

PLURALISMO JURÍDICO E MEDIAÇÃO: POSSIBILIDADES PARA UM DIREITO EMANCIPATÓRIO

LEGAL PLURALISM AND MEDIATION: POSSIBILITIES FOR AN EMANCIPATORY LAW

Guilherme Maciulevicius Mungo Brasil^I 

Antonio Hilario Aguilera Urquiza^{II} 

^I Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil.
E-mail: glhrmbrsl@gmail.com

^{II} Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil.
E-mail: hilarioaguilera@gmail.com

Resumo: O Estado não é a origem única do direito, tampouco sua fonte principal. De acordo com o pluralismo jurídico, existem, de forma paralela ao direito legislado, nascedouros válidos do direito, em especial das relações sociais advindas de grupos coletivos coordenados, de suas demandas externas e articulações internas. O problema de pesquisa encontrado é: como concretizar essa forma não oficial de direito? A hipótese é de que a mediação, como forma autocompositiva de resolução de conflitos, é instrumento possível e adequado para esse fim. O objetivo do trabalho é compreender como a concepção teórica do pluralismo jurídico pode se valer do método da mediação para se efetivar, em um cotejo recíproco entre as ideias que lhes dão base. Empregando o método dedutivo, com fim exploratório e descritivo e meio bibliográfico, o artigo descreve o pluralismo jurídico, com enfoque em sua vertente comunitária e participativa e, após, ao descrever o espaço de solução de conflitos que foge ao normativismo oficial da mediação, indica que esse espaço é propício à concretização de um direito extraoficial, alinha-se com os ideais pluralistas de democratização, descentralização da justiça e desenvolvimento processos conducentes a uma racionalidade emancipatória.

Palavras-chave: Direito alternativo. Direito paralelo. Direito dos oprimidos. Justiça multiportas. Resolução consensual.

Abstract: The State is not the sole source of law, nor its principal source. According to legal pluralism, there is, beside the legislated law, valid sources of law, especially the social relations derived from coordinated collective groups, their external demands and internal articulations. The research problem encountered is: how to realize this unofficial form of law? The hypothesis is that mediation, as an autocompositive form of conflict resolution, is a possible and adequate instrument for this purpose. The objective of this work is to understand how the theoretical conception of legal pluralism can use the method of mediation to be effective, in a reciprocal comparison between the ideas that underlie them. Using the deductive method, with an



DOI: <http://dx.doi.org/10.20912/rdc.v15i37.217>

Recebido em: 17.07.2019

Aceito em: 08.07.2020



Esta obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-SemDerivações 4.0 Internacional.

exploratory and descriptive purpose and a bibliographical mean, the article describes legal pluralism, focusing on its communitary and participatory aspect, and then, as describes the space for conflict resolution that escapes the official norms of mediation, indicates that this space is conducive to the realization of an unofficial right, with is aligned with the pluralistic ideals of democratization, decentralization of justice and development leading to an emancipatory rationality.

Keywords: Alternative law. Parallel law. Right of the oppressed. Multidoor justice. Consensual resolution.

1 Introdução

O direito, compreendido como plexo de normas que regula a conduta humana, é um fenômeno social não monopolizado pelo Estado. De acordo com a vertente teórica do pluralismo jurídico, o direito é algo vivo e dinâmico que emerge de múltiplas fontes, em especial das relações advindas de grupos coletivos coordenados, de suas demandas externas e articulações internas. Por isso, o direito real é, na verdade, extralegal, não se resumindo ao positivismo e ao dogmatismo. O direito formal, advindo do Estado, mostra-se, em geral, inefetivo na atividade de regulação social e comumente mero mantenedor do estado de coisas atual, muitas vezes incapaz de garantir avanços sociais.

A concepção de um direito extralegal, alternativo, paralelo, não-oficial, pluralista ou achado na rua dá as bases para a compreensão de formas de direito que, fugindo do dogmatismo, criam espaço para promoção de mudanças sociais, possibilitando passos rumo a uma sociedade efetivamente igualitária e justa. Essa saída mostra-se válida pois a História já demonstrou que as formas de avanço social pautadas na mudança do direito estatal falharam: as revoluções trouxeram consigo estados iguais aos que sublevaram ou até mais gravosos em relação aos direitos humanos; a alteração social pela via da produção de leis em Estados minguados e em crise no contexto da globalização, além de fortemente influenciados pelo capital, tampouco tem se mostrado efetiva. A proposta não é anárquica e não expurga o direito estatal, mas reconhece a existência de fontes do direito que transcendem as meras previsões legais.

