



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO

JULIANA GUANAES SILVA DE CARVALHO FARIAS

A MEDIAÇÃO COMUNITÁRIA COMO FONTE DO DIREITO

Salvador

2015

JULIANA GUANAES SILVA DE CARVALHO FARIAS

A MEDIAÇÃO COMUNITÁRIA COMO FONTE DO DIREITO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Ricardo Maurício Freire Soares.

Área de concentração: Direito Público.

Salvador

2015

TERMO DE APROVAÇÃO

JULIANA GUANAES SILVA DE CARVALHO FARIAS

A MEDIAÇÃO COMUNITÁRIA COMO FONTE DO DIREITO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Aprovada em de de 2015.

Banca Examinadora

Ricardo Maurício Freire Soares

Pós doutor em Direito pela Università degli Studi do Roma La Sapienza

Doutor em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia

Dirley da Cunha Junior

Doutor em Direito pela Pontífica Universidade Católica de São Paulo

Raffaele de Giorgi

Doutor em Direito pela Università Del Salento

Ao Instituto Direito e Cidadania, minha família do Baixo Sul da Bahia, por ter me possibilitado experimentar, conhecer, crescer, semear e colher os frutos do exercício da mediação comunitária.

Aos meus avós, Maria, Benedicto, Vanda e Lindoel, vivos, lúcidos e saudáveis, porque todas as conquistas serão a eles dedicadas, em todos os momentos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço imensamente ao meu orientador, Prof. Ricardo Maurício Freire Soares, por todos os ensinamentos e por ter me oportunizado viver e aprender com essa experiência tão gratificante.

Aos meus professores e colegas do mestrado, pelas trocas de conhecimento e momentos de diversão, que tornaram esta fase mais leve e comprometida.

A minha família, suporte absoluto.

Ao meu anjo, pela confiança.

A Deus, por tudo, sempre.

Muito obrigada!

“Não sabendo que era impossível, foi lá e fez.”

Jean Cocteau

RESUMO

A presente dissertação visa estudar se a mediação comunitária pode ser considerada uma fonte do direito. As fontes do direito representam pontos de partida para a produção de normas jurídicas, por centros detentores de poder de decisão ou opção das normas mais convenientes para regulação de uma relação. De acordo com as construções do paradigma monista, apenas o Estado teria legitimidade para produzir normas jurídicas, restringindo-se as fontes do direito àquelas com natureza estatal. Todavia, com a crise do Estado, o paradigma pluralista passou a conquistar espaço, de modo que se acredita ser necessário considerar a existência e relevância de fontes não estatais, a exemplo das fontes negociais. Estas são responsáveis pela produção de normas jurídicas negociais, as quais são exteriorizadas, em regra, por negócios jurídicos, como os contratos, a saber. A mediação, por seu turno, é um processo autocompositivo, essencialmente extrajudicial, em que um terceiro imparcial – o mediador – ajuda as partes a encontrarem uma solução aceitável para ambos os envolvidos. Quando desenvolvida na comunidade, a mediação oferece a oportunidade de satisfazer direitos e deveres fundamentais de uma população marginalizada de acesso ao Poder Judiciário e de acesso à justiça. Baseia-se na comunicação entre as partes e na voluntariedade. Por ter natureza autocompositiva, as partes possuem a responsabilidade de tomar decisões livremente, contando com a autonomia privada. As decisões estabelecem normas particulares e individuais. Estas para serem consideradas jurídicas precisam obedecer aos requisitos de validade formal (vigência), validade social (eficácia) e validade ética (fundamento axiológico). Tendo em vista que as decisões na mediação comunitária são obtidas por um processo autocompositivo, desenvolvidas em um centro de poder (a comunidade) e protagonizada pelos sujeitos de direito detentores do poder negocial da autonomia privada, conclui-se que a mediação comunitária deve ser considerada uma fonte do direito, incluindo-se na modalidade de fonte negocial.

Palavras-chave: Mediação comunitária; Fontes do Direito; Fonte negocial; Pluralismo.

ABSTRACT

This thesis aims to study whether the Community mediation can be considered a source of law. The sources of law represent starting points for the production of legal norms, decision-making power holders centers or choice of the most convenient standards for regulation of a relationship. According to the constructions of the monistic paradigm, only the state would have standing to bring legal rules, restricting the sources of law to those with official character. However, with the state crisis, the pluralist paradigm went on to conquer space, so that is believed to be necessary to consider the existence and relevance of non-state sources, like the negotiation sources. These are responsible for producing negotiating legal rules, which are externalized, as a rule, for legal transactions such as contracts, namely. Mediation, on the other hand, is a consensual process essentially out of court, in which an impartial third party - the mediator - helps the parties to find a solution acceptable to both involved. When developed in the community, mediation offers the opportunity to meet fundamental rights and duties of a marginalized population of access to the courts and access to justice. Based on the communication between the parties and willingness. By having consensual nature, the parties have the responsibility to make decisions freely, with the private autonomy. Decisions establish private and individual standards. These need to be considered legal comply with the formal requirements of validity (lifetime), social validity (effectiveness) and ethical validity (axiological foundation). Given that the decisions in community mediation are obtained by a consensual process, developed into a power center (the community) and carried out by the subjects of right holders of the bargaining power of autonomy, it is concluded that community mediation should be considered a source of law, including in the bargaining power mode.

Keywords: Community mediation; Sources of Law; Negotiation source; Pluralism.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 A MEDIAÇÃO COMUNITÁRIA – PROCESSO AUTOCOMPOSITIVO PROTAGONIZADO PELO SUJEITO DE DIREITO	15
2.1 BREVE HISTÓRICO SOBRE A MEDIAÇÃO DE CONFLITOS	15
2.2 A CRISE DO ACESSO AO PODER JUDICIÁRIO E O FLORESCIMENTO DA MEDIAÇÃO COMUNITÁRIA NO BRASIL	19
2.3 NOÇÕES CONCEITUAIS E PROCEDIMENTAIS SOBRE A MEDIAÇÃO COMUNITÁRIA	26
2.3.1 Conflito – o estopim da mediação	28
2.3.2 As partes na mediação	31
2.3.3 Objetivos da mediação	31
2.3.3.1 A solução do conflito	32
2.3.3.2 A prevenção de novos conflitos.	33
2.3.3.3 A inclusão social.	34
2.3.3.4 A pacificação social	36
2.3.4 O mediador comunitário	37
2.3.5 Os princípios da mediação comunitária	42
2.3.5.1 Princípio da autonomia da vontade das partes	43
2.3.5.2 Princípio da cooperação entre as partes	44
2.3.5.3 Princípio da imparcialidade do mediador	45
2.3.5.4 Princípio da confiabilidade	46
2.3.5.5 Princípio da informalidade	47
2.3.6 Principais enfoques no desenvolvimento do processo de mediação comunitária	48
2.3.6.1 Enfoque na confiança	48
2.3.6.2 Enfoque na conscientização	50
2.3.6.3 Enfoque no empoderamento	52
2.3.6.4 Enfoque na colaboração	54
2.3.6.5 Enfoque na reconciliação	55

2.4 COMPARAÇÃO ENTRE A MEDIAÇÃO E OS OUTROS PROCESSOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS	56
2.4.1 Mediação x negociação	57
2.4.2 Mediação x conciliação	58
2.4.3 Mediação x arbitragem	60
2.4.4 Mediação x processo judicial	61
3 PLURALIDADE DE FONTES E PLURALISMO JURÍDICO	66
3.1 DO MONISMO ESTATAL AO PLURALISMO DOS CENTROS DE PODER PARA CONSTRUÇÃO DE NORMAS	69
3.1.1 Surgimento do Estado Moderno – início do monismo	69
3.1.2 Construção do Estado de Direito – impulsão do positivismo à consolidação do monismo	71
3.1.3 Do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito – crise do monismo e ascensão do pluralismo	76
3.1.4 O pluralismo progressista democrático – presente na Constituição Federal de 1988	80
3.2 FONTES EM ESPÉCIE	86
3.2.1 As distinções dos sistemas do <i>common law</i> e <i>civil law</i> e a repercussão na prevalência e coexistência das fontes	87
3.2.2. Fontes estatais	89
3.2.2.1 Processo Legislativo	90
3.2.2.2 Atividade jurisdicional	93
3.2.3 Fontes não estatais	98
3.2.3.1 Prática consuetudinária	99
3.2.3.2 Prática Negocial	102
4 A MEDIAÇÃO COMUNITÁRIA COMO FONTE DO DIREITO	109
4.1 O “NOVO” CENTRO DE PODER PARA CONSTRUÇÃO DE NORMAS – EXERCÍCIO DO PARADIGMA PLURALISTA	109

