

MEDIAÇÃO DE CONFLITOS E EMERGÊNCIA NORMATIVA

CONFLICT MEDIATION AND NORMATIVE EMERGENCY

CAMILA NICÁCIO*

RESUMO

Este artigo restitui as principais discussões havidas quando da elaboração de uma tese doutoral em antropologia do direito, em que se buscou responder sobre a possibilidade, as condições e as características da emergência de normas em processos de mediação de conflitos, em um marco de pluralismo social e jurídico. A partir de metodologia de pesquisa qualitativa, baseada em levantamento e revisão bibliográfica, documental e legislativa, associados à análise de casos concretos de mediação, confirmou-se a hipótese de que em tais processos, e em virtude de características intrínsecas à mediação, tais como a não-verticalidade, a extensão do espaço retórico, a abertura à internormatividade e o cuidado dos laços sociais, há criação de normas sancionáveis e coercitivas que, embora não se refiram necessariamente ao direito oficial, compõem a larga esfera da juridicidade. A tese aponta igualmente para uma reconfiguração, em curso, da regulação social e do acesso à justiça, entre justiça oficial e não oficial, a partir da pluralidade de atores, de arenas de participação, de procedimentos e, finalmente, de direitos.

PALAVRAS-CHAVE: Mediação. Pluralismo. Normas. Direito. Juridicidade.

ABSTRACT

This article restores the main discussions that took place during the development of a doctoral thesis in anthropology of law, in which it was tried to answer on the possibility, the conditions and the characteristics of the emergence of norms in processes of mediation of conflicts, within a framework of social pluralism and legal. Based on a methodology of qualitative research, based on a survey and bibliographical, documentary and legislative review, associated to the analysis of concrete cases of mediation, the hypothesis was confirmed that in such processes, and due to characteristics intrinsic to mediation, such as non-verticality, the extension of rhetorical space, openness to internormativity, and care for social bonds, there is the creation of sanctionable and coercive norms that, although not necessarily referring to official law, form the broad sphere of juridicity. The thesis also points to an ongoing reconfiguration of social regulation and access to justice, between official and unofficial justice, from the plurality of actors, arenas of participation, procedures and, finally, rights.

KEYWORDS: Mediation. Pluralism. Norms. Law. Juridicity.

* Professora da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, UFMG. Coordenadora da Clínica de Direitos Humanos (CdH-UFMG). Professora convidada da Université Paris I, Panthéon-Sorbonne e da Université de Laval (Canadá). Doutora em direito pela Université Paris I, Panthéon-Sorbonne.
E-mail: camilanicacio@hotmail.com

INTRODUÇÃO

O termo mediação conhece grande sucesso em numerosos domínios e uma polissemia propícia à confusão conceitual. No terreno jurídico, ela parece ter-se imposto como método de administração e prevenção de conflitos nos mais diversos campos sociais. Seu desenvolvimento e seu reconhecimento mais amplo se evidenciam como uma resposta tanto à crise dos modos tradicionais de regulação social¹ quanto à busca por modelos de direito e de justiça adequados às sociedades contemporâneas. Tal busca se inscreve no pano de fundo da reconfiguração do modelo de Estado-nação. Nesse contexto, a mediação divide o campo jurídico com a justiça oficial, segundo lógicas múltiplas. No contato uma com a outra, tanto a mediação quanto a justiça oficial tendem a se transformar².

A despeito da diversidade de suas manifestações práticas, a conceituação da mediação permite a indicação de características fundamentais, tais como a manutenção/o cuidado com os laços sociais; a não-verticalidade; a amplitude do espaço retórico e a abertura à internormatividade, que contribuem ao advento de outros modos de emergência do direito³. Ao trabalhar pelo reconhecimento da pluralidade de atores, de arenas de participação, de procedimentos e, finalmente, de direitos, a mediação questiona, entretanto, a necessidade e a maneira de garantir o lugar da justiça e do direito oficiais na produção de um mundo comum e compartilhado por todos. Apenas uma pedagogia dos pluralismos jurídicos parece estar, então, à altura de assumir e gerir a complexidade de contextos de direito e de justiça irredutíveis a somente uma de suas manifestações.

Inscrito no terreno do direito comparado (França e Brasil), o presente estudo tem como ponto de partida o postulado seguinte: as sociedades ocidentais contemporâneas se encontram na encruzilhada de diferentes tipos de justiça e de direito. Elas buscam modos de regulação das relações que sejam adaptados à pluralidade de atores sociais, de arenas de participação e de expressão da cidadania. O

1 BONAFÉ-SCHMITT, 1992.

2 NICÁCIO, 2013.

3 NICÁCIO, 2013.

estudo das relações entre direito/justiça oficiais e outras formas de expressão do justo – a mediação no que concerne a este trabalho – permite, então, perguntar-se sobre a justiça futura que nós nos desenhamos hoje. Tal busca deve ser inscrita em um contexto em que o acesso à justiça, sem descartá-lo, não se reduza ao acesso ao *prêt-à-penser* jurídico tradicional, mesmo no seio das instituições do Estado. Ao contrário, ela deve ser identificada a uma “busca antropológica pelo direito”, na qual o homem, buscando o justo, busque igualmente sua justificação, ou seja, as condições que lhe impõem uma existência compartilhada.

Muitas indagações emergem quando se leva em conta referido postulado. Nós realizamos duas delas. A primeira implica saber quais seriam as características de um eventual novo modelo de justiça e de direito. A segunda busca identificar por que e como as práticas de mediação contribuiriam para sua configuração e desenvolvimento. O presente estudo, estruturado em duas partes, propõe-se a demonstrá-lo.

Na primeira parte (*A atualização das noções fundamentais do direito*) importa conhecer e compreender o contexto de administração da justiça na França e no Brasil que permitiu, uma vez levadas em conta as especificidades de cada contexto sociocultural, a evolução do acesso à justiça e ao(s) direito(s) ao acesso à mediação. Tal evolução acontece no momento em que os atores da mediação empreendem sua cruzada em busca de unidade conceitual e deontológica, ainda em fase de consolidação. Identificada em seus elementos fundamentais, essa mediação torna propícia a atualização de algumas noções fundamentais do direito oficial (tais como a segurança, a unidade, o formalismo jurídico), assim como uma aproximação, tanto desejável quanto delicada, da justiça oficial.

Na segunda parte (*O alargamento dos parâmetros da juridicidade*⁴), este estudo intenta demonstrar a maneira pela qual o direito, depois de ter passado por um processo gradual de desmaterialização, pode ser apreendido, pelo intermédio da mediação, como uma dinâmica que alia a importância das particularidades dos casos concretos à produção/reprodução social, em sua generalidade. Ao

4 A expressão “juridicidade” será tratada em detalhe na segunda parte deste trabalho.

tornar possível a emergência de novas normatividades por meio de processos então identificados, as práticas de mediação contribuem à expansão dos parâmetros da juridicidade, ao mesmo tempo em que afirmam a importância do direito oficial em sua força simbólica. Posteriormente, o presente estudo se dedica a demonstrar como o reconhecimento de uma juridicidade assim descrita implica necessariamente o desenvolvimento de uma pedagogia dos pluralismos jurídicos que, agindo nas escolas, universidades, sindicatos, tribunais etc., torne possível a expressão ampla e vigorosa das cidadanias.

PARTE 1: A ATUALIZAÇÃO DAS NOÇÕES FUNDAMENTAIS DO DIREITO

Nesta parte, o trabalho se dedica a desvelar o impacto das transformações observadas no seio da problemática da administração da justiça, e mais precisamente, naquela do acesso à justiça, sobre a reconfiguração da divisão do campo jurídico pela mediação e a justiça oficial. A análise dos contextos francês e brasileiro confirma o quanto os ideais e o jogo de forças políticas diversas em torno da reconfiguração do Estado foram capazes de influenciar as políticas de administração e de acesso à justiça, transformando-lhes o sentido. Consideradas tais transformações, este estudo identifica, primeiramente, como, nas passagens sucessivas do Estado liberal ao Estado providência e, posteriormente, devido à crise conhecida por este, um “direito de acesso à mediação” pôde emergir relacionado a uma administração da justiça tendo ela igualmente passado por renovação. Foram passados em revista os principais dispositivos franceses e brasileiros de acesso à justiça e à mediação que, concretamente, contribuíram a essa dupla transformação. Duas ideias-forças se depreendem desse contexto.