As correntes pluralistas do direito ganharam força no Brasil a partir da década de 1980, em contraposição à Ditadura, mas encontraram resistência em sua implementação. Eram bastante criticadas, em especial, pelo fato de se aplicar um direito extralegal em processos judiciais, como realizado pelos juízes do movimento gaúcho do Direito Alternativo, que proferiam sentenças *contra legem*.

Fixadas essas premissas, surge o problema de pesquisa sobre como concretizar validamente um direito não positivado, paralelo à atividade legislativa do Estado. É aí que se percebe na mediação, como forma de solução de conflitos, um espaço que foge da normatividade e que, reconhecidamente, promove emancipação social, uma concepção

ativa de cidadania e de aperfeiçoamento democrático. Isso porque, na mediação, as questões postas não são solucionadas por um terceiro, o Estado em sua função jurisdicional, mas pelos próprios envolvidos, empoderados, de acordo não com a lei positivada, mas em conformidade com suas necessidades, expectativas e limitações reais, fortalecendo e aprimorando as relações entre os envolvidos.

Pretende-se, pois, como objetivo do trabalho, compreender como a concepção teórica do pluralismo jurídico pode se valer do método da mediação para se efetivar, em um cotejo recíproco entre as ideias que lhes dão base. Para cumprir esse desiderato, o trabalho apresenta dois objetivos específicos: descrever os principais traços teóricos do pluralismo jurídico, pautado na existência de direitos extralegais; e descrever a relação entre mediação e direito extralegal, explorando sua relação com as noções pluralistas.

O tema se justifica pela necessidade de aperfeiçoamento das teorias do pluralismo jurídico, tornando-as viáveis, bem assim pela atualidade do tema mediação, tendência crescente como forma de solução de conflitos. Ademais, a junção das ideias de pluralismo com o *locus* de resolução de conflitos próprio da mediação, em que se foge do direito estatal e se cria um direito dinâmico e vivo para aquela situação específica, tem a potencialidade de alterar a forma como o próprio direito e as soluções de conflitos são vistos, estudados e aplicados.

O presente trabalho, por meio do enfoque jurídico-sociológico e com o uso de pesquisa exploratória (é feita a aproximação do objeto de pesquisa em abordagem pouco usual), descritiva (descreve-se o estado da arte em relação à temática), bibliográfica (partirá de fontes secundárias já escritas sobre o tema), apresentará, no primeiro ponto do desenvolvimento, o pluralismo jurídico, com enfoque em sua vertente comunitária e participativa; no segundo, ao se descrever o espaço de solução de conflitos que foge ao normativismo oficial da mediação, indicará que esse espaço é propício à concretização de um direito paralelo.

2 Pluralismo jurídico

O pluralismo jurídico contemporâneo tem como base fundamental a premissa de que o “Estado tende a deixar de ser considerado, quer como a origem única do direito, quer como a fonte da sua legitimação última”¹. Com efeito, António Manuel Hespanha, em uma perspectiva pluralista ou “pós-estadualista”, afirma que no Direito do século XXI, inserido no contexto da globalização – com Estados minguados² e relações em massa cada

1 HESPANHA, António Manuel. *Pluralismo Jurídico e Direito Democrático*. São Paulo: Annablume, 2013, n.p.

2 Os Estados, com a globalização, debilitaram-se, perdendo o domínio sobre as variáveis que influem na sua economia e no seu poder de regulação social. Conforme Bauman: “A liberdade política do Estado é incansavelmente erodida pelos novos poderes globais providos das terríveis armas da extraterritorialidade, velocidade de movimento e capacidade de evasão e fuga” (BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2011, p. 231).

vez mais fluídas e dinâmicas –, as pessoas tendem a procurar o Direito “autêntico” em fontes não-estatais: na organização da vida corrente; nas práticas estabelecidas ou nas inevitáveis leis dos negócios; naquilo que é considerado como correto em certo ramo de atividade; nas normas que são estabelecidas pelas organizações representativas de um setor específico do trato social; nas normas de direito supra estadual; nos consensos e acordos que as pessoas estabelecem entre si para regular relações entre elas; nas rotinas e usos comuns e assentes. O autor, a partir dessas constatações, propõe inclusive a reestruturação da Teoria do Direito³.

