicação suficiente para atingir as metas anteriormente traçadas, os membros tenderão a se desligar do grupo. Mas, ao mesmo tempo, questiona: “somos então obrigados a condenar definitivamente as tentativas de transformação e renovação social?” E responde: “de maneira alguma, muito pelo contrário. Apenas quisemos destacar as pedras e obstáculos inerentes a todo trabalho dessa ordem e dissipar a ilusão [...] da criação de uma sociedade transparente onde os conflitos encontrariam sempre uma solução [...]” É por

isso que, mesmo não concordando com a fraternidade, Enriquez reconhece sua importância como caminho para compreender melhor o funcionamento social, afirmando que não se deve esperar uma resposta para a interrogação, mas uma nova interrogação.

O TRATAMENTO DOS CONFLITOS SOCIOJURÍDICOS E A JURISDIÇÃO: o Direito Fraterno se firmará?

Nesse ínterim, transferindo a discussão anterior para a jurisdição, há conflitos (guerra) entre as partes (irmãos) que precisam ser resolvidos e que batem às portas do Judiciário (poder supremo) o qual deve, pela tutela jurisdicional do Estado (pai) resolver a contenda. A solução vem após um longo processo judicial, que muitas vezes não pacifica, pelo contrário, impõe às partes algo que nada soluciona, apenas agride.

Tais fatos põem em dúvida a crescente jurisdicionalização dos conflitos e o papel exercido especialmente pelos magistrados, que nessas situações se tomam a “boca da lei”,¹³ reproduzindo o que determina a norma legal, cumprindo o papel que lhes é delegado pelo Estado soberano (pai) e sentenciando sobre a contenda. Nesse momento é importante observar o entendimento de Restá (2004, p. 97), que salienta:

a minha idéia é que um sistema judiciário chamado a decidir sobre tudo, e com poderes muitas vezes discricionários e, nos fatos, pouco controláveis é o lugar que oculta quotas fortes de irresponsabilidade: consente álibis e cobre a forte diferença entre aquilo que o sistema da jurisdição diz que é, e o que faz, e aquilo que na realidade é e faz.

¹³ O berço da concepção do Poder Judiciário como mero aplicador da lei possui raízes muito profundas, voltadas ainda para a determinação de tarefas por parte dos três poderes instituídos por John Locke e depois por Charles-Louis de Secondat Montesquieu, em que cada um deveria exercer seu papel sem qualquer tipo de interferência nas atribuições dos demais. Assim, as funções do Estado estão divididas de forma clássica em Legislativo, Executivo e Judiciário.

Resta (p. 99), por conseguinte, escreve sobre a oferta monopolista de justiça que foi incorporada no interior do *sistema da jurisdição*, delegado a receber e a regular uma conflituabilidade crescente; porém, o que levou a altos graus de ineficiência o sistema da jurisdição foi um crescimento vertiginoso das expectativas e das perguntas a isso referidas. Em sentido técnico chama-se explosão da litigiosidade, possuindo muitas causas, nunca analisadas com profundidade. O fato é que a atenção sempre esteve mais voltada para os “remédios” (no sentido de constantes reformas das normas) e quase nunca às causas da litigiosidade que cresce, que é constantemente “traduzida” na linguagem jurídica e que se dirige à jurisdição sob a forma irrefreável de procedimentos judiciários.

É claro que a regulação dos conflitos dentro de uma sociedade se transforma no tempo e no espaço, criando os “remédios” a serem aplicados, sendo que a ineficácia em sua aplicação produz a noção equivocada de que a causa é a falta de recursos estruturais, materiais e pessoais, dentre outros. O remédio, no entanto, age apenas sobre a ferida, não atacando a causa. É justamente nesse contexto que se faz necessário reportar ao problema do vínculo social exposto em Freud (1997), definido pelo jogo das competições e rivalidades geradoras do conflito. Esses conflitos podem ser inter-individuais e/ou sociais (aqui se encontram os litígios étnicos, culturais, econômicos, bélicos, dentre outros) e, ao mesmo tempo que rompem, reafirmam o vínculo social, merecendo regulação e decisão.

Desse modo, conforme Simmel (1996), existe um conflito “comunitário” entre os litigantes, pois aquilo que os separa, justificando o litígio, é também o que os une, uma vez que compartilham a lide. Não se pode, então, deixar de pensar nas palavras de Freud (1996, p. 1.745-1.851) em *Totem e Tabu*, nas quais aponta para a intensa competição entre irmãos, mas também confirma a união dos mesmos na empreitada de matar o pai. Esse conflito entre “irmãos” acontece nas mais diversas formas relacionais e pode, hoje, ser especificado em um jogo de palavras que envolve antônimos como paz-guerra, centro-periferia, norte-sul, desenvolvimento-subdesenvolvimento.