4.1.1 A autonomia – poder negocial necessário à tomada de decisões	113
4.2 VALIDADE DAS NORMAS JURÍDICAS NEGOCIAIS PRODUZIDAS NA MEDIAÇÃO COMUNITÁRIA	118
4.2.1 – Validade formal ou vigência das normas jurídicas negociais produzidas pela mediação comunitária	119
4.2.1.1 – Validade formal sob o panorama da verticalidade normativa à luz da Constituição Federal	120
4.2.1.2 – Validade formal sob o panorama da verticalidade normativa à luz do Marco Legal da Mediação (Resolução n.º 125/ 2010 do Conselho Nacional de Justiça; Novo Código de Processo Civil; e Lei n.º 13.140/2015)	123
4.2.1.3 Validade formal sob o panorama da verticalidade normativa à luz de fundamentos do direito civil sobre negócios jurídicos	133
4.2.2 Validade social ou eficácia normativa das normas jurídicas negociais produzidas pela mediação comunitária	137
4.2.3 Validade ética ou fundamento valorativo das normas jurídicas negociais produzidas pela mediação comunitária	145
4.3 BREVES INTERSECÇÕES DAS EXPERIÊNCIAS EM MEDIAÇÃO NOS ESTADOS UNIDOS E NO BRASIL	150
5 CONCLUSÃO	159
REFERÊNCIAS	165

1 INTRODUÇÃO

O cenário nacional desponta com um panorama crítico de desigualdade social, ao ponto de que a concretização dos direitos fundamentais previstos na Constituição passa ser considerada uma realidade distante ou utópica. Isto denuncia a ausência de credibilidade da população na condição do Estado para garantir a efetividade de direitos básicos, como à saúde, educação, moradia, emprego e saneamento. Ocorre que, realmente, o Estado não está apresentando estrutura, organização, nem qualificação para poder supri-los. Vive-se, pois, uma situação paradoxal: um Estado Democrático de Direito onde o que prevalece é a exclusão social.

O desenvolvimento histórico do Estado moderno até sua atual feição como Estado Democrático de Direito (no que se inclui o Brasil), impulsionou o deslocamento do centro de decisões do Poder Legislativo e Executivo para o Judiciário. Este passou a ser visto como o último (ou único) dos recursos dos cidadãos para garantir a efetivação de direitos e deveres fundamentais, não realizados pela atuação dos outros poderes (embora previstos na Constituição).

Tão logo se imagina, esta perspectiva, aliada a ampliação das complexidades das relações humanas, abarrotou o Poder Judiciário de demandas que não foram suportadas, de modo que vivencia-se atualmente, no Brasil, uma crise estrutural no Poder Judiciário e uma crise ao próprio acesso à justiça. Estes fatos culminam por demonstrar que o Estado não é suficiente – como único centro de poder – para garantir a resolução de conflitos e efetivação de direitos e deveres dos cidadãos, especialmente aqueles localizados nas comunidades mais carentes e marginalizadas.

Por conseguinte, verifica-se o surgimento de duas novidades: um (novo) centro de poder – a sociedade organizada (ou emancipada) e (novos) instrumentos processuais (que podem ser manuseados por este novo centro), para satisfazer a solução de conflitos e a promoção de direitos e deveres fundamentais – através de ações lícitas e pacíficas. A sociedade civil organizada aparece muitas vezes fundamentada na participação comunitária, localizada nas regiões mais carentes de justiça, com a finalidade de viabilizar este acesso, sendo reconhecida por centros de organização comunitária.

Os novos processos – a exemplo, por excelência, da mediação – visam à utilização de procedimentos compatíveis com a estrutura destas organizações. Com efeito, dá-se vazão à mediação comunitária como um processo paralelo ao processo

judicial – mas que a ele não se opõe – o qual tem apresentado diversas vantagens tais como: celeridade, agilidade, informalidade, flexibilidade, baixos custos, proximidade geográfica das zonas marginalizadas. A mediação é um processo autocompositivo, originariamente aplicado por via extrajudicial, que depende da voluntariedade das partes para ocorrer. É realizada por um terceiro imparcial, porém implicado (o mediador) que não pode propor soluções, nem acordos diante dos conflitos, o que cabe exclusivamente às partes. Baseia-se no diálogo, na comunicação, possuindo característica não adversarial.

Em verdade, os resultados e benefícios computados pela mediação praticada na esfera extrajudicial conquistaram a consciência e credibilidade do Poder Público, e está sendo cada vez mais absorvida pelo Poder Judiciário, com vistas a amenizar a crise deste sistema ou oferecer novas bases de estruturação – afinal, o que importa precipuamente são a pacificação, a concretização de direitos fundamentais e a satisfação do jurisdicionado. Assim é que o movimento pela institucionalização da mediação foi iniciado pelo Conselho Nacional de Justiça, através da publicação da Resolução n.º 125/2010 (que estabelece a política nacional de disseminação da mediação e conciliação no Poder Judiciário, atrelando orientações para todos os Tribunais brasileiros).

A mediação não representa necessariamente uma inovação, de modo que sua existência remonta desde os anos 90 no país. Todavia, tendo em vista o seu surgimento na esfera extrajudicial, sua natureza informal (com estruturas e etapas não fixadas pelo ordenamento jurídico) e sua centralização no poder de decisão das partes, esteve ela, por um longo lapso temporal, marginalizada pelo universo jurídico, sendo considerada um processo meramente alternativo. A novidade quanto a esta questão, portanto, resulta no recente reconhecimento jurídico da utilidade e função do processo de mediação pelo Direito, consubstanciado pela promulgação da Nova Lei de Mediação (Lei n.º 13.140 de 26 de junho de 2015) e do Novo Código de Processo Civil (Lei n.º 13.105 de 16 de março de 2015). Logo, a partir destas normativas, a mediação passa a ser considerada como um processo adequado, sendo garantido o seu acesso e respeitabilidade.

Porém, vale dizer que apesar destas conquistas, a mediação continua sendo um processo extrajudicial e sua realização sob esta concepção deve ser preservada e estimulada. Equivocadamente nestes novos dispositivos legais ocorre uma extensa preocupação em estabelecer parâmetros para uma mediação judicial, quando é necessário preservar e incentivar a mediação extrajudicial, em especial, a comunitária –

pelo seu potencial para promover a democratização do acesso à justiça social, satisfação de direitos e deveres, com empoderamento e emancipação do sujeito de direito, para a construção, por si, de normas jurídicas individuais e particulares.

Por conseguinte, considera-se relevante estudar a respeito das normas produzidas pela aplicação da mediação comunitária (enquanto processo autocompositivo extrajudicial, protagonizado pelos sujeitos de direito). Nesse diapasão questiona-se sobre a possibilidade (ou não) da mediação comunitária ser considerada uma fonte do direito, ou seja, um ponto de partida para a produção de normas jurídicas. Para tanto, busca-se questionar se o poder de decisão conferido ao sujeito é suficiente para “dizer o direito” diante do caso concreto.

Nesse sentido, o presente estudo será organizado a apresentar (no segundo capítulo), a mediação comunitária de forma minuciosa, a fim de que seja percebido o seu conceito, princípios, etapas e relevância social. É importante compreender a mediação comunitária como um processo e como que as normas podem ser criadas pelo sujeito de direito, para, supostamente (como se espera), virem a integrar a ordem jurídica.

Em seguida (no terceiro capítulo), serão examinadas as fontes do direito, buscando-se uma evolução paradigmática do monismo ao pluralismo, que impacta nas transformações a respeito das espécies de produções de normas jurídicas. Serão, nesse contexto, analisadas as fontes estatais (legislativa e jurisdicional), em contraposição às fontes não estatais (consuetudinária e negocial).

Após (no quarto capítulo), será feita a aproximação da mediação comunitária frente às fontes de direito, podendo-se imaginar a conclusão por um dos seguintes resultados: i) que a mediação comunitária seja capaz de ser integrada como uma novíssima modalidade de fonte; ou, que venha ela ser reconhecida como a expressão de algumas das espécies de fonte do direito já evidenciadas; ou, que a aproximação entre estes institutos (quais sejam: fontes do direito e mediação comunitária) reste frustrada e, por conseguinte, descartada. Esta última hipótese não é a desejada por este trabalho, mas, ainda no início da pesquisa, não podemos afastá-la em sua totalidade.

Em verdade, o que se deseja é que mediação comunitária obtenha o reconhecimento devido e merecido no âmbito do Direito. É comum ainda existir muita resistência dos juristas à aceitabilidade da mediação – especialmente comunitária. Ocorre um descrédito na perspectiva de que o próprio sujeito de direito, especialmente

marginalizado à justiça social, não tenha condições de exercitar sua autonomia da vontade, para estipular normas de conduta que regulem suas relações e garantam a satisfação de direitos e deveres. De fato, esta parece ser uma concepção difícil de ser concretizada quando o indivíduo está administrando um processo judicial – burocrático, com uma racionalidade dogmática e positivista, com linguagem e ritos de difícil ou impossível acesso por boa parte da população.