Bem exemplifica essa dinâmica de múltiplas fontes do Direito, notadamente as advindas das relações internas e externas de grupos sociais, a situação analisada por Boaventura de Souza Santos. O autor verificou empiricamente as ideias pluralistas, por meio de um estudo sociológico na comunidade do Jacarezinho, na cidade do Rio de Janeiro. Lá, o sociólogo constatou a coexistência de um direito oficial – aplicado pelos opressores – com o direito extraoficial – dos oprimidos –, servindo o segundo como estratégia alternativa de legalidade interna, paralela à oficial. A par das instituições estatais, a realidade da favela revelou uma outra forma de organização social e de resolução de conflitos, de modo que o sociólogo conclui que essa forma pluralista de direito, embora não seja revolucionária, “visa a resolver conflitos interclassistas num espaço social marginal, representando uma tentativa de neutralizar os efeitos da aplicação do direito capitalista de propriedade no seio das favelas”⁴. Não à toa que Boaventura concluirá, em outro trabalho, que

de um ponto de vista sociológico, as sociedades são judicialmente plurais, circulam nelas vários sistemas jurídicos e judiciais, e o sistema jurídico estatal nem sempre é, sequer, o mais importante na gestão normativa do quotidiano da grande maioria dos cidadãos⁵.

Com essas bases, afirma-se que a reivindicação e a defesa do pluralismo jurídico se dá em dois níveis no Brasil: “(a) a instância teórica representada pelo *‘pluralismo jurídico comunitário-participativo’*, que tem como principal expoente Antonio Carlos Wolkmer; e (b) a perspectiva prática, configurada no movimento denominado “*Direito Achado na Rua’*, coordenado por José Geraldo Souza Jr”⁶.

3 “Ao ler o que se diz do direito no início deste milênio, damos-nos conta de que conceitos em torno dos quais girou toda a teoria política e jurídica durante os séculos XIX e XX tendem a desaparecer e a ser substituídos, quando se trata de responder a questões centrais sobre o âmbito, a fonte e a força das normas que regulam a vida em sociedade: que é direito? quem diz o direito? quem diz quem diz o direito? que âmbito tem o conjunto de normas jurídicas provindas do Estado? qual a força destas em relação a normas jurídicas de outras origens?” (HESPANHA, op. cit. n.p.).

4 SANTOS, Boaventura de Sousa. *O direito dos Oprimidos*. São Paulo: Cortez, 2015, P. 76.

5 SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3 ed. São Paulo, Cortez, 2011.

6 FLORES, Joaquín Herrera; SANCHEZ-RUBIO, David. Aproximação ao Direito Alternativo na Ibero-América in CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo (orgs.). *Direito Alternativo Brasileiro e Pensamento Jurídico Europeu*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 14.

Para Wolkmer, diante da escassa eficácia das estruturas judiciais e estatais em responder à pluralidade de demandas e conflitos, do crescente aumento de “bolsões de miséria e das novas relações colonizadoras de países ricos com nações em desenvolvimento, abre-se a discussão para a consciente busca de alternativas capazes de desencadear diretrizes, práticas e regulações”⁷ voltadas para o reconhecimento de uma vida humana com maior identidade, autonomia e dignidade. Surge, dessas ideias, a proposta de um novo espaço coletivo, “um espaço de decisões não controladas nem determinadas pelo Estado, mas induzidas pela sociedade, [...] definindo mecanismos plurais de exercício democrático e viabilizando cenários de reconhecimento e de afirmação de Direitos Humanos”⁸. Chega-se, dessa forma, à noção de um pluralismo jurídico que englobe a

legitimidade de novos sujeitos coletivos, a implementação de um sistema justo de satisfação das necessidades, a democratização e descentralização de um espaço público participativo, o desenvolvimento pedagógico para uma ética concreta da alteridade a consolidação de processos conducentes a uma racionalidade emancipatória⁹.

Esses “novos sujeitos coletivos” não seriam qualquer organização humana, mas aquela qualificada. A agregação humana criadora de direitos extraoficiais são aqueles sujeitos coletivos “transformadores, advindos de diversos estratos sociais e integrantes de uma prática política cotidiana com certo grau de ‘institucionalização’, imbuídos de princípios valorativos comuns e objetivando a realização de necessidades humanas fundamentais”¹⁰. Trata-se, de movimentos direcionados à ação consciente e responsável de suas pautas, representados “por grupos associativos e comunitários, como os movimentos dos ‘sem-terra’ (rural e urbano), dos negros, das mulheres, dos direitos humanos, dos ecólogos, dos pacifistas e dos religiosos”¹¹.

As posturas reivindicatórias e participativas dessas organizações coletivas, os “novos sujeitos coletivos”, criam “novos direitos”¹². Não que “novo” indique ineditismo ou efetiva novidade, mas se refere às maneiras informais de concretização de direitos, de

7 WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo Jurídico, direitos humanos e interculturalidade. *Revista Sequência*, n. 53, dezembro de 2006, p. 117.

8 *dem, Ibidem*, p. 118.

9 WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. 3 ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001, p. 20-21.

10 *Idem, Ibidem*, p. 122.

11 *Idem, Ibidem*, p. 138.