A primeira concerne à relação intrincada entre a reconfiguração política do Estado e o modelo de administração e de acesso à justiça que dela resulta. A segunda (tratada posteriormente), consequência natural da primeira, refere-se à relação entre administração “da” e o acesso “à” justiça e a emergência de novas normatividades a partir dos processos de mediação. Tratando-se da primeira, demonstramos como, a partir de mudanças importantes de ordem socioeconômica, que exerceram impacto sobre a administração

política da justiça desde fins do século XIX, a questão do acesso à justiça e ao direito amplificou seu campo de incidência, de tal sorte que, progressivamente, ao lado do acesso aos tribunais e aos seus procedimentos, o acesso à mediação de conflitos é reconhecido como um direito dos cidadãos para um tratamento adequado dos conflitos.

No Brasil, depois de uma forte onda de implantação de políticas neoliberais que, nos anos 90, sob os auspícios do Banco Mundial, relegou o Estado ao papel de simples regulador socioeconômico, uma tendência recente parece-se afirmar no sentido de uma retomada pelo Estado de suas funções de regulamentação e administração, justificando a intervenção, por exemplo, nas políticas de acesso à justiça. Tal retomada apresenta, contudo, características advindas dos dois modelos de Estado já mencionados. O Brasil não tendo conhecido de maneira clara nem um nem outro modelo político em estado puro, uma terceira via, notadamente híbrida, parece se desenhar no horizonte das possibilidades. No que concerne especificamente ao acesso à justiça, é possível notar que, ao lado de uma estrutura judiciária poderosa e bastante centralizada, a despeito da forma federativa, o Estado encorajou e encoraja o desenvolvimento de uma vasta rede de acesso ao direito, fundada principalmente nos métodos não autoritários de resolução de conflitos. A mediação figura aqui no primeiro plano. Muito mais do que encorajá-la, o Estado participa dessa rede, de maneira crescente, como ator central⁵. Tal participação aponta para a questão de sabermos se as iniciativas do Estado, notadamente aquelas do Poder Judiciário como ator no meio social, não gerariam um fenômeno de esterilização das iniciativas sociais historicamente ativas naquele contexto, ao invés de reforçar a emancipação social⁶.

5 Para demonstrar tal protagonismo bastaria evocar, por exemplo, iniciativas do Estado brasileiro, em seus diferentes poderes, tendentes a estimular o desenvolvimento dos meios consensuais de resolução de conflitos, haja vista a edição do Novo Código de Processo Civil e da Lei de Mediação (nº 13.140, de 26 de junho de 2015) pelo Poder Legislativo; a Resolução nº 125/2010, pelo Poder Judiciário (Conselho Nacional de Justiça); a edição do Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3) pelo Poder Executivo em 2009. Referidos instrumentos merecem, cada um, uma reflexão apartada e abrangente, que escapa, no entanto, aos fins deste artigo.

6 VERONESE, 2007.

É por essas mesmas razões que, na França, o contexto não se apresenta como menos complexo, levada em conta a hesitação do Estado seja para controlar seja para delegar o poder de gerir as políticas de administração e de acesso à justiça, a partir de uma reacomodação ainda em redefinição entre as forças sociais locais e o Governo. A meio caminho entre centralização e descentralização, uma nova configuração, ainda titubeante, parece abrir caminho a uma plêiade de atores, sem que seus papéis estejam, contudo, perfeitamente definidos. O Estado francês se apresenta como o principal financiador dos projetos que tratam da mediação, enquanto a sociedade civil continua a ser identificada como o berço privilegiado dessas iniciativas. Para ilustrar essa “dinâmica do fluido”, Jacques Faget, a partir do exemplo específico da mediação penal, lembra a existência de uma ação pública caracterizada pelo “esfarelamento dos centros de decisão, a confusão das fronteiras entre setor público e privado, a redefinição dos limites territoriais, a justaposição de racionalidades múltiplas”⁷.

A partir desse quadro, afigura-se difícil prever o futuro modelo de configuração do Estado no que toca à administração e ao acesso à justiça, uma vez que a análise dos dois contextos nacionais deixa entrever pistas sobre as quais vem-se inscrever uma nova trama de atores, de lógicas e de ações capazes de incidir sobre o novo arranjo, independentemente de como ele for. É sobretudo as mudanças que se referem à administração e ao acesso à justiça já observadas que autorizam tal reflexão.

Segundo uma perspectiva tradicional, adotada principalmente sob a era liberal, a administração da justiça, como campo de ação, foi reservada aos atores políticos institucionais, dentre os quais o Governo na França e a União Federal e os Estados membros no Brasil, responsáveis por garantir o controle exclusivo de tal administração. Nesse contexto, a administração da justiça seria considerada apenas sob o ângulo da administração da estrutura judiciária e das políticas governamentais de acesso à justiça. Se o Estado de Bem-Estar Social representou uma clivagem paternalista

7 FAGET, 2005, p. 32, tradução nossa.

de governo, ele não pôde, por outro lado, mostrar-se insensível às demandas dos novos atores sociais que reclamavam a efetividade no acesso aos mecanismos participativos de decisão e controle, além da proteção de novos direitos e de suas novas garantias recíprocas. Assim, uma segunda guinada no conceito de administração da justiça se produziu no sentido de uma mudança significativa na questão do acesso à justiça em si, este termo sendo compreendido para designar, inicialmente, as iniciativas concretas de acesso ao direito, posteriormente, de acesso aos direitos e, mais tarde, de acesso à mediação.

A proteção mínima ofertada pelo Estado Liberal a cidadãos pretensamente iguais em direitos teria sido, assim, substituída pela proteção máxima garantida pelo Estado de Bem-Estar a cidadãos desiguais, e por essa razão, exatamente, protegidos. Depois da consolidação desses novos direitos e atores, a emergência de modos alternativos de resolução de conflitos marcou um terceiro giro no conceito de administração da justiça e, conseqüentemente, no conceito de acesso à justiça. Os exemplos francês e brasileiro testemunham sobre o desenvolvimento de uma “rede não-orgânica ou quase informal”⁸ de serviços jurídicos localizados nas fronteiras dos Estados, à qual o próprio Estado vem se somar para fundar uma “administração plural da justiça”⁹ ou ainda uma “governança da justiça”¹⁰.

Assim, segundo um longo relatório português sobre a justiça na Europa:

Os Estados e as sociedades estão a passo de construir um novo sistema de resolução de litígios no qual as funções do Estado e da sociedade se reconfiguram; parcerias se concretizam entre o público, a comunidade e, eventualmente, o mercado, segundo um novo modelo de justiça, quer dizer, um modelo integrado de resoluções de conflitos, em que a pluralidade dos MARC (modos alternativos de resolução de conflitos) podem constituir tanto uma alternativa aos tribunais (na resolução dos litígios que eles regulam também), quanto um complemento (para os litígios que não chegam aos tribunais) ou um substituto (a partir da

8 SANTOS et al., 2002, p. 387.

9 FALCÃO, 2007, p. 30.

10 SLAKMON; OXHORN, 2006, p. 31.

transferência de competências da resolução de conflitos dos tribunais aos MARC).¹¹

Referida constatação autoriza a metáfora da “quarta onda”, na sequência do que foi identificado pela equipe de Mauro Cappelletti¹² e o *Florence Project*, por ele coordenada, como as “três ondas de acesso à justiça”. Uma “quarta onda” de acesso à justiça, mas também de administração da justiça, pode ser assim observada sob o ângulo de uma possibilidade em se optar pela “melhor” justiça em função de um caso concreto. Uma vez ultrapassada e reconfigurada a questão afeta à preocupação voltada a garantir a consciência e o conhecimento dos direitos e a poder se valer deles perante os tribunais¹³, uma administração da justiça “melhorada” implica coordenar a ação de diversos atores sociais, o Estado incluído, a fim de garantir que os cidadãos possam conhecer e escolher, com propriedade, a maneira mais adequada para administrar, prevenir e resolver seus diferendos. E isto visando escolher, enfim, o acesso à justiça que lhes pareça o mais adequado e legítimo - o recurso à mediação constituindo apenas uma possibilidade dentre outros.