Todavia, fala-se neste momento do indivíduo posicionado diante de um processo novo (a mediação), adaptável a sua realidade e, ao contrário, menos ajustado às estruturas robustas do Poder Judiciário. Portanto, para seguir a análise que visa fincar raízes para o surgimento de uma percepção nova do Direito, das normas e das fontes, faz-se necessário se despir de preconceitos ou ídolos e centrar no que definitivamente é relevante, qual seja, a possibilidade de viabilizar a satisfação de direitos e deveres fundamentais para sujeitos marginalizados do acesso ao Poder Judiciário e à justiça social. Assim, embora afastada da construção estatal do Direito, a mediação comunitária poderá se revelar como um método eficiente para produção de normas jurídicas.

Nesse sentido, deverá ser observado (ainda no quarto capítulo) se estas normas jurídicas instituídas pela mediação comunitária obedeceriam aos requisitos para constituição de fontes, quais sejam: estruturação por um centro de poder; natureza do poder de decisão; e validade das normas produzidas para serem consideradas jurídicas, sendo estes atributos de validade formal (vigência), validade social (eficácia) e validade ética (fundamento valorativo). Por fim, vale apresentar algumas experiências exitosas de aplicação de mediação comunitária, com o intuito de ilustrar as repercussões práticas que sua aplicação pode causar na sociedade.

Diante das transformações nas formas de resolução de conflitos, é importante refletir sobre as fontes do Direito na contemporaneidade, a fim de identificar de que forma as (novas) espécies de normas podem ser produzidas. O estudo desse tema, portanto, enseja discursos relevantes e interessantes sobre as possíveis transformações paradigmáticas, sociais e jurídicas. O homem e sua cultura poderão vir a ter um espaço cada vez mais amplo para se manifestar e influenciar na interpretação e aplicação do Direito, assumindo a oportunidade não só de titularizar direitos, mas também de materializá-los, podendo-se tornar cidadãos protagonistas na construção de uma sociedade mais justa, digna e solidária.

2 A MEDIAÇÃO COMUNITÁRIA – PROCESSO AUTOCOMPOSITIVO PROTAGONIZADO PELO SUJEITO DE DIREITO

Tendo em vista que o assunto deste estudo busca analisar a possibilidade da mediação comunitária vir a ser reconhecida como fonte do direito, vale aprofundar a respeito dos aspectos históricos, conceitos e procedimentos deste processo. Busca-se elucidar a mediação comunitária de forma detalhada, a fim de que seja visualizado a sua ocorrência e relevante impacto social, por ser eficaz para a solução de contendas e efetivação de direitos e deveres fundamentais.

2.1 BREVE HISTÓRICO SOBRE A MEDIAÇÃO DE CONFLITOS

A mediação é um processo autocompositivo de resolução de conflitos, através do qual duas ou mais pessoas, envolvidas em uma contenda real ou potencial, recorrem a um profissional imparcial – o mediador, em busca de espaço para criação de uma solução consensual e amigável, satisfatória para ambas as partes, de modo célere e a baixos custos.

Pode-se dizer que o processo de mediação acompanha a prática jurídica há tempos na história da humanidade, não se tratando de novidade a sua realização para a solução dos conflitos. Em verdade, a mediação já existia desde o momento em que uma terceira pessoa intervinha no conflito tentando ajudar as partes a resolvê-lo.

Assim, não é possível afirmar o seu marco inicial, embora se encontrem registros remotos dessa prática na China da Antiguidade, quatro séculos antes do início do calendário cristão, como meio mais adequado para a solução dos conflitos familiares, com a presença de um terceiro imparcial que auxiliava a família a encontrar um consenso e que a retirava de uma situação de conflito. (MARTINEZ, 2002).

Na China, de acordo com a filosofia do confucionismo, “a harmonia entre os homens só pode ser conseguida quando as pessoas suportam mutuamente a natureza individual de cada um. [...] preservar essa harmonia é dever de todos [...]” (VEDANA, 2003). Desta forma, o direito positivo e regulamentação somente deveriam ser buscados pela comunidade em último caso.

No ocidente, todavia, sua concepção foi verificada posteriormente, na conciliação cristã, com repercussões desde o Direito Romano. Da mesma forma, a Igreja, no âmbito religioso, exerceu o lugar daquele que busca o bom termo para

solucionar uma desavença entre as pessoas. No Brasil, especificamente, sua primeira manifestação decorreu das Ordenações Filipinas, depois, regulamentada nacionalmente na Carta Constitucional do Império, de 1824, a reconhecer a atuação conciliatória do Juiz de Paz ante o desenvolvimento dos processos. (MARTINEZ, 2002).

Vale ressaltar que estas utilizações do processo de mediação foram feitas de modo inconsciente ou intuitivo. Ou seja, nestes períodos a mediação ainda não era assim denominada, de forma que somente após a conscientização e teorização deste processo, é que o mesmo foi assim definido e as experiências (acima) relatadas puderam ser devidamente classificadas como momentos de ocorrência de mediação. Somente a partir da metade do século XX é que o processo de mediação foi definido e sua prática foi utilizada de forma direcionada e orientada. A sua verificação deu-se ao lado de outros métodos extrajudiciais de solução de conflitos como a negociação, a conciliação e a arbitragem.

Tais métodos pacíficos e não oficiais de resolução de conflitos foram “descobertos” em regiões subdesenvolvidas, como as áreas da África Oriental, África Central / Austral e Sudão. Esta constatação foi destacada por sociólogos, após a realização de estudos nos finais da década de 50, até inícios da década de 60, em que se verificou a utilização de padrões de vida jurídica e de Direito que se moldavam de maneira completamente diversa daqueles adotados pelas civilizações ditas como “civilizadas” (SANTOS, 1997). Assim, nestes cenários puderam ser observados:

direitos com baixo grau de abstração, discerníveis apenas na solução concreta de litígios particulares; direitos com pouca ou nula especialização em relação as restantes actividades sociais; mecanismos de resolução de litígios caracterizados pela informalidade, rapidez, participação activa da comunidade, conciliação ou mediação entre as partes através de um discurso retórico, persuasivo, assente na linguagem comum. Acima de tudo estes estudos revelam a existência na mesma sociedade de uma pluralidade de direitos vivendo e interagindo de diferentes formas. (SANTOS, 1997, p. 175).

Por conseguinte, estes estudos consagraram-se como importantes para a observação (da existência e modo de utilização) de “novos” métodos de resolução de conflitos, por via extrajudicial; e, para detectar que, em uma mesma sociedade, é possível a existência de uma pluralidade de direitos (em convivência e interação recíprocas), bem como a coexistência de fenômenos judiciais tradicionais e mecanismos de resolução de conflitos informais (que funcionam com independência frente aos órgãos estatais jurisdicionais).

Logo, embora a busca por métodos de solução pacífica de conflitos seja um fenômeno antigo, somente na metade do século passado é que a utilização destes começou a ser tomada como um processo consciente, passando a ser alvo de estudos e pesquisas, intentando-se uma análise científica do evento e maneiras de aprimorá-lo para expandir sua utilização. O resultado destas pesquisas influenciou a administração da Justiça na América do Norte e Europa – principalmente, acabando por refletir em outras regiões. (SANTOS, 1997).

Foi assim que, após a conscientização do processo de mediação, os Estados Unidos decidiram analisar e aprofundar as pesquisas a respeito deste processo. Deu-se início à teorização da mediação. Atualmente já existem três escolas clássicas para orientar as diferentes formas de desempenhar a mediação: o Modelo Tradicional-Linear (desenvolvido por *Harvard Law School*), o Modelo Transformativo (introduzido por Robert A. Bush – teórico da negociação e Joseph F. Folger – teórico da comunicação) e o Modelo Circular-Narrativo (proposto por Sara Cobb) (LIMA; ALMEIDA, 2010).

O primeiro movimento de teorização começa entre o final da década de 1960 e início da década de 70 na Universidade Harvard, quando especialistas ligados à faculdade de Direito começaram a estudar e implementar técnicas de negociação, utilizando uma terceira pessoa como elemento facilitador no andamento das tratativas. Esta mediação estava voltada mais para acordos comerciais, sobretudo *business*.

A grande contribuição desta teoria foi discutir a posição das pessoas diante do conflito. Normalmente, nestas situações, as pessoas assumem uma postura adversarial e buscam sempre uma solução que importe em vantagem para um e desvantagem para outro. Esta teoria permitiu o desmonte desta configuração a fim de estimular as pessoas a adotarem uma postura colaborativa, de modo que fossem capazes de produzir um acordo satisfatório para ambas, que importasse em ganho para as duas partes. (BRAGA NETO, 2009).

De acordo com o Modelo de Harvard, a comunicação é compreendida no sentido linear, centrada no verbal, importando o conteúdo. O mediador assume a função de facilitador da comunicação, devendo atuar com imparcialidade. Esse modelo funda-se numa “causalidade linear do conflito”, pois não considera o contexto no qual esse conflito foi originado. (TRAPAGA, 2011).

A partir desta experiência, os estudiosos identificaram, entretanto, muitas negociações mal sucedidas, em função de que o presente modelo linear afasta as questões emocionais e relacionais do processo de mediação. Este modelo não está

centrado nas partes, ou na relação que existe entre elas, mas sim no acordo que pode ser gerado.