Na busca de resposta, na grande maioria dos conflitos ocorre a demanda processual, na qual os dois lados na batalha poderão vencer ou perder, mas não podem e/ou não querem desistir do confronto. Resolver o conflito judicialmente, no entanto, significa recorrer ao magistrado e atribuir a ele o poder de dizer quem ganha e quem perde a demanda. Vai nesse sentido a afirmativa de que quando se vai ao juiz se perde a face, uma vez que, imbuído do poder contratual que todos os cidadãos atribuem ao Estado, sendo por ele empossado, o magistrado regula os conflitos graças à monopolização legítima da força (Ferrari, 1997). Não se quer aqui negar o valor do Judiciário na solução de demandas, e nem fomentar a utilização do Direito marginal; o que se pretende é discutir uma outra maneira de tratamento e regulação dos conflitos, buscando uma nova racionalidade de composição dos mesmos, convencionada entre as partes litigantes.

Esse novo modelo de composição dos conflitos possui base no Direito fraterno, centrado na criação de regras de compartilhamento e de convivência mútua que vão além dos litígios judiciais, determinando formas de inclusão de proteção dos direitos fundamentais. Judicialmente, existem mecanismos alternativos de tratamento das demandas, podendo citar-se a conciliação, a arbitragem e a mediação. Trata-se de elementos que possuem como ponto comum o fato de serem alternativos, porém não estranhos ao Judiciário, operando na busca da “face” perdida dos litigantes numa relação de cooperação pactuada e convencionada, definindo uma “*justiça de proximidade*”, sobretudo, uma filosofia de justiça do tipo de restaurativo que envolve modelos de composição e gestão do conflito menos autoritariamente decisórios.” (Resta, 2004, p. 118) .

A mediação é, desse modo, considerada atualmente como maneira “ecológica de resolução dos conflitos sociais e jurídicos, uma forma na qual o intuito de satisfação do desejo substitui a aplicação coercitiva e terceirizada de uma sanção legal.” (Warat, 1998, p. 5). Trabalha com a lógica segundo a qual um “terceiro neutro tenta, através da organização de trocas entre as partes, permitir a estas confrontar seus pontos de vista e procurar, com sua ajuda, uma solução

para o conflito que os opõe.” (Bonafé-Schmitt, 1992, p. 16-17). O acordo final vertido da mediação “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). Diz-se dela uma forma consensuada de tratamento do litígio, uma vez que o terceiro mediador¹⁴ tem “um poder de decisão limitado ou não autoritário, e que ajuda as partes envolvidas a chegarem voluntariamente a um acordo, mutuamente aceitável com relação às questões em disputa.” (Moore, 1998, p. 28).

Atualmente a mediação é considerada um salto qualitativo para superar a “condição jurídica da modernidade, baseada no litígio e apoiada em um objetivo idealizado e fictício como é o de descobrir a verdade, que não é outra coisa que a implementação da cientificidade como argumento persuasivo.” Essa verdade¹⁵ deve ser “descoberta por um juiz que pode chegar a pensar a si mesmo como potestade de um semideus” na tentativa de “descoberta da verdade que é só imaginária.” (Warat, 1998, p. 11). A mediação suscita, no entanto, um paradoxo composto pelo fato de dizer ao “juiz que não desenvolve o papel de juiz, isto é, decidir e adjudicar, mas conciliar e mediar; muitas vezes se lhe pede que pacifique sem decidir, quando o seu papel é tradicionalmente o de decidir sem, necessariamente, pacificar.” (Resta, 2004, p. 119).

Contextualmente, enquanto em juízo tudo se movimenta em torno do magistrado (autoridade que tem poder de decidir e dizer quem ganha e quem perde o processo), na conciliação os conflitantes tomam em suas mãos a condução do litígio e a sua solução. A figura do conciliador não

¹⁴ “O *mediador* exerce uma função como que de conselheiro, pois pode aconselhar e sugerir, porém, cabe às partes constituir suas respostas.” (Bolzan de Moraes, 1999, p. 145).

¹⁵ A verdade formal que emerge do processo, das provas e da capacidade das partes de produzi-las, retrata um sistema tradicional de solução de conflitos que necessita de socorro. Na jurisdição tradicional, o Estado-juiz enquanto definidor dos direitos das partes, detentor do poder de estabelecer o melhor direito, decorre e depende de que o litígio siga até o seu final. As partes, em regra, “ganham” e/ou “perdem”; o julgador decide quem tem o melhor direito e assim define. Na mediação, ao contrário, as partes constituem, com o auxílio dos mediadores, um mecanismo capaz de gerir seus próprios conflitos. (Bolzan de Moraes, 1999, p. 146).