Ocorre que contemplar o direito dos cidadãos de escolher “a” melhor justiça possível no caso a caso pressupõe reconhecê-los como atores de direito, capazes de interpretar e, conseqüentemente, de criar normas, o que confirma a evidência da relação entre emergência de novas normatividades e acesso e administração da justiça. Assim, a pluralidade dos atores de direito na administração e acesso à justiça em si, ligada à pluralidade dos modos de acesso ao direito, representa a possibilidade de cada cidadão reivindicar, poder dizer, interpretar e criar suas próprias normas. Apenas um conceito de direito e de justiça abertos a uma dimensão antropológica é, no entanto, capaz de absorver essa complexidade.

Se no Brasil, como na França, a mediação, como método inscrito na quarta onda de administração e de acesso à justiça, é um componente indiscutível das medidas institucionais e cidadãs

11 SANTOS et al., 2002, p. 12.

12 CAPELLETTI, 1984.

13 CAPELLETTI, 1984.

para acessar a melhor justiça e o melhor direito para um caso particular, seu desenvolvimento conheceu e conhece ainda fases e giros distintos, cruciais para a compreensão da emergência de novas normatividades.

Os métodos ditos “alternativos” de resolução de conflitos conheceram um sucesso considerável nos últimos quarenta anos; a mediação inclusive. Se referido desenvolvimento foi perceptível em diferentes países e culturas, foi sobretudo nos países ocidentais que ele suscitou verdadeiro entusiasmo, permitindo entrever, de uma parte, a crise do modelo oficial de gestão de conflitos até então hegemônico e, de outra, a possibilidade de emergência de um modelo mais adequado às contingências e às necessidades contemporâneas; necessidades estas que serão traduzidas pela participação cidadã e pelo recurso a outros substratos normativos, para além das leis estatais, nos processos de tomada de decisão.

Durante sua breve história, a mediação conheceu, contudo, um desenvolvimento muito movimentado, relacionado, sobretudo, a elementos tais como seus princípios fundadores, seus métodos, seus atores, seus objetivos, seus modos de financiamento e, consequentemente, sua relação com as iniciativas de acesso à justiça já existentes e operantes, governamentais ou não. A dificuldade em conceituá-la seria apenas a expressão de inúmeros desacordos acerca de uma pretensa identidade e unidade em torno da mediação, das quais espera-se garantia em favor da harmonização dos elementos evocados *supra*.

Impõe-se, assim, tanto identificar algumas das causas potenciais do desenvolvimento da mediação, quanto avaliar a consequência da multiplicação das experiências, nos planos teórico e prático, para o desenvolvimento da mesma, utilizando-se, para tanto, do exemplo de algumas iniciativas brasileiras e francesas.

Para compreender o acentuado desenvolvimento da mediação é imprescindível sondar quais são as necessidades a que ela responde. Pois, se de um lado, notou-se um avanço importante nos diferentes métodos de administração de conflitos (por exemplo, a mediação, acompanhada pelas técnicas da comunicação não-violenta ou da cultura da paz), por outro lado, o recurso crescente ao direito oficial, por meio de suas vias institucionalizadas, fez-se igual e fortemente notar.

Enquanto a criação de centros de mediação e a evolução que acompanhou tal prática pôde levar a supor o advento e desenvolvimento de uma ordem jurídica de mais a mais negociada, muitos autores afirmam o contrário, a saber, a confirmação de uma ordem imposta, a partir da extensão do direito oficial a domínios dos quais o mesmo esteve ausente até então, para garantir a gestão de conflitos tratados ordinariamente por outras ordens normativas. Esse tipo de expansão se inscreve em uma dupla via, aquela da “judicialização”, entendida como o crescimento do número de temas tratados pelo Estado e por seu direito oficial, conduzindo ao estabelecimento de novas legislações e, de outra parte, a da “judiciarização”, traduzida pelo número crescente de demandas endereçadas aos tribunais e pelo aumento consequente do volume do contencioso¹⁴.

Nesse sentido, o Livro Verde da Comissão Europeia sobre os modos alternativos de resolução de conflitos lembra os laços evidentes existentes entre as dificuldades de acesso à justiça e a multiplicação dos conflitos que desembocam nos tribunais, gerando, por sua vez, o desenvolvimento incontestado de alternativas à estrutura judiciária. O Ministério da Justiça brasileiro, na exposição de motivos de um relatório relativo às iniciativas alternativas de administração de conflitos¹⁵, descreverá igualmente as relações problemáticas entre a crise do Poder Judiciário e o aumento progressivo das demandas que lhe são endereçadas, advindo da judicialização dos conflitos e de sua consequência natural, a criação acelerada de novos direitos. Por outro lado, a judicialização dos conflitos políticos se vê igualmente traduzida sob a forma da politização do sistema judiciário, levando para o interior da estrutura jurisdicional inúmeros temas não tratados anteriormente pelo direito. Por sua vez, o incessante movimento entre regulamentação e desregulamentação econômica e social contribuirá, fatalmente, por fazer evoluir o perfil das demandas jurídicas.

Diferentemente, outros autores insistentemente sobre a atualidade do processo contrário. Uma obra consagrada ao estudo do fenômeno da judiciarização demonstra, neste sentido, a ambivalência de

14 COMMAILLE, 2000; 2002.

15 BRASIL, 2005.

suas relações com o fenômeno oposto da contratualização. Sob a coordenação de Frédéric Rouvillois, os autores afirmam que:

Se a inflação normativa assola alguns setores da vida social, existem outros domínios em que notamos, pelo contrário, uma retirada do Estado e um processo de desregulamentação. A reflexão relativa à insegurança jurídica e à inflação legislativa é, de fato, nos dias de hoje, amplamente dominada pelo projeto da contratualização da norma jurídica. Tal movimento, que parte da constatação do excesso legislativo e regulamentador, propõe, para contê-lo, reservar à lei um papel de enunciador de princípios fundamentais e confiar às partes interessadas – notadamente aos parceiros sociais – o cuidado de executar tais princípios pela negociação. Essa contratualização já é patente em matéria econômica, em que o processo de liberalização dos mercados induziu a um recuo das regulamentações administrativas em favor de outros modos de regulação, particularmente o contrato¹⁶.

Um contraste aparente parece, assim, se instalar entre contratualização de um lado e judicialização/judiciarização de outro: o volume das leis e dos processos aumentou consideravelmente nos últimos quarenta anos¹⁷ (no campo penal mais visivelmente), ao passo que o crescimento do número de associações de mediação e de outros modos de regulação alternativos à ação oficial do Estado apresentou idêntico comportamento, um grande número de iniciativas tendo sido financiadas pelo próprio Estado. Jean-Pierre Bonafé-Schmitt ilustra esse contraste ao afirmar que a judiciarização e sua tradução, o aumento do contencioso vivido nos anos

16 ROUVILLOIS, 2008, p. 18, tradução nossa.

17 O Conselho de Estado francês será o primeiro, em 2006, a denunciar os riscos de inflação legislativa para a segurança jurídica, ao mencionar em seu relatório anual um aumento de 200 leis/ano, na sequência do qual ele propôs condicionar o envio de um projeto de lei a um estudo de impacto referente, por exemplo, ao custo de elaboração e de aplicação das leis e o número de destinatários. Cf. <http://www.vie-publique.fr/actualite/alaune/droit-quels-remedes-inflation-legislative.html>, consultado no dia 4 de junho de 2018. Por outro lado, J.-P. Bonafé-Schmitt chamava atenção, desde 1987, para um aumento de 50% da demanda jurisdicional em comparação aos dez anos anteriores. Cf. BONAFÉ-SCHMITT, 1987, p. 253. No Brasil, Celso Fernandes Campilongo lembrará do duplo risco imbutido no aumento do volume de leis, do ponto de vista quantitativo, traduzido por “hipertrofia legislativa” e qualitativo (“variabilidade de normas”), para a coerência e inteligibilidade do sistema jurídico. Cf. CAMPILONGO, 1994, p. 122.

setenta e oitenta, não é capaz de dissimular uma outra realidade, qual seja, o advento de um processo crescente de desjudicialização, sobretudo garantido pelo desenvolvimento da mediação, judiciária ou cidadã. Segundo o autor, esse processo representaria uma resposta à crise do modelo racional de regulação judiciária e tenderia a reconhecer um “pluralismo judiciário” ou uma “justiça plural”, resultando, ela mesma, da diversidade das experiências dos modos alternativos de resolução dos conflitos, desenvolvidos seja pelo Estado, ao favorecer mediações “diretas” (financiadas pelo poder público e conduzidas pelos cidadãos), seja pela sociedade civil, a partir dos movimentos associativos¹⁸. O desenvolvimento dessas experiências teria implicado o advento de um processo flagrante de desjudicialização, atrelado à contratualização das relações sociais, exteriores à estrutura judiciária, ratificando uma mudança profunda nos sistemas de regulação social.