12 “a. *Direito a satisfazer as necessidades existenciais*: alimentação, saúde, água, ar, segurança etc.;
b. *Direito a satisfazer as necessidades materiais*: direito à terra (direito da posse, direito dos sem-terra), direito à habitação (direito ao solo urbano, direito dos sem-teto), direito ao trabalho, ao salário, ao transporte, à crece etc.;

c. *Direito a satisfazer as necessidades sócio-políticas*: direito à cidadania em geral, direito de participar, de reunir-se, de associar-se, de sindicalizar-se, de locomover-se;

d. *Direito a satisfazer as necessidades culturais*: direito à educação, direito à liberdade de crença e religião, direito à diferença cultural, direito ao lazer etc.;

e. *Direito a satisfazer as necessidades difusas*: direito à preservação ecológica, direito de proteção ao consumo etc.;

f. *Direito das minorias e das diferenças étnicas*: direito da mulher, direito do negro, do índio, da criança e do idoso” (WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. 3 ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001, p. 167).

modo que “o ‘novo’ é o modo de obtenção de direitos que não passam mais pelas vias tradicionais – legislativa e judicial –, mas provêm de um processo de lutas e conquistas”¹³.

A vertente de O Direito Achado na Rua é manifestação específica de pluralismo jurídico, porquanto dotada de uma perspectiva própria, focada na concretização pragmática, isto é, na *praxis*, de um direito não-oficial. Como o próprio nome indica, a vertente tem uma preocupação que, fugindo do Direito dos códigos, ensinado nas faculdades, centra-se nas diferentes formas jurídicas efetivamente praticadas nas relações sociais, superando a aporia juspositivismo *versus* jusnaturalismo. Assim, é negado o jusnaturalismo em virtude de sua imutabilidade, rejeitando-se a ideia de que os direitos e valores de uma sociedade sejam dados pela natureza, por desígnio divino ou pela elucubração racional; da mesma forma o positivismo é rejeitado por ser “uma redução do Direito à ordem estabelecida”¹⁴. O Direito Achado na Rua constrói, com essas bases, um método próprio¹⁵ e concebe o direito da seguinte forma:

O Direito não é; ele se faz, nesse processo histórico de libertação – enquanto desvenda progressivamente os impedimentos da liberdade não lesiva aos demais. Nasce na rua, no clamor dos espoliados e oprimidos, até se consumir, vale repetir, pela mediação dos direitos humanos, na enunciação dos princípios de uma legítima organização social da liberdade (SOUSA JÚNIOR, 2015, p. 50)

Boaventura de Sousa Santos, ao se questionar sobre a possibilidade de o direito ser emancipatório¹⁶ afirma que o direito, em si considerado, não consegue ser emancipatório tampouco não-emancipatório, porque o que pode “ser emancipatório ou não-emancipatório são os movimentos, as organizações e os grupos cosmopolitas subalternos que recorrem à lei para levar suas lutas adiante”¹⁷. Logo, o parâmetro emancipatório está centrado na articulação dos movimentos sociais em um espaço de regramentos informais, porosos e influenciados pelas causas políticas subjacentes às questões discutidas. Como, então, criar esse espaço?

13 WOLKMER, *op. cit.*, p. 166.

14 LYRA FILHO, Roberto. *O que é Direito*. São Paulo: Brasiliense, 2006, p. 26.

15 “O sentido que orienta o trabalho político e teórico de O Direito Achado na Rua consiste em compreender e refletir sobre a atuação jurídica dos novos sujeitos sociais e, com base na análise das experiências populares de criação do direito: 1. Determinar o espaço político no qual se desenvolvem as práticas sociais que enunciam direitos, a partir mesmo de sua constituição extralegal, por exemplo, direitos humanos; 2. Definir a natureza jurídica do sujeito coletivo capaz de elaborar um projeto político de transformação social e elaborar a sua representação teórica como sujeito coletivo de direito; 3. Enquadrar os dados derivados destas práticas sociais criadoras de direitos e estabelecer novas categorias jurídicas para estruturar as relações solidárias de uma sociedade alternativa em que sejam superadas as condições de espoliação e de opressão do homem pelo homem e na qual o direito possa realizar-se como um projeto de legítima organização social da liberdade” (SOUSA JÚNIOR, José Geraldo. *O Direito Achado na Rua: concepção e prática* in SOUSA JÚNIOR, José Geraldo (org.). *Introdução crítica ao direito*. 4 ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1993, p. 10).

16 Adota-se aqui uma concepção Freiriana de emancipação, fundamentada na desopressão, isto é, em um processo de libertação voltado a um futuro de transformações sociais em que os oprimidos promovam a “reconstrução de sua humanidade e realizarem a grande tarefa humanística e histórica dos oprimidos – libertar-se a si e os opressores” (FREIRE, Paulo. *Pedagogia do Oprimido*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2013, p. 30).