Em contrapartida a esta realidade, surgiu o Modelo Transformativo, centrado nas novas teorias comunicativas e na relação interpessoal. Logo, este modelo privilegia as partes conflitantes, e não mais o conflito (como no modelo anterior). A mediação transformativa pretende auxiliar as pessoas a (re)tomar consciência das suas qualidades, das suas necessidades e das suas capacidades (de escolha e decisão) que, em virtude do conflito (ou por outras razões anteriores), haviam deixado de reconhecer (ou desconheciam) em si mesmas e no outro. Segundo este modelo, o acordo assume a condição de possibilidade, e não mais de finalidade. O propósito principal é promover a transformação da relação e viabilizar, como implicação natural, o acordo.

Por fim, a terceira escola refere-se ao Modelo Circular Narrativo, desenvolvido também em Havard, por Sarah Cobb. A partir deste modelo a comunicação é o elemento privilegiado, e precisa ser considerada como um todo, englobando as pessoas em conflito, a mensagem que se transmite, por elementos verbais (o conteúdo) e por elementos para-verbais (corporais, gestuais, etc.). Defende-se que não há uma causa única que implique na produção de determinado resultado, mas sim em uma “causalidade circular ou sistêmica, que permanentemente se retroalimenta”. (TRAPAGA, 2011).

O objetivo do Modelo Circular Narrativo é fomentar a reflexão, apresentar um novo significado da história e do conflito, possibilitando que as partes se relacionem de forma diferente, alterem o discurso e alcancem um acordo (que aqui também não é uma meta fundamental). Através do Modelo Circular Narrativo a mediação passou a adquirir indiscutivelmente característica transdisciplinar abarcando conhecimento de áreas como Direito, Comunicação, Psicologia, Sociologia, Administração de Empresas, entre outras. A finalidade é reunir informações de diversas áreas em prol do melhor entendimento sobre o ser humano, sua forma de se relacionar e de se comunicar.

Cumprе ressaltar que os três modelos referidos convivem harmonicamente. Por conseguinte, não há que se falar em um modelo ultrapassado em contrapartida a um modelo moderno; nem mesmo que existe um modelo melhor ou superior a outro. Todos são atuais e todos podem ser aplicados. Na verdade, o que define qual o modelo mais adequado é o tipo de conflito a ser mediado, o contexto em que será realizada a mediação, as partes envolvidas e sua relação interpessoal, bem como o próprio estilo do mediador.

Acredita-se, por exemplo, que o Modelo de Harvard pode ser mais adequado para conflitos empresariais ou que envolvam pessoas jurídicas; enquanto o Modelo Transformativo é recomendado para todos os casos em que estão muito envolvidas as relações interpessoais, como os conflitos familiares; e o Modelo Circular-Narrativo tem a vantagem de sua grande aplicabilidade, uma vez que está centrado tanto nas relações, quanto nos acordos. Nesse sentido, alguns estudiosos brasileiros, a exemplo de Adolfo Braga Neto (2009), entendem que o mediador trabalha com uma “caixa de ferramentas”, que estão a sua disposição e são por ele escolhidas, de acordo com as possibilidades, habilidades e necessidades das pessoas e do conflito.

A condensação deste instrumental teórico diversificado sobre os distintos modelos de mediação garantiu a este processo polivalência, ao ponto de caracterizá-lo como um método capaz de adequar-se e ser utilizado nos mais variados contextos, nos quais seu emprego se faça preciso ou interessante para solução pacífica de conflitos.

Com a globalização, a mediação ganhou destaque devido à sua eficácia, celeridade e baixo custo (em comparação a via judicial), tornando-se uma técnica de simples e passível de exportabilidade. A mediação espalhou-se para diversos países como: Canadá, França, Argentina, Portugal, Espanha e Inglaterra, o que a fez tomar distintas formas e procedimentos, uma vez que ela pode ser adaptada de acordo com o contexto econômico, social e jurídico de cada país (LIMA; ALMEIDA, 2010). Com o Brasil, não foi diferente, de maneira que o mesmo igualmente importou a mediação, como processo extrajudicial de resolução de conflitos (em virtude, sobretudo, da crise instaurada no Poder Judiciário).

2.2 A CRISE DO ACESSO AO PODER JUDICIÁRIO E O FLORESCIMENTO DA MEDIAÇÃO COMUNITÁRIA NO BRASIL

De acordo com a Constituição Federal de 1988, o Estado detém o monopólio da atividade jurisdicional. Jurisdição é a atividade pela qual o Poder Judiciário examina as pretensões e resolve os conflitos. Pela jurisdição os juízes agem em substituição às partes, que não podem fazer justiça com as próprias mãos, uma vez que se encontra vedada à possibilidade de autodefesa. Portanto, a elas, que não mais podem agir com coerção, resta a possibilidade de fazer agir provocando o exercício da função jurisdicional. (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2004, p. 24).

A jurisdição se exerce através do processo, sendo este conceituado como “instrumento por meio do qual os órgãos jurisdicionais atuam para pacificar as pessoas conflitantes, eliminando os conflitos e fazendo cumprir o preceito jurídico pertinente a cada caso que lhes é apresentado em busca de solução”. (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2004, p, 23-24).

O Estado, utilizando-se do processo, prescinde da voluntária submissão dos particulares, impondo-lhes, autoritariamente, a solução para os seus conflitos de interesses. O Estado exerce o seu poder estatal para dirimir conflitos que envolvem as pessoas, decidindo sobre as pretensões apresentadas e impondo decisões. Nesse contexto, pode-se dizer que a:

justiça realizada por meio da jurisdição estatal é um modelo que segue os padrões da modernidade ocidental, posto que estruturada a partir de princípios universais pautados em imperativos legais. Trata-se de um tipo de justiça que codifica procedimentos e aplica a norma no caso concreto, com base em deduções racionais advindas da autoridade da lei ou dos precedentes. Em situações de conflito, O Estado substitui a vontade dos cidadãos, a fim de dizer o Direito e assegurar a paz social. Sob esse padrão, O Estado detém o monopólio da atividade jurisdicional. (FOLEY, 2006).

Todavia, vale ressaltar que a jurisdição não possui esta mera função procedimental, como aparenta devido à influência do racionalismo positivo, uma vez que, para que se considere a sua efetividade, o processo precisa garantir o cumprimento de sua missão social, além da resolução do conflito, fazendo-se necessário tomar consciência dos escopos da jurisdição.

A jurisdição possui três escopos principais, sendo estes o jurídico, o político e o social. Como exemplo de escopo jurídico tem-se a atuação da vontade concreta do direito; como exemplo do escopo político, tem-se a liberdade enquanto oferta de meios de participação no destino da nação; e, por fim, como exemplo do escopo social, tem-se a importante função educacional da jurisdição enquanto conhecimento e exercício dos próprios direitos e deveres e, a principal finalidade jurisdicional, qual seja, a pacificação social. Por conseguinte, entende-se que a “pacificação é o escopo magno da jurisdição [...]. É um escopo social, uma vez que se relaciona com o resultado do exercício da jurisdição perante a sociedade e sobre a vida gregária dos seus membros e felicidade pessoal de cada um.” (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2004, p, 24).

O Poder Judiciário, a fim de cumprir a sua função (e, com isso atender aos objetivos da jurisdição, em especial à pacificação com justiça) institui um sistema

processual, ditando normas, criando órgãos jurisdicionais, despendendo recursos. Contudo, tendo em vista que este Poder (a partir da Constituição Federal de 1988) encontra-se inserido em um Estado Democrático de Direito, está obrigado a praticar todas as ações descritas em plena sintonia com a democracia. Por conseguinte, não é admissível que numa sociedade dita democrática, exista um Poder Judiciário centralizado, burocrático e distante da população. (SALES, 2004).

Desta maneira, com o intuito de democratizar e estender amplamente a satisfação da justiça e paz social, por meio do acesso do Poder Judiciário, a Constituição Federal garante a todos o acesso à justiça, por via judicial, de modo que não o Poder Judiciário deixar de atender a quem venha a juízo deduzir um litígio e pedir solução para ele. Não pode a lei excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito, de acordo com o preceito da Constituição Federal, art. 5º, inciso XXXV, nem pode o juiz escusar-se de proferir decisão, constando-se, pois, o princípio da indeclinabilidade (corolário da jurisdição como expressão da soberania nacional).

Todavia, embora tenha a Carta Magna garantido a igualdade formal de todos acessarem o Poder Judiciário, na realidade as iniciativas estatais apresentam-se inócuas e este direito não se materializa. Existe uma série de fatores correlacionados que contribuem para esta atual crise do Poder Judiciário e, por conseguinte, para a ineficácia do acesso à justiça.