O contraste entre contratualização e judicialização/judicialização na origem da mediação poderia representar apenas um exemplo que confirma o modo ocidental de abordagem binária do mundo se ele não evidenciasse uma terceira e crucial posição: no cruzamento de lógicas distintas, o cidadão parece estar perdido e conta tanto com a possibilidade de se desprender de um controle excessivo, quanto ter, ao mesmo tempo, a garantia de proteção de certos direitos. Isso confirma uma postura hesitante do indivíduo, em busca de autonomia e de seu contrário. De um novo paradigma de justiça e de direito espera-se, assim, que ele administre tal complexidade.

Os esforços de países tão diferentes como a França e o Brasil apontam para soluções semelhantes, das quais a mestiçagem entre Estado e sociedade civil aparece como traço distintivo, para vencer a falta de organização e a ininteligibilidade provocadas pelo desenvolvimento das práticas de mediação. Erigir a mediação como projeto de sociedade, assim como o desejou a experiência francesa do *Forum de la Société Civile sur la médiation*, e como política pública de acesso à justiça, tal como pontificado pelo Governo brasileiro, significa reconhecer à sociedade, mas também ao Estado, um lugar

18 BONAFÉ-SCHMITT, 1987.

respectivo na gestão da vida social. Reconhecer essa mestiçagem, de sorte que cada ator possa assumir seu lugar e responsabilidade, permitiria, assim, favorecer a resolução dos dilemas de uma justiça cindida entre democratização de suas instituições e fabricação de práticas baratas que podem, tendencialmente, substituir o direito constitucional de acesso à justiça e suas garantias, afetando, inevitavelmente, a igualdade e a proteção dos direitos.

Tal abordagem abre caminho para que as interações entre mediação e direito oficial sejam sondadas. Assim, uma vez a mediação inscrita nas engrenagens de uma administração plural da justiça; identificados os elementos tendo contribuído à evolução de um direito de acesso à justiça a um direito de acesso à mediação; apresentadas as diferentes necessidades às quais a mediação pretende responder e a dificuldade de proceder a uma harmonização estrutural e conceitual das práticas em exercício, convém trabalhar na elaboração de uma tipologia das práticas de mediação que, levando em conta sua diversidade, não se furte a uma definição que considere os traços essenciais da mediação globalmente considerada, sejam eles ontológicos ou operacionais. Tal tipologia é estabelecida a fim de tornar possível identificar o fenômeno de atualização de algumas noções do direito/justiça oficiais (tais como a segurança, a unidade e o formalismo jurídico) realizada pela mediação. A partir dela, sustentaremos, na Segunda parte deste trabalho, a tese pautada na emergência de novas normatividades, tornada possível pelos traços distintivos identificados.

“Juridicidade”, “pluralismo jurídico” e “internormatividade” parecem evocar a transformação radical que autoriza o advento de uma nova e alargada noção de direito, como conceito genérico, atrelado à relação de indivíduos, de grupos e de sociedades à justiça como valor. Essa transformação impõe o reconhecimento de uma diversidade de atores de direito, de fontes de direito, de procedimentos de direito e, finalmente, de direitos, revestindo aqui o sentido de normatividades particulares. A mediação, a partir de seus elementos indispensáveis, parece ter um papel fundamental nessa evolução.

Assim, a “não-verticalidade”, traduzida na dupla necessidade de não-imposição da mediação e de não-substituição das partes pelo mediador no processo, induziria à responsabilidade

das mesmas, a fim de fazer emergir um protagonismo segundo o qual os cidadãos são habilitados como atores de direito, capazes tanto de negociar como de rejeitar os direitos que já existem ou de criar outros¹⁹. Duas observações se depreendem dessa característica da mediação. A primeira, que se sustenta na evidência, consiste a identificar, por meio desse protagonismo cidadão aumentado, o advento de uma miríade de novos atores de direito, sistematicamente afugentados dos processos de tomada de decisão e reflexão por escolhas autoritárias, mesmo parterneralistas, de gestão de conflitos. A segunda observação consiste em que, assim definida, a não-verticalidade acaba por absorver, e depois por expelir, de modo a realçar suas nuances, duas outras noções ordinariamente atribuídas à mediação, tais como a neutralidade e a imparcialidade. Assim, é P. Milburn que sublinha que a neutralidade reenvia à ausência de diretividade, e a imparcialidade, ao tratamento equânime das partes, enquanto menciona, igualmente, o que para ele é considerado como o “objetivo último da mediação”²⁰, o princípio da equidade.

A mediação disporia, por outro lado, de um “espaço retórico alargado”²¹. Tal elemento, considerado indispensável à mediação, tenderia a realçar o caráter dialogal dessa prática e a dar ênfase ao poder de decisão e de participação das partes. Modo outro, em face da extensão do campo retórico, que varia de maneira proporcionalmente inversa ao aumento da violência nas arenas dos métodos de administração de conflitos, a mediação ofereceria um contexto propício ao desenvolvimento de um processo argumentativo baseado prioritariamente no convencimento – compreendido como

19 Ainda que evidente, importante frisar que a “negociabilidade” do direito não é ilimitada e encontra na noção de direitos indisponíveis e de ordem pública uma importante barreira. Desse modo, evocar uma ‘produção’ do direito impõe evocar igualmente os ‘limites de criação’ do direito. Além de lembrar a dimensão compartilhada do direito na fundação e reprodução social, tais limites restringiriam o afã individualista operante no pano de fundo da multiplicação de direitos subjetivos, tal como demonstrado na sequência do presente estudo.

20 MILBURN, 2002, p. 142.

21 A construção dessa noção partiu dos estudos fundadores de Chaïm Perelman sobre retórica, bem como dos trabalhos de Santos. Cf. PERELMAN, 1979; PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 1988; SANTOS, 2000; 2004.

possibilidade de aceitação de argumentos – e não na persuasão. Miracy B. de S. Gustin lembrará, nesse sentido, que a intervenção fundada na busca do convencimento:

[...] é um sistema (ou um conjunto de procedimentos) contínuo de interações dialógico-argumentativas entre pessoas, grupos e/ou organizações tendo em vista alterar de modo positivo uma situação problemática. Assim, é necessário admitir que a mediação funciona a partir do convencimento das partes, e em função disso, busca essencialmente a promoção da intersubjetividade e da intercompreensão, a partir de um processo pedagógico no qual a linguagem deve ser socializada²².

Nessas condições, a argumentação de cada participante – legitimada no processo de mediação propriamente dito – tem suas premissas de base (que consistem em fatos, verdades e *topoi*) confrontados, mesmo desordenados, pelas premissas avançadas pelos outros participantes, em um debate aberto, visando à identificação do que, na sequência de Chaïm Perelman, B. de Sousa Santos, em sua *novíssima retórica*, chamou de “novas lutas argumentativas”²³. Referidas premissas revisitadas ou “novas lutas argumentativas” se enraizariam na origem dos novos direitos, emergentes nos processos de mediação. Por consequência, uma vez alargados o mosaico de atores habilitados à argumentação e o espaço da argumentação propriamente dita, falta ao presente estudo reconhecer a diversidade dos substratos normativos ou das fontes de direito, aos quais os participantes podem recorrer quando dos processos de tomada de decisão.

É ainda P. Milburn quem lembra que “a mediação intervém claramente em complemento da justiça, levando em conta aspectos das relações humanas de que esta não pode tratar por falta de meios, em particular a dimensão afetiva dos conflitos pessoais”²⁴. A mediação, ao não se inscrever unicamente na seara da “resolução” de conflitos e ao apostar em abordagens mais sistêmicas ou

22 GUSTIN, 2005, p. 198

23 2004, p. 58, tradução nossa.

24 2002, p. 155, tradução nossa.

transformativas, apontaria o “cuidado dos laços sociais” como um de seus objetivos fundamentais.