17 SANTOS, Boaventura de Sousa. Poderá o direito ser emancipatório? *Revista de Ciências Sociais*, n. 65, 2003, p. 71.

Os pesquisadores dedicados às propostas de O Direito Achado na Rua já aventaram que “a abertura às novas práticas instituintes de direito como a mediação comunitária e outras formas de resolução de conflitos também podem ser benéficas”¹⁸. Isso se dá porque se notou a tendência dos públicos do direito a desacatar decisões quando lhes eram desfavoráveis ou quando eram julgadas exclusivamente por critérios formais de direito e não incorporando critérios de justiça substantiva e real.

Da mesma forma, Wolkmer aponta as formas consensuais de solução de conflitos como espaço de uso do direito estatal em prol da concretização paralela do pluralismo, afirmando que, com a mediação, as partes, “de forma rápida, informal e voluntária, buscam resolver suas pendências e seus interesses” e deixam “de se submeter aos princípios e às regras processuais do Direito formal. Em vez da controvérsia judicial, busca-se um entendimento dialógico, construtivo e cooperativo”¹⁹.

Por isso, a organização social comunitária e participativa não apenas cria, em seu processo dinâmico de articulação, um direito informal e extraoficial, mas conduz à adoção de mecanismos de resolução de conflitos igualmente informais e despidos da lógica oficialista do direito.

3 Mediação e direito extraoficial

No cenário contemporâneo, a noção de acesso à justiça tem sido resignificada. Hoje, compreende-se que a noção estabelece um direito de “acesso ao direito, de preferência sem contato ou sem passagem pelos tribunais”²⁰. É que o processo judicial heterocompositivo, adjudicatório e adversarial, tem sido substituído por meios outros de composição de conflitos, entre eles a mediação. Por meio dela, os envolvidos em determinado conflito são conduzidos por um terceiro facilitador a definir, exclusivamente por si, as respostas aos seus problemas. Essa definição se dá em um processo democrático e dialético, em que são consideradas reciprocamente as necessidades e limitações dos participantes.

Na obra paradigmática de Cappelletti e Garth²¹, já se lançavam considerações sobre a mediação como forma adequada de resolução de conflitos. O que os autores denominam

18 ANTÃO, Renata Cristina do Nascimento, et al. O Direito Achado na Rua: Desafios, Tarefas e Perspectivas Atuais in SOUSA JÚNIOR, José Geraldo (org.). *O Direito Achado na Rua: concepção e prática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 247.

19 WOLKMER, *op. cit.*, p. 299.

20 COSTA E SILVA, Paula. *A Nova Face da Justiça: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias*. Lisboa: Coimbra Editora, 2009, p. 19.

21 O italiano Mauro Cappelletti encabeçou, entre os anos 60 e 70 do século XX, um movimento dedicado ao estudo do acesso à justiça, em especial das causas de ineficiência do Judiciário. O conjunto desse trabalho é conhecido como Projeto Florença e os principais resultados foram publicados, por Cappelletti e Bryant Garth, na obra “Acesso à Justiça” (1988). Em seu trabalho, os autores desenvolvem três conjuntos de medidas necessárias para garantir efetivo acesso à justiça, denominando-os de as três “ondas renovatórias de acesso à justiça”: assistência judiciária para os pobres; representação dos interesses difusos; e concepção ampla de acesso à justiça.

de “terceira onda renovatória de acesso à justiça” parte da percepção da insuficiência dos meios tradicionais (heterocompositivos e estatais) para a adequada solução dos conflitos humanos. Para tanto, conforme concluem, afigura-se necessário adequar o processo a uma crescente preocupação com a relação interpessoal existente entre as partes. Deve haver, nessa medida, uma humanização na resolução de conflitos e, para que se atinja esse intento, deve-se adotar “mecanismos de interferência apaziguadora”, é dizer, a mediação:

[...] Cada vez mais se reconhece que, embora não possamos negligenciar as virtudes da representação judicial, o movimento de acesso à Justiça exige uma abordagem muito mais compreensiva de reforma. Tal como foi enfatizado pelos modernos sociólogos, as partes que tendem a se envolver em determinado tipo de litígio também devem ser levadas em consideração. Elas podem ter um relacionamento prolongado e complexo, ou apenas contatos eventuais. Já foi sugerido que a mediação ou outros mecanismos de interferência apaziguadora são os métodos mais apropriados para preservar os relacionamentos²².