Assim, um dos primeiros fatores decorreu da explosão de litigiosidade na década de 70, a qual se deu em função do desenvolvimento de novos grupos e classes sociais que, neste momento, protagonizavam lutas que confrontavam a igualdade formal dos direitos às desigualdades entre os cidadãos, exigindo a garantia de novos direitos, melhores condições de trabalho e soluções para os novos conflitos familiares. Constatava-se, pois, a discrepância entre procura e oferta de acesso ao Poder Judiciário. (SANTOS, 1997, p. 166).

Outrossim, com relação ao avolumado número de demandas, o Estado igualmente tornou-se incapaz de apreciar devidamente os conflitos coletivos de dimensão social, ou seja, conflitos configurados por mais de um indivíduo, grupos ou camadas sociais. Isto porque, o centralismo jurídico estatal montado para administrar os conflitos de natureza individual não evoluiu com a sociedade e tornou-se defasado e inadequado ao atendimento de conflitos coletivos. (WOLKMER, 1997, p. 90).

Ademais, a ordem jurídica – por demais ritualizada, dogmática e desatualizada, fulcrada no convencionalismo de sua lógica individualista e de sua

racionalidade formal –, não conseguiu acompanhar o ritmo crescente de transformações aceleradas, da criação de constantes e maiores necessidades, de reivindicações por que passa a sociedade, representando normalmente o interesse exclusivo de uma minoria burguesa. A ordem jurídica já não consegue se comunicar a toda população, gerando entraves ao acesso do órgão estatal jurisdicional. (CAPPELLETTI; BRYANT, 2002).

Por fim, a própria estrutura suntuosa dos prédios do Poder Judiciário, a ausência de conhecimento por parte da população sobre os processos burocráticos, a linguagem formal e rebuscada utilizada, os altos custos de litigação, a lentidão dos processos judiciais representam, também, outros fatores relevantes que implicam na ausência de efetividade do direito ao acesso ao Poder Judiciário (e, por consequência, ineficácia no atendimento do acesso à justiça). Vale dizer ainda que quanto mais baixo for o nível social e econômico do indivíduo, essas mesmas dificuldades para acessar o Poder Judiciário apresentam-se em maior gravidade, devido ao aumento distância intelectual, geográfica e financeira. (CAPPELLETTI; BRYANT, 2002).

Nesse sentido, Antônio Carlos Wolkmer (1997, 88-90) apresenta posicionamento além, afirmando que tais fatos evidenciam não apenas problemas de acesso ao Judiciário, como também a crise deste poder, expandindo-se para a possibilidade de falência da ordem jurídica estatal:

O alcance da crise de identidade do Judiciário condiz com as próprias contradições da cultura jurídica nacional, construída sobre uma realidade técnico-dogmática e calcada em procedimentos lógicos formais, e que, na retórica de sua “neutralidade”, é incapaz de acompanhar o ritmo das transformações sociais e a especificidade cotidiana de novos conflitos [...]. Trata-se de uma instância não só e dependente da estrutura de poder dominante, como, sobretudo, de um órgão burocrático do Estado, desatualizado e inerte, de perfil fortemente conservador e de pouca eficácia na solução rápida e global nas questões emergenciais vinculadas, quer às reivindicações dos múltiplos movimentos sociais, quer aos interesses das maiorias carentes de justiça da população privada de seus direitos. [...] A crise vivenciada pela Justiça oficial, refletida na sua inoperacionalidade, lentidão, ritualização burocrática, cumprimento com os “donos do poder” e falta de meios materiais e humanos, não deixa de ser sintonia indiscutível de um fenômeno mais abrangente, que é a falência da própria ordem jurídica estatal. (WOLKMER, 1997, 88-90).

Então, a partir da descrição destes obstáculos ao acesso do Poder Judiciário, nota-se que o referido órgão estatal de função jurisdicional encontra-se em crise, assim como a possibilidade inicial acesso e o provimento final de sua função – o que prejudica e compromete, sensivelmente, a efetividade do acesso à justiça por parte do cidadão.

Oportunamente, vale ressaltar, que acesso à justiça não se confunde com acesso ao Poder Judiciário. O acesso à justiça, em sentido estrito, constitui-se como um direito fundamental social que representa a possibilidade de se efetivar direitos outros violados ou ameaçados de serem lesionados, através do Poder Judiciário. Em sentido amplo, acesso à justiça, por seu turno, é oferecido pelas condições objetivas de justiça, qual seja de justiça social. (BARBOSA, 1984, p. 60-61). Sendo assim, acesso à justiça constitui-se no direito que permite a reivindicação de qualquer outro direito, inclusive dos direitos básicos do cidadão. Essa reivindicação não se limita à utilização do processo judicial, sendo alcançada, sobretudo, mediante conscientização e educação das partes para o exercício dos seus direitos e deveres.

Nesse sentido, de acordo com os ensinamentos de Mauro Cappelletti e Bryant Garth (2002), bem como de Lília Sales (2004) pode-se entender o acesso à justiça pela classificação em “acesso formal e material”. Desta forma, o acesso formal compreende o acesso ao Poder Judiciário para pleitear a tutela jurisdicional de um direito. Já o acesso material constitui-se no “acesso à justiça propriamente dita”, ou “efetivo acesso à justiça”, sendo que esta compreende a efetivação da democracia e dos direitos fundamentais.

O acesso formal à justiça deve ser viabilizado exclusivamente pelo Poder Judiciário. Já o acesso material à justiça pode ser intentado através do Poder Judiciário ou por vias extrajudiciais. Tendo-se acionado via Poder Judiciário, a garantia do efetivo acesso à justiça não se resume à interposição de uma ação judicial, sendo relevante, em verdade, que o processo seja apto para garantir o direito em tempo hábil, a participação das partes, condições desiguais de participação para litigantes desiguais e análise da realidade concreta das partes.

A atuação do juiz deve ir além da aplicação fria da lei, devendo humanizar o processo e o Direito, concretizando os princípios fundamentais. A Constituição Federal elenca ainda princípios que devem ser obedecidos pelo Juiz como o devido processo legal, contraditório, ampla defesa, entre outros. Afirma Mauro Cappelletti (1989, p. 44) que “a responsabilidade social [dos juízes] é a prestação de contas dada não, ou não principalmente, aos órgãos políticos, mas a organismos ou grupos sociais menos precisamente e, em última análise ao público em geral.”

Diante da crise que assola o Judiciário, este tentou reagir realizando uma série de reformas judiciais, assegurando a assistência judiciária gratuita, a criação de novos instrumentos que possibilitam a representação em juízo para os interesses difusos

e mesmo, a instituição de Juizados especializados com ritos especiais. Tais reformas foram de extrema importância, contudo, não foram suficientes sequer para garantir a efetividade do escopo meramente jurídico da jurisdição, e muito menos para garantir o efetivo acesso à justiça a toda população ou a sua grande maioria. (CAPPELLETTI; BRYANT, 2002).

Desta forma, mesmo sendo o Poder Judiciário o ambiente tradicional de controle e resolução dos conflitos, e órgão responsável por garantir o acesso à justiça, devido a sua morosidade, altos custos e inacessibilidade pela maioria da população, torna-se evidente que este órgão está cada vez mais inviável para controlar e reprimir conflitos, bem como para garantir o cumprimento de direitos e deveres.

Por sua vez, a classe mais prejudicada e preterida do acesso à justiça é justamente a classe mais necessitada dela, qual seja, a classe de baixa renda, marginalizada à Justiça, sem acesso digno à saúde, educação, alimentação, totalmente excluídas da participação social. Estruturas periféricas e dependentes são atingidas por violentas contradições e conflitos de natureza social, econômica e política, que implicam numa repercussão jurídica.

Assim, de acordo com Antônio Carlos Wolkmer (1997, p. 91), a crise do acesso à justiça é comprovada pela desatualização e incapacidade de responder a conflitos que materializam manifestações de prementes mudanças sociais. Dentre estas mudanças tem-se como fruto do próprio capitalismo o crescimento do individualismo, afastando as pessoas, diminuindo os momentos de diálogo e construção de redes, aumentando cada vez mais a exclusão social, problemas de comunicação e, portanto, a incursão de um número crescente de conflitos.

Esta conjuntura induz a algumas transformações que vislumbram a democratização do acesso à justiça. Dentre estas, o autor (WOLKMER, 1997) destaca e apóia o reconhecimento e incentivo de outras organizações não estatais e informais, representadas por manifestações comunitárias não oficiais capazes de promover a resolução de conflitos e garantia de direitos e deveres. Tais instituições comunitárias conseguem com maior eficiência e rapidez, suprir com vantagem lacunas deixadas pelo Poder Judiciário, configurando-se em uma resposta natural à incapacidade da Justiça oficial do Estado de absorver as crescentes demandas sociais geradoras de conflitos e de decisões judiciais.

Por conseguinte, a crise do acesso à justiça, asseverada principalmente pela crise do Poder Judiciário, favorece, paradoxalmente, o surgimento de organizações

alternativas não institucionalizadas, fundamentadas na participação comunitária, justamente nos locais mais carentes de justiça, com a finalidade de viabilizar este acesso.