O cuidado e manutenção desses laços – uma vez que é isso que melhor diferencia a mediação de outros métodos de gestão de conflitos, da adjudicação notadamente – parecem inscrever a mediação, mais do que qualquer outra de suas características, naquilo que foi chamado de “pluri-procedimentalismo”. Segundo este pluralismo, numerosos e diversos ordenamentos procedimentais (mediação, conciliação, negociação, arbitragem, adjudicação etc.) estariam à disposição dos cidadãos a fim de responder às necessidades intrínsecas de cada contexto fático quando da escolha de um procedimento de administração de conflitos. Após os trabalhos fundadores de Niceto Alcalá Zamora y Castillo (1991), a tendência seria a de considerar os métodos de composição de conflitos como procedimentos, uma vez que eles teriam se tornado um conjunto de ações coordenadas lógica e cronologicamente.

Por outro lado, a diversidade de atores participantes do processo – trata-se aqui de estender os limites restritos das fontes normativas oficiais (únicas autorizadas a produzir o direito segundo a perspectiva formalista) a partir de um campo retórico alargado e favorável à argumentação – age de modo a fazer com que a mediação, inscrita em um contexto de pluralismo de procedimentos, proceda ao reconhecimento de numerosos fenômenos normativos, para além do direito oficial, aptos a integrar o grande jogo da regulação social. Esse último elemento indispensável da mediação, identificado como “abertura à internormatividade”, confirma a diversidade dos direitos, qualificada aqui como juridicidade, segundo a tradição jus-antropológica francesa²⁵.

Uma definição que leve em conta os elementos identificados *supra* pode ser então apresentada nos termos seguintes : mediação é um modo não-vertical de regulação social, no qual, pela mobilização de um processo ternário, os cidadãos são associados a fim de criar/reparar laços sociais e/ou prevenir/resolver um conflito, a partir de uma concepção alargada de direitos que considere a diversidade de

25 LE ROY, 1999.

substratos normativos, legitimados no contexto de cada processo específico²⁶.

Tal definição foi fundamental para indexar as práticas de mediação identificadas na França e no Brasil ao longo do trabalho doutoral²⁷, bem como para prosseguir a sondagem das relações entre direito oficial e mediação. A relação entre esta e a justiça oficial descrita *supra*, é, hodiernamente, marcada por uma lógica de mestiçagem. Por consequência, a mediação oscila entre institucionalização e desinstitucionalização, e a justiça oficial, por sua vez, sofre a influência de modificações, das quais a mediação é o principal agente. O presente estudo se propõe a demonstrar que, da relação entre elas, nasce uma atualização de saberes. O verbo “atualizar” é aqui utilizado no seu sentido primeiro, aquele que lhe é ordinariamente atribuído: atualizar, conferir um caráter atual. Várias noções fundamentais ao direito oficial (por exemplo, a segurança, a unidade e o formalismo), assim como as concebem as correntes positivistas, e, de resto, a maioria dos manuais de formação jurídica, sofreriam assim um processo de atualização sob o impulso da mediação. Esta, devido à ação de suas características indispensáveis, lembraria ao direito oficial as condições – únicas – nas quais aquelas noções poderiam ainda fazer sentido no contexto das sociedades ocidentais contemporâneas.

A hipótese se assenta em uma abordagem histórica dos fatos sociais e afirma que as principais noções que fundaram e que continuam a representar o direito oficial, a exemplo das *supra* mencionadas, fazem referência a um momento histórico preciso, datado, que encontraria nos dias de hoje apenas um eco enfraquecido, considerada a evolução social que transformou tanto o perfil do direito como o da justiça²⁸. Esse momento histórico teria reclamado e justificado

26 NICÁCIO, 2013.

27 Tais práticas, bem como os casos concretos que dela pudemos extrair ao longo de doze meses de trabalho de campo, não serão, em razão de escopo, restituídos neste artigo. Para conhecimento, reenviamos o leitor à consulta de NICÁCIO (2013).

28 Jean Carbonnier citará, assim, Georges Gurvitch, um dos primeiros críticos da escola positivista na França, (*L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, 1935), para quem o “monismo jurídico correspondeu a uma situação política

o desenvolvimento de um direito calcado em necessidades específicas. A ideia de um direito único, válido sobre a totalidade de um mesmo território, encontra, assim, sua importância no contexto de emergência e posterior consolidação dos Estados-nação modernos, em uma Europa retalhada, tanto geográfica quanto juridicamente. Igualmente, a necessidade de reduzir a escrito os costumes e de formalizá-los como leis, pelo intermédio de procedimentos estritos, solenes e precisos, acompanha o crescimento das trocas mercantis, que teriam reclamado, por sua vez, tanto o formalismo quanto a unidade do direito, a fim de assegurar a atividade mercantil. Ao mesmo tempo em que a unidade ou o monismo do direito se conformaram na ideia de centralismo político, haja vista a reivindicação das monarquias locais por legitimidade enquanto poder supremo e único, o formalismo marcou com seu signo as condições de validade do direito. Em torno dessas três noções – monismo, formalismo e centralismo – foi, assim, fundado o direito moderno, mas também o Estado moderno, a partir de um amálgama irrefragável entre legitimidade jurídica e legitimidade política, o Estado firmando-se como o único senhor na criação e gestão jurídica. Associadas, tais noções geraram uma maneira específica tanto de fazer o direito quanto de aplicá-lo, que encontrou na corrente positivista seu abrigo ideal. Assim, atrelados ao poder soberano do povo, pelo intermédio de seus representantes, as legislações deveriam exprimir um ideal de bem-comum unívoco, visando estabilizar a vida social; enquanto a aplicação jurídica, levada a cabo unicamente pelas autoridades do Estado, operava-se a partir de uma leitura previsível e automática dos dispositivos legais, segundo um procedimento silogístico.

Chamados a avaliar e a sustentar o nascimento e consolidação dos Estados-nação modernos, referidas noções teriam autorizado a associação do Estado e do direito produzido por suas instituições durante mais de duzentos anos. Ocorre que, ao longo de todo o século vinte, e isso em função, sobretudo, do questio-

contingente à criação dos grandes Estados modernos, em um período que se estende do século XVI ao começo do século XX. Antes, os juristas estavam longe de ter uma concepção tão radical sobre a unidade do direito”. Cf. CARBONNIER, 2001, p. 19, tradução nossa.

namento da ideia de Estado-nação, de soberania e de democracia representativa propriamente ditos, na sequência do desenvolvimento tecnológico, dos movimentos migratórios e da globalização dos mercados, tais noções conheceram uma transformação crucial. Conceitos tais como unidade ou segurança perderam, conseqüentemente, sua importância em favor de outras noções, como adequação ou pluralismo, enquanto a noção de legitimidade, por exemplo, enfraqueceu-se frente à necessidade de participação crescente dos cidadãos nas tomadas de decisão. Essas “novas” noções serão, então, fundamentais, por sua vez, no momento de refundar e consolidar um outro Estado, “pós-moderno” para alguns, que emergirá da crise do modelo precedente. Nessa transição, um olhar revisitado sobre o direito, mas também sobre o Estado e sua justiça, confirma seu caráter histórico, datado, circunstancial. A consideração da necessidade de atualização das antigas noções que conformaram o trinômio direito/justiça/Estado constitui-se, assim, em uma questão não somente de efetividade, mas, sobretudo, de legitimidade.

Desse modo, o presente estudo propõe-se a demonstrar como as noções evocadas podem ser atualizadas pela mediação, em função de suas particularidades, já postas em evidências (tais como a extensão do seu campo retórico; a não-verticalidade; a abertura à internormatividade e o cuidado dos laços sociais). A hipótese de uma atualização, nestes termos colocada, implica continuar a sondar as relações entre direito/justiça oficiais e mediação.