possui papel central (ele pode até não existir). O mesmo acontece com o mediador que, via de regra, possui papel secundário, poder de decisão limitado ou não-oficial; ele não pode unilateralmente obrigar as partes a resolverem a contenda ou impor decisão. Deve conciliar as partes ou reconciliar os interesses conflitivos, levando a que elas concluam com o seu impulso a melhor solução.¹⁶

Pode-se concluir, então, que uma das grandes diferenças entre o papel do juiz e o do mediador consiste no fato de que, enquanto “o juiz é pensado, nos sistemas modernos, como o *nec utrum, nem um nem outro, nem isto nem aquilo*, justamente neutro, o mediador deve ser *isto e aquilo*, deve perder a neutralidade e perdê-la até o fim” [...] Tudo isso porque enquanto as partes litigam e “só vêem seu próprio ponto de vista, cada uma de maneira espetacular em relação à outra, o mediador pode ver as diferenças comuns aos conflitantes e recomeçar daqui, atuando com o objetivo de as partes retomarem a *comunicação*, exatamente o *múnus* comum a ambas” (Resta, 2004, p. 126).

¹⁶ A conduta do mediador deve pautar-se por um procedimento ético que leva a um resultado saudável para as partes. Morais anota os princípios estabelecidos pelo *Modelo-padrão de conduta para mediadores: autodeterminação*, que leva ao reconhecimento, pelo mediador, de que as partes devem chegar ao resultado final; *imparcialidade*, afirmando ao mediador a possibilidade de somente mediar as questões nas quais puder manter-se idôneo; *conflito de interesses*, configurada qualquer possibilidade de caracterização de conflito entre os interesses do mediador e das partes, seja de ordem material, seja de ordem ideológica, deverão elas ser alertadas; *competência*, assim entendendo a qualificação técnica a respeito do tema a ser mediado; *confidencialidade*, sendo-lhe defesa a divulgação de quaisquer informações que lhe sejam de conhecimento em razão da atividade; *qualidade do processo*, assim entendendo o bom orquestramento dos atos necessários, preservando a isonomia de tratamento, diligência e ordem; *anúncios ou solicitações*, a seriedade e veracidade de afirmações não deve prevalecer apenas no curso do processo de mediação, mas antes dele, quando de sua escolha; *custos*, quanto às despesas necessárias para andamento do estudo a ser produzido e aos honorários de mediação, ou seja, buscar a definição dos melhores e menos onerosos caminhos às partes; e, por fim, *a obrigatoriedade de desenvolvimento de práticas de mediação*, muito embora evidente, há que se registrar a necessidade de o mediador envidar esforços no sentido de realmente aplicar seus conhecimentos para fins de obter o resultado frutífero para ambas as partes (Bolzan de Moraes, 1999, p. 159-163).

Concluindo, a mediação é uma aposta na diferença entre o tratamento dos conflitos de maneira tradicional (Estado produtor de regulação e de jurisdição, único meio de solução) para uma alternativa partilhada e convencionalizada que tenha por base o Direito fraterno, inclusivo, que possa não só aplicar o remédio mas também observar a doença, buscando sua profilaxia.

REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. *A condição humana*. 10. ed. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

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

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Mediação e Arbitragem*. alternativas à jurisdição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

ENRIQUEZ, Eugène. *Da horda ao Estado*. Psicanálise do vínculo social. Tradução de Teresa Cristina Carreteiro e Jacyara Nasciutti. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1993.

FERRARI, V. *Lineamenti de Sociologia del Diritto*. Roma-Bari: Laterza, 1997. Vol. I.

FREUD, Sigmund. *O mal estar da civilização*. Tradução de José Octávio de Aguiar Breu. Rio de Janeiro: Imago, 1997.

_____. *Obras completas*. Tradução de Luis López-Ballesteros y de Torres. Madrid: Biblioteca Nuova, 1996.

GROTIUS, Hugo. *O direito da guerra e da paz*. Tradução de Ciro Mioranza. Ijuí: Ed. Unijuí, 2004.

HAYNES, John M.; MARODIN, Marilene. *Fundamentos da mediação familiar*. Tradução de Eni Assumpção e Fabrizio Almeida Marodin. Porto Alegre: ArtTmed, 1996.

HOBBS, Thomas. *Do cidadão*. Tradução de Renato Janine Ribeiro. 3. ed. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 2002.

_____. *Leviatã ou a matéria, forma e poder de uma República eclesiástica e civil*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

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

OST, François. *O tempo do Direito*. Tradução de Maria Fernanda de Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

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

_____. *Poteri e diritti*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1996.

SIMMEL, G. *Sull'intimità*. Roma: Armando Editore, 1996.

VITORIA, Francisco de. *De iure belli*. A cura de Carlo Galli. Roma-Bari: Gius. Laterza & Figli Spa., 2005.

WARAT, Luis Alberto (Org.). *Em nome do acordo: a mediação no Direito*. Florianópolis: Almed, 1998.