Vale dizer que sendo essa transformação protagonizada por agentes sociais comunitários localizados nas regiões mais carentes, devidamente organizados e articulados em instituições, necessitam elas utilizar procedimentos compatíveis com sua estrutura. Portanto as organizações comunitárias utilizam processos alternativos em relação ao processo judicial estatal. Nesse sentido, enuncia-se o posicionamento de que:

na sociedade periférica brasileira de estrutura burguês-capitalista, as dificuldades de acesso à justiça oficial e a impossibilidade de pagar os advogados e despesas judiciais fazem com que crescentes movimentos sociais insurgentes e grande parte das camadas populares marginalizadas tendem a utilizar mecanismos “não oficiais” de negociação normativa “convenções coletivas, acordos ou arranjos setoriais de interesse) e a recorrer aos serviços legais alternativos. (WOLKMER, 1997, p. 90).

Estas alternativas, enquanto processos societários não estatais envolvem a resolução consensual de conflitos, articulados informalmente por segmentos ou vontades individuais e coletivas assumem características específicas, assumindo uma validade distinta, legítima e diferente, não menos verdadeira, podendo ser até mais justa e autêntica. Representam, portanto, processos alternativos com baixo nível de institucionalização, fundamentados no consenso, que implicam alto teor de informalização, descentralização e democratização, senão ainda uma maior conscientização, participação e criatividade, favorecendo o alargamento societário de auto-regulação voluntária, sedimentando uma nova política de acesso à Justiça. (WOLKMER, 1997, p. 92-93).

Então, cria-se em paralelo com a administração da justiça convencional (o Poder Estatal) novos mecanismos de resolução de conflitos caracterizado tanto pela celeridade e participação ativa da comunidade, quanto por instituições leves, flexíveis, gratuitas, localizadas de modo a maximizar o acesso aos seus serviços, operando por vias alternativas e pouco reguladas com vistas à obtenção de soluções mediadas entre as partes.

Outrossim, informa (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2004, p, 25, 26) que o próprio Estado está ganhando consciência desta transformação e tentando até mesmo aceitar e absorver estas vias alternativas para praticá-las judicialmente, tendo em vista que o importante é pacificar, de modo que torna-se irrelevante se a pacificação

ocorre por obra do Estado ou por outros meios, desde que eficientes. As soluções não jurisdicionais de conflitos passam, pois a serem tratadas como meio alternativos de pacificação social, decorrente, inclusive da percepção de que o Estado tem falhado muito na sua missão pacificadora, que ele tenta realizar mediante o exercício da jurisdição. Concordando com esta reflexão, Lília Sales (2004, p. 157) ensina que:

os instrumentos consensuais de solução de conflitos, como a mediação, conciliação e a arbitragem, são possibilidades de efetivação do direito de acesso à Justiça. As partes em conflito encontram nessas técnicas formais mais simples de decisões que satisfaçam a ambas e sejam justas. Os meios alternativos e são em absoluta consonância com o Estado Democrático de Direito, pois ao Estado cabe o monopólio da jurisdição, mas não o monopólio da efetivação da Justiça que pode ser realizada por outros meios, representando a jurisdição apenas um deles.

Assim, vale dizer que como alternativa de acesso à justiça, em face da ineficiência, ou até mesmo, em algumas hipóteses, negligência do Poder Judiciário, comunidades marginalizadas começaram a se organizar a fim de garantir aos seus membros o efetivo acesso à justiça, mediante diversas ações e processos. Dentre estes, vale ressaltar ser a mediação de conflitos o processo informal e efetivo de resolução de conflitos e garantia de direitos, por excelência, a saber. Tem-se, pois, a representação da modalidade de mediação conhecida como mediação comunitária, configurando-se como um exemplo de mediação na sua mais pura essência.

2.3 NOÇÕES CONCEITUAIS E PROCEDIMENTAIS SOBRE A MEDIAÇÃO COMUNITÁRIA

A mediação comunitária representa o processo de mediação realizado em uma determinada comunidade. Assim, para conhecê-la é necessário saber a respeito das noções conceituais e procedimentais do processo de mediação, devendo-se ter atenção às peculiaridades que lhe decorrem em virtude do mesmo vir a ser praticado em uma comunidade.

A comunidade é um local especial. Utilizando o conceito breve de Gláucia Foley (2006, p. 20-21) pode-se dizer que “comunidade significa um grupo de pessoas que compartilham de uma característica comum, uma ‘comum unidade’, que as aproxima e pela qual são identificadas.” Para a mediação comunitária, considera-se um agrupamento de pessoas, numa mesma região, que compartilham valores, princípios, conflitos e serviços.

Assim, uma comunidade não se restringe a uma questão territorial, embora seja este o aspecto mais aparente, pois pode existir comunidade de interesses compartilhados. O importante é vincular o conceito de comunidade com o de identidade compartilhada, que por sua vez representa conexão entre seus membros, cooperação, confiança, envolvimento com o próximo e com as questões da comunidade e coesão social. A coesão social é fundamental para o desenvolvimento social comunitário, fortalecendo o capital social através da mobilização local. (FOLEY, 2006).

Por sua vez, a mediação constitui-se em processo autocompositivo (extrajudicial ou judicial), voluntário, informal, porém estruturado, no qual um ou mais mediadores ajudam as partes a encontrar uma solução amigável, solidária e aceitável para elas próprias. Ressalta-se que a mediação em sua essência revela-se como extrajudicial, sendo esta a característica da mediação comunitária, ainda quando os projetos de implementação de sua atividade partem de programas patrocinados por órgãos públicos, de modo que esta natureza deve ser mantida.

A utilização da mediação surge, geralmente, diante da instalação (ou previsão) de um conflito oriundo da divergência de interesses entre duas ou mais pessoas. A base para sua concretização é a comunicação. É o diálogo que propicia a construção de solução pelas partes envolvidas, promovendo o sentimento de inclusão. A discussão apresentada não precisa estar necessariamente limitada a questões legais, devendo incluir o máximo de informação e exposição das partes. (SALES, 2004).

Por isso, a participação de uma terceira pessoa, o mediador, é essencial. Por meio de técnicas específicas, o mediador ajuda as partes a identificar, discutir e resolver as questões do conflito, a comunicar suas necessidades, esclarecendo seus interesses, estabelecendo limites e possibilidades para cada um, transformando o paradigma adversarial em cooperativo. O mediador deve ainda encorajar os envolvidos a proporem soluções para o conflito, conduzindo para um consenso entre ambos, empoderando os mesmos de responsabilidade pelas decisões tomadas, sem ainda perder de vista as implicações de cada decisão a curto, médio e longo prazo.

Observa-se, então, que a mediação é um processo complexo que transcende a solução do litígio, pois, o mediador não deve apenas enquadrar as questões conflituosas às normas de Direito vigente, nem também simplesmente reduzir sua finalidade a produção de um acordo. O mediador deve ter consciência que a aplicação da mediação comporta objetivos mais especiais, que exigem a capacidade de transformar o conflito, até então visto como algo negativo, numa perspectiva positiva,

modificando o entendimento das partes sobre o problema. Desta forma, no que tange a sua função como facilitador e catalisador do diálogo, o mediador auxilia as partes a restabelecerem o processo de comunicação e a avaliarem objetivos e opções, conduzindo a um termo de entendimento para mútua satisfação.

A mediação é uma técnica de solução de conflitos rápida, ágil, simples, flexível e particularizada a cada caso, que se processa a baixos custos. Assim, a mediação apresenta-se como uma forma de resolução eficiente e eficaz de conflitos jurídicos e também sociais – que envolvam pessoas públicas (inclusive de caráter internacional, como países em conflito) ou pessoas privadas (de caráter interno e local, como cidadãos comuns em pequenas comunidades).

Vale evidenciar que no Brasil atualmente a mediação (judicial ou extrajudicial) encontra-se regulamentada na Lei n.º 13.140 de 26 de junho de 2015 (Lei de Mediação), que embora publicada, ainda não se encontra vigente no ordenamento. Desta feita, toda construção e acúmulo do conhecimento, assim como as principais experiências práticas, a respeito da mediação no Brasil (especialmente sobre a modalidade comunitária) foram feitos com base em entendimentos acadêmicos e doutrinários – sendo estes os reconhecidos e valorizados neste trabalho. As determinações legislativas atuais sobre a mediação irão complementar algumas noções e serão brevemente apresentadas. Prosseguindo, vale conferir as noções conceituais e procedimentais sobre o processo de mediação – que embora mantenha a essência dos seus objetivos, características, atributos e princípios, tendo em vista a aplicação do mesmo em uma comunidade, notar-se-á uma repercussão diferenciada, a qual se intentará apresentar.

2.3.1 Conflito – o estopim da mediação

Tendo em vista que a mediação se inicia com a instalação (ou provável instalação) de um conflito, e que mesma advém para solucioná-lo, cumpre entender a que ele se refere.