Pretendemos demonstrar que existe entre direito oficial e mediação algumas noções transversais, que mais os aproximam do que os separam, ainda que os mesmos sejam, de ordinário, apresentados como lógicas estanques, que tudo isola e especifica. Essas noções não podem dispensar hodiernamente uma atualização atrelada à realidade social e, conseqüentemente, às suas condições de validade. O direito/justiça oficiais, assim, são legítimos se, e apenas se, levam em conta a plêiade de atores habilitados a participar da cena social, uma vez que a conformidade a critérios pré-estabelecidos para a produção normativa não é mais capaz de, sozinha, conferir-lhes legitimidade. Paralelamente, as tomadas de decisão unicamente baseadas sobre o critério da legalidade, desrespeitando-se noções como a de equidade, tendem a ser menos aceitas, uma vez que a

racionalidade, que serviu até há pouco como fundamento da legalidade, enfrenta a concorrência direta da noção de razoabilidade, que evoca, por sua vez, um julgamento de adequação e de oportunidade quando das decisões. O mesmo ocorre no que toca ao processo: a “instrumentalidade” das formas, quer dizer, a importância acordada, em particular, aos fins do processo e, em geral, aos fins do direito e da justiça propriamente ditos, deve ser privilegiada, pois que o processo não se constitui em simples e inevitável sucessão de ritos, mas, ao contrário, reveste-se de uma dimensão teleológica²⁹.

Assim, trabalhamos com a hipótese segundo a qual essas noções do direito e da justiça oficiais – presentes no coração de toda mediação – podem ser atualizadas, do momento em que essas instâncias entram em contato entre si. Se o protagonismo cidadão, reclamado pela mediação, excede o contexto de ação dos jurisdicionados dependentes da intervenção do juiz, ele insiste igualmente na importância de uma participação mínima como condição *sine qua non* para legitimar a prestação jurisdicional propriamente dita. Paralelamente, a abertura a outros substratos normativos, tornada possível graças à mediação, seria um convite a que se levem em conta critérios tais como a equidade ou a adequação quando de processos argumentativos de tomada de decisão, o que nos remete à questão da juridicidade.

PARTE 2: O ALARGAMENTO DOS PARÂMETROS DA JURIDICIDADE

Além da atualização descrita acima, a mediação parece estar na origem do alargamento dos parâmetros da juridicidade, tal como propomos a demonstrar nessa segunda parte. Esse processo é identificado e sondado no contexto do último século ou do “curto século vinte”, segundo Eric Hobsbawm. Para dar conta das transformações que o marcaram, várias metáforas foram propostas e isso em quase todos os domínios da vida social. Poderíamos, por exemplo, evocar atributos tais como ‘flexível’, ‘solúvel’, ‘gazoso’, ‘flácido’, ‘mole’, ‘macio’, ‘líquido’, a fim de demonstrar que o direito viveu e sofreu

29 DINAMARCO, 2009.

modificações tão flagrantes quanto difíceis de serem mensuradas, que podem fazer crer tanto em uma certa “desmaterialização” do direito, quanto em uma “gradação” da normatividade.

Assim, o presente estudo pretende passar em revista um certo número de aportes teóricos que contribuem para apreender o processo de desmaterialização do direito, localizada na evolução de um registro de “controle social” àquele da “regulação social”. Nesta passagem, um direito escrito, obrigatório, previsto por e a partir de fórmulas solenes, cujo centro de gravidade é a força de coerção do Estado, coexiste com um direito diferente, dito mole, macio, flácido, gazoso, flexível, solúvel, líquido etc., cuja filiação e modos de emergência restam difíceis de serem fixados, assim como a intensidade de seus efeitos, difícil de ser medida.

O processo de desmaterialização evocado torna-se perceptível sobretudo pelo intermédio da noção de uma eventual gradação normativa. Tal gradação, ao se recusar a delimitar claramente as fronteiras entre registros jurídicos mais ou menos coercitivos, parece apresentar dois méritos: primeiramente, o de abrir o “leque” normativo a numerosos instrumentos que, segundo uma concepção clássica do direito, não encontrariam lugar no terreno jurídico; em segundo lugar, agindo desse modo, a gradação normativa admite a possibilidade de interlegalidade ou de “legalidade porosa” entre os diversos registros jurídicos encontrados. Assim, as normas pouco coercitivas podem encontrar sustentação em normas mais coercitivas, das quais elas constituem um horizonte evitado.

A análise desse tipo de hipótese de gradação conduz, contudo, a considerar o obstáculo seguinte: uma diferença de graus de força normativa pode fazer crer na existência de alguns direitos que seriam mais “jurídicos” do que outros, apontando para um retorno melancólico à sanção como critério de um direito dito “autêntico” ou “puro”. Trata-se, no entanto, de graus diferentes de coercibilidade e de sancionabilidade, e não de juridicidade. Assim, torna-se admissível a apresentação de uma contra-hipótese segundo a qual a juridicidade ou normatividade jurídica seria idêntica para cada um dos diversos registros ou substratos normativos considerados, uma vez que as normas são justificadas em seu contexto concreto de aplicação normativa. Nesse contexto, a adequação entre regis-

tro normativo escolhido e o caso concreto particular serviria de parâmetro para a apreciação da juridicidade de uma dada norma, bem como o grau de adesão de indivíduos ou grupos a tal registro. Em concorrência ou tensão permanente, o direito oficial, não mais fortemente que outros instrumentos normativos, poderia ser convocado a regular uma situação dada. Assim, uma norma produzida por partes envolvidas em um conflito ou em um diferendo poderia suscitar mais adesão, e consequentemente mais observação/respeito, do que uma norma de direito positivo.

Segundo uma hipótese assim apresentada, a juridicidade tenderia a coincidir com a normatividade, uma normatividade jurídica, coexistente com outras normatividades. O estudo de alguns casos concretos de mediação nos conduziu a desvelar que a normatividade jurídica ou a juridicidade, assim consideradas, abrem uma margem quase infinita à criação de novos direitos *sui generis*. E isso porque os indivíduos, os grupos, as associações, as empresas etc., criam e reivindicam – como jurídicos – normas pontuais, apropriadas a contextos determinados. Tal possibilidade, no entanto, poderia fazer crer, bem mais do que em uma desmaterialização do direito, em uma mercantilização do direito. Ocorre que isso não se dá exatamente dessa forma, uma vez que existem resistências atuantes, o que este estudo, finalmente, também pretende demonstrar.

Na sequência, nosso artigo aponta que, no que concerne à emergência de novos direitos e ao alargamento da juridicidade, a referência à abertura operada pela antropologia jurídica reveste um duplo significado: o primeiro se refere à crítica do contratualismo, fenômeno diretamente ligado a uma pretensa retirada do Estado, como “garantidor da palavra empenhada” na origem dos contratos, em favor da autonomia de cada indivíduo; o segundo se refere ao aporte da antropologia na demonstração da existência, para além do império do contrato, de outras fontes igualmente mobilizáveis para a produção normativa, a exemplo da dádiva ou do status, que, combinados entre eles, satisfariam igualmente à produção e à reprodução dos laços sociais.

Os antropólogos do passado deram o passo inicial: relações estatutárias e contratuais não se excluem, “toda sociedade é ao mesmo tempo contratual e estatutária, ainda que em graus

diferentes”, afirmarão R. Redfield (1950) e E. Adamson-Hoebel (1964)³⁰. Os autores contemporâneos, detentores de uma chave de leitura que privilegia um olhar multidisciplinar da realidade social, avançam hipóteses mais ousadas ao afirmarem que as relações entre lógicas normativas diferentes estão longe de serem lineares (dirigidas segundo uma perspectiva evolucionista) e dissimulam numerosos mecanismos delicados de ocultação, de tensão ou ainda de dominação.

Assim, uma lógica pretensamente hegemônica privilegiando o contrato como instrumento primeiro da realização humana não resiste a análises empíricas que revelam um entrelaçamento desordenado e persistente de diferentes registros normativos na produção e reprodução social. Em contextos tão distanciados quanto distintos, essas diferentes lógicas operantes desenham, em tensão umas com as outras, a paisagem sociojurídica.

A forte tendência ao contratualismo nas sociedades ocidentais, longe de se erigir em prova de boa saúde de sua autonomia e emancipação, pode, ao contrário, denunciar um déficit importante na função instituinte do Estado e de seu direito³¹. Libertos de seu dever com relação a Deus e à tradição, os indivíduos encontrariam apenas na felicidade própria a cada um o critério do que é “justo, bom e desejável”³². As obrigações seriam, assim, fundadas unicamente no acordo dos obrigados, ao passo que tal acordo tornar-se-ia condição suficiente de existência da obrigação. Porém, como se afirma, “um mundo onde cada um se encontra atrelado a seus compromissos apenas à medida em que isso lhe convém, é um mundo em que a palavra não tem mais valor”³³, em que a multiplicação de direitos se confunde com a mercantilização de direitos.