Com efeito, a mediação é espécie do gênero da autocomposição de conflitos, que se contrapõe aos meios adjudicatórios de realização da justiça, também chamados de heterocompositivos. Esses meios heterocompositivo, porquanto adversariais, trazem uma visão negativa de conflito, sempre composto por um perdedor e um ganhador, em uma relação ganha-perde. Essa ideia parte do equivocado pressuposto de que todas as relações sociais são pautadas na competição e, portanto, impõem um jogo de soma zero, no qual, para que haja um vencedor, um dos envolvidos deve necessariamente levar outro à derrota. Superando esse paradigma, a mediação concebe o conflito de forma positiva, em que há uma relação ganha-ganha. Nesse modelo de solução de conflitos, é possível maximizar ganhos cooperando com o outro participante, antes visto como adversário.

Um das premissas elementares da resolução consensual de conflitos é a efetiva participação e o empoderamento dos envolvidos. São eles os exclusivos responsáveis pelo desfecho da questão controvertida. Há, pois, a quebra da estrutura vertical da jurisdição, possibilitando que a justiça passe a ser praticada de forma horizontal:

A normatização processual aponta uma ótica complexa e voluntária para a mediação, na qual a figura do mediador aparece como elo facilitador do diálogo (oralidade), sem imposições (se houver acordo são definidos voluntariamente pelas partes os termos), sem a figura da lide (pretensão x resistência), sem a imagem de partes processuais (autor e réu), sem a cultura do litígio (onde deve haver um ganhador e um perdedor) como ocorre no processo tradicional, pois isso faz parte de um passado de togas pretas, martelos do autoritarismo impositivo, com a incidência muito forte no poder simbólico e pouca efetividade na justiça e pacificação social²³.

22 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 26-27.

23 COSTA, Thaise Graziottin; RIBAS, Lídia Maria. Inovação na jurisdição estatal: de contenciosa para uma jurisdição singular, compartilhada, efetiva, democrática e emancipatória. *Conpedi Law Review*, n. 1, janeiro/junho de 2017, p. 193.

O abandono de meios adjudicatórios de resolução de conflitos permite a criação de um campo em que incide um direito alternativo, extralegal, marcado pelas tensões políticas existentes na questão e em que o uso do direito estatal é substituído pelas necessidades e limitações dos envolvidos. Para Warat, a mediação é “uma proposta jurídica de resolução de conflitos que escapa do normativismo”²⁴.

O autor argentino, como revelam suas obras, propõe uma nova Teoria do Direito, crítica ao senso comum teórico dos juristas, pautado no ideal Kelesiano “que influi para que o jurista de ofício não seja visto como um operador das relações sociais; mas sim, como um operador técnico dos textos legais”²⁵ e que se contrasta não só com o normativismo, mas também com todo o ideário totalizante e racionalizante da Modernidade. Trata-se da “Teoria Contradogmática do Direito” em cujo cerne está a mediação, apontada como a “melhor fórmula até agora encontrada para superar o imaginário do normativismo jurídico”²⁶:

[...] estou trabalhando os arredores, os contornos, colocando os andaimes de uma teoria da alteridade jurídica ou teoria ecológica do Direito. [...] Uma forma radical de aceitação do outro como diferente. Uma maneira de olhar a diferença do outro a partir de um lugar integrativo e não como a ameaça de um antagonismo destrutivo. Um outro não adversarial, colaborativo na aceitação de uma realidade que autorregula seus imprevistos, a complexidade e os paradoxos que surgem de suas diferenças constitutivas. O Direito da alteridade como emergência de um espaço transacional: a Contradogmática do Direito²⁷.

O jurista, de maneira singela, porém precisa, define o que entende por mediação qualificando-a, a partir de características positivas (presentes) e negativas (ausentes):

A mediação é:

A inscrição do amor no conflito/

Uma forma de realização da autonomia/

Uma possibilidade de crescimento interior através dos conflitos/

Um modo de transformação dos conflitos a partir das próprias identidades/

Uma prática dos conflitos sustentada pela compaixão e pela sensibilidade/

Um paradigma cultural e um paradigma específico do direito/

Um Direito da outriedade/

24 “Recorrendo à mediação deveríamos, a princípio, deixar de lado as principais funções operativas, míticas e políticas do sistema jurídico. Em seu lugar, surge a resolução jurídica dos conflitos que atenda a uma satisfação de todas as partes e que está baseada em uma proposta autorregulada por elas mesmas, com o apoio de um mediador, que colabora na escuta, na interpretação e na transformação” (WARAT, Luis Alberto. *Ecologia, Psicanálise e Mediação in WARAT, Luis Alberto (org.). Em Nome do Acordo: a mediação no direito*. Florianópolis: Modara, 2018, p. 20).

25 WARAT, Luis Alberto. Saber crítico e Senso Comum Teórico dos Juristas. *Revista Sequência*, v. 3 n. 5, 1982, p. 52-53.