Conflito se define como uma interação entre pessoas com objetivos incompatíveis, recompensas escassas e interferência do outro na realização de suas metas. O conflito aparece diariamente em vários âmbitos de nosso cotidiano, com distintos graus de extensão e intensidade, que variam exclusivamente de acordo com a percepção pessoal de cada um a respeito dos fatos e motivações. O conflito surge

quando há uma relação de interdependência entre as pessoas, sendo assim, pode ser considerado como um fenômeno inseparável da vida inter-relacionada. (AZEVEDO, 2012). Juridicamente, a noção de conflito se resume ao litígio, de maneira que uma decisão judicial considera apenas os efeitos normativos, de forma que o conflito propriamente dito pode ficar hibernando, retornando de forma mais grave no futuro. (WARAT, 2001, p. 81).

Normalmente os conflitos de interesses e direitos são tomados como acontecimentos negativos que devem ser sempre evitados. Isto porque “a forma negativa desencadeia uma reação denominada de ‘retorno de luta ou de fuga’ (ou apenas luta ou fuga) ou resposta de estresse agudo” (AZEVEDO, 2012, p. 30), que implicam em dificuldade em escutar, entender, ou tomar decisões.

Entretanto, na verdade, os conflitos além de serem inevitáveis, possuem uma perspectiva positiva: a possibilidade de mudança e crescimento que eles proporcionam. Nesse sentido, o conflito não pode ser tido apenas como um “perigo, mas também como oportunidade, como possibilidade de mudança, a depender do modo como se responde a ele. [...] A partir da discordância, pode se chegar ao diálogo, à colaboração, à acomodação ou mesmo à desistência. (AMORIM; LEONELLI; LEONELLI; NASCIMENTO; 2007, p. 13).

Porém, para alcançar este crescimento, esta evolução, necessita-se aprender a comportar-se como seres humanos plenos, capazes de pensar independentemente e interatuar solidariamente – ou seja, precisa-se aprender a manejar e a solucionar os conflitos de maneira positiva e construtiva. Logo, a forma como se reage diante de um conflito influencia diretamente nas conseqüências advindas de sua ocorrência, como positivas ou negativas. Ademais, o estágio em que o conflito se encontra também repercute no desenvolvimento e resultado obtido a partir do seu tratamento. Conflitos em estágio avançado, com a incidência de impasses, desgastes, agressões e violência são mais difíceis de serem elaborados pelas partes e, portanto, mais difíceis de serem resolvidos por via consensual.

Com relação a este aspecto, mediação comunitária apresenta uma característica importante, pois possibilita o tratamento do conflito ainda em estágio inicial e reforça a voluntariedade das partes. “Ao aplicar a mediação a uma disputa que se encontra em estágio inicial, o mediador comunitário tem condições de estabelecer com maior facilidade uma comunicação eficiente, tornando o processo de mediação mais produtivo” (VEDANA, 2003).

O processo de mediação encontra-se à disposição para que seja utilizado em quase todos os tipos de conflito existentes. Luís Alberto Warat (2001, p. 87) comunga desta mesma opinião quando preleciona que “a mediação pode se ocupar de qualquer conflito: comunitário, ecológico, empresarial, escolar, família, penal, relacionados ao consumidor, trabalhistas, políticos, de realização dos direitos humanos e da cidadania...”.

No mesmo sentido ensina a Escola de Mediadores (2002, p. 5-8) que mediação pode ser utilizada, evitando disputas, resolvendo questões pendentes, promovendo conciliação entre desafetos, em quase todas as questões, exemplificando o ramo do Direito e a modalidade mais freqüente. Assim, assegura que questões ambientais, civis, comerciais, escolares, familiares, hospitalares, trabalhistas, penais e administrativas. Vale ressaltar que a Lei n.º 13.140/2015 (Lei de Mediação) estipula em seu artigo 3º que pode ser objeto de mediação todo conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação.

No caso da mediação comunitária, a maioria dos conflitos conhecidos comporta situações de matéria civil, familiar e de vizinhança – em geral de pequena complexidade. Logo, torna-se comum a utilização de mediação comunitária para tratar de assuntos como pensão alimentícia, divórcio, dissolução de união estável, reconhecimento espontâneo de paternidade, entre outros. Também ocorre a incidência, agora em menor escala, de conflitos trabalhistas e acerca de relações de consumo. (AMORIM; LEONELLI; LEONELLI; NASCIMENTO; 2007, p. 16).

Na mediação comunitária, inclusive, o conflito pode sofrer repercussões positivas (ou negativas) maiores, em virtude da conexão entre os indivíduos membros. Assim, um conflito individual pode ter como consequência o impacto na comunidade, de maneira que as soluções ou comportamentos das partes (diretamente) envolvidas podem ser replicados pelos demais, tornando a mediação em um instrumento útil de transformação social. Nesse sentido, Antônio Carlos Wolkmer (1997, p. 85) afirma que o conflito está “inscrito na própria natureza da organização social, provoca constantemente a mudança, e evolução ou mesmo a revolução, na organização social.” O importante, por conseguinte, ao se tratar a respeito do conflito, é entender e reconhecer que o mesmo pode ser dirimido pelas próprias partes e representar uma oportunidade de crescimento.

2.3.2 As partes na mediação

A mediação é um processo que atua em níveis diversos, sob todas as pessoas, sejam elas físicas, jurídicas ou coletivas. Enquanto pessoas físicas, as partes terão sempre que comparecer pessoalmente. Porém, enquanto pessoas jurídicas ou coletivas terão que se fazer representar por mandatários com poderes especiais para desistir, confessar ou transigir. (SALES, 2004).

Recomenda-se que amigos, vizinhos, filhos, já que não possuem poder de decisão, não deverão participar da mediação. Isto porque a presença deles poderá inibir ou coagir a parte durante o processo – o que poderá prejudicar o processo de comunicação e a solução concreta do problema. (SALES, 2004).

Quanto à participação de especialistas (advogados, peritos, técnicos), esta também não é recomendada, pois se corre o risco de que a presença desses agentes interfira no resultado do processo. Todavia, a consulta antes, durante o processo, ou entre reuniões, com a intenção de esclarecimento ou orientação, é sempre possível e, algumas vezes, indicada. (SALES, 2004).

Na mediação comunitária, importante se faz destacar, as partes envolvidas são pessoas de comunidade marginalizadas aos direitos sociais. Logo, a mediação comunitária apresenta-se como uma oportunidade dos membros desta comunidade aprenderem a dialogar, a conhecer sobre seus direitos, serem incluídas, capazes e responsáveis por tomar suas decisões e cumprir suas obrigações. Por conseguinte, a mediação comunitária se destina e atinge, especialmente, pessoas físicas (membros da comunidade) com baixo poder aquisitivo, marginalizadas à sociedade.

2.3.3 Objetivos da mediação

Adotando-se a delimitação de Lilia Sales (2004), entende-se que a mediação possui quatro objetivos principais, que norteiam os procedimentos empregados ao longo do processo, sendo eles: solução do conflito, prevenção de conflitos, inclusão social e paz social. Para o cumprimento destes objetivos, se torna imprescindível à atuação do mediador, que de forma imparcial, mas não neutra, deve estar implicado em atingi-los, mediante a promoção da comunicação saudável e proveitosa entre as partes.

2.3.3.1 A solução do conflito

A solução do conflito é entendida como a celebração de um acordo entre as partes. Culturalmente, a mediação somente pode ser considerada vitoriosa na hipótese de ter originado a produção de um acordo. Assim, embora a solução do conflito não seja o único objetivo da mediação, este normalmente é tido como o objetivo principal, ou, ao menos, como resultado mais representativo.

Vale lembrar que o acordo a ser formulado deve ser justo e satisfatório para ambas as partes. Logo, se pressupõe a sua produção foi fruto da existência de um diálogo fluente, bem direcionado, pautado na solidariedade. Então, “o acordo é consequência do diálogo honesto e a mediação instrumento que possibilita esta comunicação.” (SALES, 2004, p. 28).

Em uma mediação não se deseja alcançar um acordo, qualquer que seja ele, com a única intenção de evitar uma demanda judicial. Justamente por isso é que o mediador não propõe soluções, deixando-as a cargo das partes, que devem atuar ativamente durante o processo. Ou seja, o mediador não tem a faculdade de propor um acordo, ou muito menos forçar a aceitação deste.

Cumprir comentar que o acordo produzido em uma mediação pode ser verbal ou escrito (reduzido a termo). Nesta hipótese, caso as partes desejem, o termo de acordo pode ser convertido em título executivo extrajudicial ou judicial – necessitando cumprir requisitos de formalidades disposto no Código de Processo Civil. Assim, na mediação, o acordo produzido, em regra, não possui força executiva (como as decisões judiciais), mas poderá vir a ter quando convertido em título executivo. Deste modo, ressalta-se que na mediação “a observância do acordo independe de qualquer força executiva, visto que, tendo sido o conflito tratado pelas partes e por ela solucionado, o seu cumprimento é consequência natural” (SALES, 2004, p. 41).