Em um contexto em que pululam direitos e a pulverização do Estado como instituinte de um mundo comum e compartilhado parece inevitável, a demonstração da existência de uma pluralidade

30 Cf. Para uma análise criteriosa desses trabalhos fundadores, cf. ROULAND, 1988.

31 SUPIOT, 2009.

32 CAILLÉ, 2003, p. 153, tradução nossa.

33 SUPIOT, 2009, p. 174, tradução nossa.

de registros normativos regindo as trocas sociais parece tornar-se pertinente. A perspectiva da dádiva, assim como a concebe Marcel Mauss (2007), associada à construção das relações sociais, parece significar um contraponto interessante à mercantilização do direito e das relações. Nesse contexto, a mediação configura-se como um mecanismo híbrido, uma vez que ela ratifica tanto a importância do direito oficial quanto a existência e a pertinência de outras fontes mobilizáveis para a produção normativa.

Nossa hipótese é de que a mediação torna possível a emergência de novas normatividades, identificadas como tecnologias sociais quotidianas que organizam a vida dos indivíduos, famílias, grupos, associações, empresas etc. Ao operar desse modo, a mediação contribui para alargar os parâmetros da juridicidade ou normatividade jurídica. Tal alargamento, efetuado por meio das características indispensáveis da mediação (a não-verticalidade; a extensão do espaço retórico; o cuidado dos laços sociais e a abertura à inter-normatividade), participa da criação de direitos “sob medida”, em um contexto que associa ao mesmo tempo espontaneidade e senso de adequação, mas também o princípio de compromisso ao qual as pessoas implicadas subscrevem e ao qual são igualmente submetidas. Se um processo assim descrito traduz um giro copérnico com relação à formulação da criação normativa tradicional, ao restituir um lugar maior ao investimento pessoal dos atores, ele erige, por outro lado, uma ponte entre as normatividades emergentes e o direito oficial, uma vez que ele ratifica a importância deste no grande jogo da concertação social.

Dedicar-se a demonstrar tal dinâmica impõe uma passagem obrigatória pela já mencionada teoria da juridicidade de Étienne Le Roy (1999), a fim de associar aos fundamentos da juridicidade já identificados por este autor (normas gerais e impessoais, NGI; modelos de comportamentos e de condutas, MCC e sistemas de disposições duráveis, SDD/*habitus*), um quarto registro normativo, de natureza diversa, o qual nomeamos de “novas e pontuais tecnologias quotidianas”, NPTQ. A demonstração deste novo registro normativo intervém, tal como a análise de casos concretos apontou, em todo e qualquer contexto socioeconômico, contrariando aqueles que atribuem à mediação o signo de uma sub-justiça. Referidas

NPTQ apresentam pelo menos dois traços específicos, justificando o recurso a uma quarta categoria: primeiramente, elas fazem referência a um direito identificado como tal em função do acordo das partes, sem que isso signifique desaprovação às críticas sobre a febre contratualista acima avançadas; em segundo lugar, elas se estabelecem como modelo de ação para “uso único”, adaptadas às particularidades de um caso específico, dificilmente reproduzíveis em outras situações, ainda que semelhantes³⁴.

Ao não se deixar apreender por meio de processos estabilizadores visando a modelá-las a fim de uma reprodução ulterior (a exemplo de um contrato de adesão) e ao se afirmar como “o” direito do caso concreto, a partir de uma justificação compartilhada entre as pessoas concernidas, as NPTQ suscitam a dimensão fática e axiológica da validade do direito propriamente dito. Esquecidas pelos juristas clássicos, referenciados primordialmente à validade formal, a efetividade e a legitimidade ganham de volta seus lugares no campo aberto da (e pela) mediação³⁵. Neste campo, as “novas e pontuais tecnologias quotidianas” afirmam sua vitalidade, sobretudo, em razão da confiança que os cidadãos lhes testemunham, à medida em que se trata de uma produção normativa que lhes pertence, e apenas a eles, pela qual os mesmos ratificam a prioridade incontestável que decidem atribuir às relações em questão.

Oportuna se faz a reafirmação segundo a qual a relação entre multiplicação de direitos e mercantilização de direitos evocados neste trabalho poderia gerar, por engano, uma leitura equivocada das últimas considerações. A emergência normativa pela mediação, tratada *supra*, seria assim, paradoxalmente, um argumento não a favor da integridade do direito, mas da sua pulverização em direitos subjetivos hiper-específicos e exclusivos para algumas situações, em detrimento de outros. Dito de outro modo, a hipótese de um quarto “pé” da juridicidade, materializado nas “novas e pontuais tecnologias quotidianas” faria referência a um tipo de normatividade em seu

34 NICÁCIO, 2013.

35 A concepção de uma validade multiforme é inspirada de OST e VAN DE KERCHOVE (2002).

mais alto grau de desmaterialização, que desconsideraria as críticas endereçadas ao contratualismo e ao individualismo, que o presente estudo pretendeu realçar. No entanto, longe de ser contraditório, é à percepção de uma relação de complementaridade que este trabalho intentou convidar o leitor. As normatividades advindas dos processos de mediação, porque culturalmente situadas, reenviam, ao contrário, a um quadro jurídico que engloba referências normativas compartilhadas, a lei oficial estando aqui também compreendida. As “novas e pontuais tecnologias quotidianas”, ao apontar para a possibilidade de se projetarem para além do direito oficial, a fim de encontrar a solução mais adaptada ao caso concreto, lembram e reafirmam firmemente, ao fazê-lo, aquele mesmo direito. Ocorre que a possibilidade de identificar tais tecnologias quotidianas, pontuais e efêmeras, como normatividade jurídica, implica questionar sem equívoco a maneira pela qual o indivíduo percebe o direito, questionamento que, por sua vez, situa-se à origem das discussões sobre socialização jurídica. Tais discussões são finalmente, neste momento, analisadas.

Das grades curriculares do estudante de direito à formação de juízes, das práticas populares e associativas às iniciativas governamentais, e atingindo contextos tão numerosos quanto diversos, a mediação é proposta, já há alguns anos, como uma possibilidade de mudança no que se refere ao tratamento de conflitos. O enfoque baseado, sobretudo, na “resolução” de conflitos, embora predominante, parece-nos restritivo e não faz justiça a outras possibilidades de atuação igualmente abertas pela mediação. Uma dessas vias seria o uso da mediação como instrumento de socialização jurídica³⁶, contribuindo não somente para uma mudança quanto à forma de resolver conflitos, mas, de modo mais englobante, também para a reconfiguração da relação de indivíduos e grupos com o direito propriamente dito. Tal direito não se refere unicamente ao direito oficial, fixado em leis e códigos, imposto pela coerção legítima do Estado. Trata-se de um direito mais abrangente, identificado, como vimos, na noção de juridicidade ou de normatividade jurídica, em

36 KOURILSKY, 1990; 1991; 1997; COMMAILLE, 1997.

que um conjunto de registros normativos coexiste, em tensão, com o direito dos códigos. Em um contexto assim apresentado, a aptidão da mediação para fazer emergir normatividades “sob medida”, ancora-se na evidência, uma vez integrada na vida dos indivíduos e dos grupos como uma ferramenta cotidiana permitindo o exercício alargado da cidadania.