26 WARAT, Luis Alberto. O Ofício do Mediador in DAL RI JÚNIOR, Arno et al (org.). *Surfando na Pororoca: Ofício do mediador*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 65.

27 WARAT, Luis Alberto. *Ecologia, Psicanálise e Mediação in WARAT, Luis Alberto (org.). Em Nome do Acordo: a mediação no direito*. Florianópolis: Modara, 2018, p. 48.

Uma concepção ecológica do Direito/
Um modo particular de terapia/
Uma nova visão da cidadania, dos direitos humanos e da democracia/
[...] mediação em sua identidade específica não é:
Uma resolução psico-analítica dos conflitos.
Um litígio.
Um modo normativo de intervenção nos conflitos/
Um acordo de interesses/
Um modo de estabelecer promessas²⁸.

A mediação é, assim, instrumento de um modelo de justiça que não se realiza apenas sob o manto da validação judicial e que tampouco está condicionado à correspondência da solução atingida com o arcabouço legal positivado. Por isso, o *locus* da resolução consensual de conflitos envolvendo grupos sociais é o espaço de realização do “direito cosmopolita insurgente”²⁹: um espaço livre do direito estatal e no qual são feitas construções horizontais, inclusivas e viabilizadoras de transformação social.

Com efeito, António Manuel Hespanha, ao se debruçar sobre as novas relações entre direito e sociedade no paradigma pluralista pós-moderno, verifica que, quanto menor a presença do direito estatal, mais adequados são os “mecanismos de resolução de conflitos escolhidos por compromisso entre as partes interessadas”³⁰.

A mesma conclusão foi atingida por Elisabetta Grande. Em um estudo antropológico, a autora descreve a existência de um direito extraoficial nas sociedades, um direito que coincide “mais com a prática do que com as normas verbalizadas”³¹, em uma contraposição jusrealista de uma *law in the books* com uma *law in action*. Sobre as formas de resolução de conflitos, a jurista afirma que “a rigidez do direito obtida através da enunciação e aplicação de regras gerais e iguais para todos traz frequentemente consigo uma forte separação entre justiça produzida pelas cortes estatais e o sentimento popular de justiça”³², de modo que a promoção de um direito atento a esse sentimento popular de justiça e à existência de direitos não verbalizados leva a um “amplo movimento direcionado à pacificação e à substituição dos métodos conflituais de resolução das controvérsias por métodos de feição mais conciliatória”³³.

28 WARAT, Luis Alberto. O Ofício do Mediador in DAL RI JÚNIOR, Arno et al (org.). Surfando na Pororoca: Ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 65-66.

29 SANTOS, Boaventura de Sousa. Poderá o direito ser emancipatório? *Revista de Ciências Sociais*, n. 65, 2003, p. 71.

30 HESPANHA, *op. cit.*, n.p.

31 GRANDE, Elisabetta. A contribuição da antropologia para o conhecimento jurídico: pequeno guia rumo a novos itinerários. *Revista Jurídica das Faculdades Secal*, v. 1, n. 1., 2011, p. 13.

32 *Idem, Ibidem*, p. 26.

33 *Idem, Ibidem*, p. 40.

Spengler afirma, nessa linha, que, à medida que “o Estado e o Direito legislado perdem espaço (por sua ineficiência, inaplicabilidade e lentidão), o Direito inoficial ganha forças como meio de tratamento de conflitos”³⁴. A autora afirma que se assiste “a um gradativo abandono do Direito ‘como ele é’ para se atribuir valor a um novo Direito, oficialmente não legitimado”³⁵, criando, dessa forma, espaços de um “estado de exceção personalizado”³⁶. É justamente “a falta de eficiência e legitimidade estatal faz também com que o cidadão comum busque outras instâncias de tratamento de conflitos, alternativas ao Direito legislado e ao Poder Judiciário”³⁷, que os acabam levando, na busca por um “direito vivo”, à mediação.

Nesse cenário, verifica-se que a mediação, ao criar o mencionado espaço de exceção personalizado ou um lugar em que não se impõe o direito oficial, retira do Estado o poder adjudicado de resolver conflitos, empoderando os envolvidos e lhes emancipando das imposições oficialistas. Por isso, cotejadas as ideias de pluralismo jurídico com o espaço de fuga ao direito oficial da mediação, é possível afirmar que o processo heterocompositivo jurisdicional está para o direito monista estatal – adjudicatório e vertical – como a mediação está para o pluralismo jurídico – emancipatório e horizontal. Assim, a mediação surge como opção paralela à jurisdição oficial, representando um espaço de legitimação das identidades sociais coletivas e do direito extraoficial criado em seu seio.