Ocorre que as experiências de mediação, ainda que gozem, teoricamente, de considerável prestígio, não parecem, concretamente, já terem emplacado de forma substantiva na escolha e avaliação dos cidadãos³⁷. Tal assimetria se explica, em parte, pela dificuldade desses cidadãos em se desprenderem de um registro único e coercitivo de direito, estabelecido de cima para baixo, a outro, mais maleável e aberto, co-construído socialmente por diversos atores. As iniciativas de mediação, a despeito de seus objetivos arrojados de transformação sociojurídica, parecem intervir tardiamente na cadeia de apreensão e compreensão do direito, o que dificulta ou mesmo impossibilita mudanças mais tangíveis. Mediante essa constatação, postula-se que o contato de crianças e jovens com os princípios básicos da mediação, desde os primeiros anos de seu processo de socialização, pode representar um passo importante para uma cultura jurídica transformada, que leve em conta a pluralidade de fontes de direito, de atores de direito, de modalidades de gestão de conflitos e, sobretudo, de registros normativos. A escola seria, segundo essa perspectiva, um vetor para “organizar o pluralismo” em direção a uma cultura mais pacífica de resolução de conflitos e mais emancipada de produção e reprodução sociojurídica³⁸.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em guisa de conclusão, é oportuno retomar as questões levantadas no início deste trabalho, referentes às características de um novo modelo de direito e de justiça mais participativos para

37 ROMÃO, 2009; FAGET, 2010.

38 Nesse sentido, Gilda Nicolau afirma que “organizar o pluralismo, tendo em vista a regulação cada vez mais pacífica dos conflitos, não é apenas um trabalho para os operadores do direito, mas para todos”. Cf. NICOLAU, 2010, p. 115.

as sociedades ocidentais contemporâneas e a maneira pela qual a mediação contribuiria para seu desenvolvimento. Definitivamente, o desenvolvimento da mediação não é, de modo algum, sem consequência na reconfiguração das representações dos cidadãos sobre a justiça e o direito oficiais, em um contexto de abandono progressivo do referencial institucional/autoritário na regulação social em geral e no tratamento dos conflitos em particular. Um novo modelo de justiça e de direito é, em nossos dias, inspirado por uma ambição por mais participação social, o que, ao mesmo tempo, coloca em xeque a pretensão centralizadora do Estado e, à prova, o potencial autonomisante da mediação. Assim, a dialética entre os sistemas oficial e não-oficial de tratamento de conflitos mostra-se em condições de contribuir para uma melhor configuração do papel do direito e de seus atores nas sociedades contemporâneas. Tal dialética é fundamental, haja vista que os diferentes modos de tratamento de conflitos permanecem, cada um dentre eles e todos globalmente considerados, limitados e, em virtude disso, passíveis de aperfeiçoamento.

REFERÊNCIAS

BONAFÉ-SCHMITT, Jean-Pierre. La part et le rôle joués par les modes informels de règlement des litiges dans le développement d'un pluralisme judiciaire (Étude comparative France-USA). Paris: L.G.D.J, *Droit et Société*, v. 6, 1987, p. 253-275.

_____. *La médiation, une justice douce*. Paris : Syros-Alternatives, 1992.

BRASIL. Sistemas Alternativos de Solução e Administração de Conflito. Mapeamento nacional de programas públicos e não-governamentais. Ministério da Justiça, 2005.

CAILLÉ, Alain. *Critique de la raison utilitariste*. Paris: La Découverte, 2003.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. O judiciário e a democracia no Brasil. *Revista USP*, v. 21, março/abril/maio, São Paulo, 1994, p. 116-125.

CAPPELLETTI, Mauro (dir.). *Accès à la Justice et État-Providence*. Paris: Publications de l'Institut Universitaire Européen, 1984.

CARBONNIER, Jean. **Flexible droit**, pour une sociologie du droit sans rigueur. 10^{ème} édition. Paris: L.G.D.J., 2001.

COMMAILLE, Jacques. “La socialisation juridique et les nouvelles formes de régulation juridico-politique”, dans *Socialisation juridique et conscience du droit*, C. Kourilsky-Augeven (dir.), Paris, LGDJ, **Droit et Société**, Recherches et Travaux, n° 2, 1997, p. 187-191.

_____. **La judiciarisation**. Une nouvelle économie de la légalité face au social et au politique ?. Note de bilan d'étape du groupe « Judiciarisation de la société et du politique », CERAT, 17 février 2002.

COMMAILLE et *alii.* (dir.). La juridicisation du politique, leçons scientifiques. Paris: L.G.D.J, **Droit et Société**, n° 7, 2000.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14^a edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

FAGET, Jacques. Médiation et action publique: la dynamique du fluide. *In*: FAGET, J. (dir.). **Médiation et action publique**: la dynamique du fluide. Pessac: Presses Universitaires de Bordeaux, 2005, p. 11-35.

_____. **Médiations, les ateliers silencieux de la démocratie**. Toulouse : Erès, Collection Trajets, 2010.

FALCÃO, Joaquim. O futuro é plural: administração de justiça no Brasil. *Revista USP*, n° 74, 2007, São Paulo, USP, p. 22-35.

GUSTIN, Miracy B. de S. Resgate dos direitos humanos em situações adversas de países periféricos. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 47, 2005, p. 181-216.

KOURILSKY, Chantal. **Les processus de socialisation juridique : la formation des connaissances et des représentations du droit avant l'âge adulte**, Rapport final, Centre National de la recherche scientifique, Institut de recherches comparatives sur les institutions et le droit, décembre 1990.

_____. Socialisation juridique et identité du sujet. **Droit et société**, n° 19, 1991, p. 272-289.

KOURILSKY-AUGEVEN, Chantal (dir.). Socialisation juridique et conscience du droit. Paris : LGDJ, **Droit et Société**, Recherches et Travaux, n° 2, 1997.

LE ROY, Etienne. Le jeu des lois, une anthropologie ‘dynamique’ du droit. Paris: Maison des Sciences de l’Homme, L.G.D.J, **Droit et Société**, n° 28, 1999.

MAUSS, Marcel. **Essai sur le don, forme et raison de l’échange dans les sociétés archaïques**. Paris : Quadrige - PUF, 2007.

MILBURN, Philip. **La médiation: expériences et compétences**. Alternatives Sociales. Paris: La découverte, 2002.

NICÁCIO, Camila S. **Des normes et des liens**, médiation et complexité juridique. Saarbrücken: Presses Académiques Francophones, PAF, 2013.

NICOLAU, Gilda. Être parent aujourd’hui, entre fait et droit. *In*: JACQUES, Philippe (dir.). **Être parent aujourd’hui**. Paris: Dalloz, 2010. p. 101-120.

OST, François; VAN DE KERCHOVE, Michel. **De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit**. Bruxelles: Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002.

PERELMAN, Chaïm. **Logique juridique, nouvelle rhétorique**. 2^{ème} édition. Paris: Dalloz, 1979.

_____ ; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Traité de l’argumentation, la nouvelle rhétorique**. 5^{ème} édition. Bruxelles: Éditions de l’Université de Bruxelles, 1988.

ROMÃO, José Eduardo Elias (dir.). **Pesquisa de avaliação da qualidade do programa mediação de conflitos**. Secretaria de Estado de Defesa Social, Superintendência de Avaliação e Qualidade da Atuação do Sistema de Defesa Social, Belo Horizonte - Minas Gerais, dezembro, 2009.

ROULAND, Norbert. **Anthropologie juridique**. Paris: PUF, 1988.

ROUVILLOIS, Frédéric (dir.). **La société au risque de la judiciarisation**, Colloques et débats, LexisNexis, Litec, 2008, Actes du colloque organisé par la Fondation pour l’innovation politique, novembre 2006/avril 2007.

SLAKMON, Catherine; OXHORN, Philip, O poder de atuação dos cidadãos e a micro-governança da justiça no Brasil. *In*: Catherine Slakmon et al. (Org.). **Novas Direções na Governança da Justiça e da Segurança**. Brasília-DF, Ministério da Justiça, 2006, p. 31-58.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente, contra o desperdício da experiência**. São Paulo : Cortez, 2000.

_____. Vers un nouveau sens commun juridique. Droit, Science et politique dans la transition paradigmatique. Paris: L.G.D.J, **Droit et Société**, v. 39, 2004.

SANTOS, Boaventura de S. e *al* (Org.). **O acesso ao direito e à justiça: um direito fundamental em questão**, Observatório Permanente da Justiça Portuguesa. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, 2002.

SUPIOT, Alain. **Homo juridicus**. Paris: Points, 2009.

VERONESE, Alexandre. Projetos Judiciários de acesso à justiça: entre assistência social e serviços legais. **Revista Direito Getúlio Vargas**, v. 3, nº 1, jan-jun 2007: 013, p. 13-34.

ZAMORA, N. A. **Proceso, autocomposición y autodefensa**. Cidade del México: Universidad Autonoma Nacional del Mexico, 1991.

VIE PUBLIQUE, <http://www.vie-publique.fr/actualite/alaune/droit-quels-remedes-inflation-legislative.html>, consultado no dia 4 de junho de 2018.

Recebido em: 10/08/2018

Aprovado em: 24/09/2018