4 Conclusão

No presente artigo, foi descrito o pluralismo jurídico, que, ao negar o monopólio do direito pelo Estado, confere legitimidade como fonte do direito a atores sociais coletivamente organizados. A vertente pluralista, assim, reconhece nas articulações de movimentos sociais o nascedouro de regras jurídicas paralelas às do Estado, em uma abordagem crítica e materialista do direito e das relações sociais.

Ocorre que o espaço de efetivação do direito extraoficial não é o processo heterocompositivo judicial. Há uma incompatibilidade inconciliável entre um direito material paralelo e o meio do processo estatal. Toda a estrutura de tutela jurisdicional tem profundas raízes no ideário positivista, dogmático, monista e racional próprio à generalidade das elucubrações jurídicas. A ferramenta judicial, portanto, não serve à função pluralista.

A autocomposição, no particular da mediação, ao contrário, assoma-se como o instrumento adequado à efetivação de um direito não oficial. A mediação é espécie do

34 SPENGLER, Fabiana Marion. *Fundamentos Políticos da Mediação Comunitária*. Ijuí: Editora Unijuí, 2012, p. 211.

35 *Idem, Ibidem*, p. 212.

36 *Idem, Ibidem*, p. 214.

37 *Idem, Ibidem*, p. 218.

gênero autocomposição, em que os envolvidos no conflito constroem, por si só, a forma de resolvê-lo, em um processo dialético, democrático e empoderador. Na solução de conflitos pela mediação não se aplicam disposições de leis oficiais.

Por isso, abandonando-se a ideia de efetivação do direito paralelo no campo do processo judicial, o espaço de estado de exceção personalizado criado com o uso da mediação, em que o direito oficial não chega, alinha-se com os ideais pluralistas de democratização, descentralização da justiça e desenvolvimento processos conducentes a uma racionalidade emancipatória.

Referências

- ANTÁO, Renata Cristina do Nascimento, *et al.* O Direito Achado na Rua: Desafios, Tarefas e Perspectivas Atuais *in* SOUSA JÚNIOR, José Geraldo (org.). *O Direito achado na rua: concepção e prática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.
- COSTA, Thaise Graziottin; RIBAS, Lídia Maria. Inovação na jurisdição estatal: de contenciosa para uma jurisdição singular, compartilhada, efetiva, democrática e emancipatória. *Conpedi Law Review*, n. 1, p. 190-215, jan./jun. de 2017.
- COSTA E SILVA, Paula. *A Nova Face da Justiça: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias*. Lisboa: Coimbra Editora, 2009.
- FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2013.
- FLORES, Joaquín Herrera; SANCHEZ-RUBIO, David. Aproximação ao Direito Alternativo na Ibero-América *in* CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo (orgs.). *Direito Alternativo Brasileiro e Pensamento Jurídico Europeu*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- GRANDE, Elisabetta. A contribuição da antropologia para o conhecimento jurídico: pequeno guia rumo a novos itinerários. *Revista Jurídica das Faculdades Secal*, v. 1, n. 1., 2011, p. 9-55.
- HESPANHA, Antônio Manuel. *Pluralismo Jurídico e Direito Democrático*. São Paulo: Annablume, 2013.
- LYRA FILHO, Roberto. *O que é Direito*. São Paulo: Brasiliense, 2006.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *O direito dos Oprimidos*. São Paulo: Cortez, 2015.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3 ed. São Paulo, Cortez, 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Poderá o direito ser emancipatório? *Revista de Ciências Sociais*, n. 65, 2003, p. 3-76.

SOUSA JÚNIOR, José Geraldo. O Direito Achado na Rua: concepção e prática. Plataforma para um Direito emancipatório in SOUSA JÚNIOR, José Geraldo (org.). *O Direito Achado na Rua: concepção e prática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

SOUSA JÚNIOR, José Geraldo. O Direito Achado na Rua: concepção e prática in SOUSA JÚNIOR, José Geraldo (org.). *Introdução crítica ao direito*. 4 ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1993.

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

WARAT, Luis Alberto. Ecologia, Psicanálise e Mediação in WARAT, Luis Alberto (org.). *Em Nome do Acordo: a mediação no direito*. Florianópolis: Modara, 2018.

WARAT, Luis Alberto. Saber crítico e Senso Comum Teórico dos Juristas. *Revista Sequência*, v. 3 n. 5, 1982, p. 48-57.

WARAT, Luis Alberto. O Ofício do Mediador in DAL RI JÚNIOR, Arno *et al* (org.). *Surfando na Pororoca: Ofício do mediador*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. 3 ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo Jurídico, direitos humanos e interculturalidade. *Revista Sequência*, n. 53, dezembro de 2006, p. 113-128.