Na mediação comunitária a informalidade é um fator favorável à efetividade do acordo, tendo em vista que o mesmo para ser cumprido depende, exclusivamente, da vontade e comprometimento das partes – sendo estes tributos devidamente trabalhos e alertados ao longo do processo de mediação. Esta característica faz da mediação um processo bastante adequado à solução de contendas em comunidades – cujo desfecho merece ser dotado de simplicidade e ausência de burocracia.

2.3.3.2 A prevenção de novos conflitos

Como consequência da boa comunicação tem-se (também) o segundo objetivo da mediação, qual seja, a prevenção de conflitos. A mediação, através do diálogo que se permite desenvolver, cria vínculos, constrói conexões entre as partes que antes não existiam, intentando a consolidação de uma nova forma de relação, em que poderão administrar ou evitar novos conflitos que porventura venham a surgir.

Para tanto, cabe ao mediador proceder à transformação do conflito em busca do novo elo de comunicação que será (ou deverá ser) conquistado pelas partes, a fim de se criar novas formas de se relacionar e novos vínculos, o que irá contribuir para prevenção do surgimento de novas controvérsias. Nesta linha, aprofunda Luís Alberto Warat (2001, p.89) que a transformação do conflito e a nova comunicação (que culminam com a consequente prevenção), podem ser obtidas na mediação pela observação e pelo tratamento dos “ditos” e “não ditos” expostos por elas:

Na mediação é fundamental trabalhar os não-ditos do sentido, esses expressam o conflito com maior grau de riqueza. Os detalhes de um conflito revelam-se muito mais pelo não-dito do que pelo expresso. Não podemos esquecer que a mediação se realiza, sempre, pela percepção e pelo trabalho que se pode realizar em relação aos infinitos detalhes.

Prosseguindo na mesma posição, Lilia Sales (2004, p. 31-32) explica que a mediação preventiva é a mediação transformadora, “que ultrapassa o objetivo do acordo entre as partes para modificar a relação entre elas, passando da relação de uma disputa para uma relação de colaboração, estabelecendo comunicação harmônica, mitigando os conflitos futuros”. Logo, outra característica de mediação que favorece a prevenção de conflitos é que este processo pauta-se na colaboração entre as partes. Na mediação a relação binária “ganhador e perdedor”, “vencedor e vencido” deve ser afastada, para que ambas as partes sintam-se vitoriosas. Conforme esclarece Dora Fried Schnitman (1999, p. 17):

Nossa cultura privilegiou o paradigma ganhar-perder, que funciona como uma lógica determinista binária, na qual a disjunção e a simplificação limita as opções possíveis. A discussão e o litígio – como métodos para resolver as diferenças – dão origem a disputas nas quais usualmente uma parte termina ganhadora, e outra, perdedora. Essa forma de colocar as diferenças empobrece o espectro de soluções possíveis, dificulta a relação entre as pessoas envolvidas e gera custos econômicos, afetivos e relacionais.

Enfatizando tal entendimento, vale lembrar que o processo judicial, por se concentrar apenas no litígio (não no conflito) e possuir forma de difícil absorção e internalização por membros de comunidades marginais, não estimula o diálogo, a construção de novas conexões, ao passo que fortalece a disputa entre os envolvidos, por conceder “ganho de causa” apenas a um deles. Uma decisão judicial definitiva não representa, obrigatoriamente, a resolução do conflito, mas apenas do litígio. Muitas vezes, “resolve-se uma querela judicial e outras dezenas aparecem como consequência.” (SALES, 2004, p. 30).

Na mediação comunitária, a prevenção de conflitos favorece diretamente na pacificação social. Isto porque, pela sua própria definição, a mediação comunitária não favorece apenas à formação e fortalecimento de novos vínculos entre as partes, mas a criação de laços entre membros de uma mesma comunidade, estimulando o sentimento de participação social e cidadania. Nesse sentido, pontua Lilia Sales (2004, p. 135) que:

A mediação comunitária possui como objetivo desenvolver entre a população valores, conhecimentos, crenças, atitudes e comportamentos conducentes ao fortalecimento de uma cultura político democrática e uma cultura de paz. Busca ainda enfatizar a relação entre os valores e as práticas democráticas e a convivência pacífica e contribuir para um melhor entendimento de respeito e tolerância e para um tratamento adequado daqueles problemas que, no âmbito da comunidade, perturbam a paz.

Sendo assim, através da mediação se deseja a consolidação de uma comunicação, de formas de entendimento e compreensão, fortalecendo-se uma participação ativa e colaborativa das partes envolvidas, o que culmina em mitigar o surgimento de novos conflitos, ou possibilita a autonomia para administrá-los caso venham a surgir.

2.3.3.3 A inclusão social

A inclusão social é obtida na mediação a partir do conhecimento das partes sobre o conflito em que estão inseridas, da ciência a respeito dos direitos e deveres que lhes atingem e, também, pelo empoderamento que lhes é ofertado quando da necessidade de participar ativamente durante o desenvolvimento do processo, expondo o conflito e propondo diretamente as soluções.

O conhecimento sobre o conflito deverá ser transmitido pelas partes, com o auxílio do mediador. Já o conhecimento sobre o processo deve ser exposto às partes, pelo mediador. Ressalva-se que o trabalho do mediador não se resume a uma mera exposição, mas compreende, especialmente, o esclarecimento detalhado e educação para o exercício de direitos e deveres – atitudes que comunicam o significado da expressão inclusão social.

No que tange à mediação comunitária, vale dizer que nos centros em que estas ocorrem, durante o atendimento prévio à mediação, são oferecidas às partes esclarecimentos sobre informações legais de seus direitos e deveres. Estas não devem ser transmitidas pelo mediador durante a sessão para não ferir a imparcialidade. Porém, podem ocorrer por outros profissionais do centro de mediação que não estejam atuando como mediador naquele caso.

O objetivo da inclusão social torna-se tanto mais importante quanto mais distante as partes envolvidas estão da sociedade, ou seja, quanto mais marginalizada elas se encontram, com menor possibilidade acesso à educação, renda e justiça. A inclusão social, portanto, é sensivelmente notada na mediação comunitária, pois, “ao mesmo tempo que incentiva a participação dos indivíduos socioeconomicamente marginalizados na gerência de seus conflitos, estimulando-os a solucioná-los, possibilita a conscientização de direitos e deveres” (SALES, 2003, p. 33). A mediação comunitária, além de solucionar conflitos e conservar relacionamentos, transmite às partes a noção de que elas próprias são capazes de construir uma solução para as situações conflituosas, estimulando o empoderamento e o sentimento de inclusão.

Com isto, a mediação torna-se útil para manutenção da coesão entre os membros de uma determinada comunidade. Na verdade, enfatiza Vilson Vedana (2003) que “quanto maior a intensidade dos laços que unem os membros de uma determinada comunidade, maior será a importância dada aos métodos de resolução não-judicial de disputas e mais condições existirão para que se consiga realizar a autonomia e o empoderamento da comunidade.”

As partes, então detentoras de conhecimento e consciência, começam a ter o domínio da situação, possibilitando um resgate da autonomia, auto-determinação, sentimento de responsabilidade. Assim, o alcance do objetivo da inclusão social implica diretamente no resgate do exercício da cidadania. Nesse sentido, compreende-se que:

A mediação é uma forma ecológica de resolução de conflitos; uma forma na qual o intuito de satisfação do desejo substitui a aplicação

coercitiva e terceirizada de uma sanção legal. A mediação como forma ecológica de negociação ou acordo transformador das diferenças. Em termos de autonomia, cidadania, democracia e Direitos Humanos, a mediação pode ser vista como a sua melhor forma de realização (WARAT, 1999, p. 79).

Por conseguinte, a inclusão social pode ser considerada como objetivo primordial na mediação comunitária, pois, ainda que não tenha sido alcançada a formulação de qualquer acordo, ou que não sejam prevenidos outros conflitos, se a comunicação proporcionou conhecimento sobre direitos e deveres, atingiu-se a inclusão social.

Então, estando o cidadão consciente dos seus direitos e deveres, mesmo que se afaste do processo de mediação, estará ele consciente das possibilidades existentes para a resolução de sua controvérsia (judiciais ou extrajudiciais), podendo agora escolher o método ou processo que irá utilizar, com clareza de quais são os respectivos efeitos e locais disponíveis para solicitação de apoios específicos.

2.3.3.4 A pacificação social

A pacificação social é o objetivo máximo da mediação, pois concentra o êxito dos demais objetivos deste processo, quais sejam: resolução do conflito, prevenção de novos conflitos e inclusão social.

Tais objetivos estão intimamente conectados, estabelecendo-se uma relação de interdependência entre os mesmos, possuindo como premissa comum e imprescindível para suas concretizações uma comunicação sensível, objetiva, eficiente e eficaz entre as partes, sendo, para isso, a atuação do mediador (como terceiro imparcial e implicado) peça fundamental.

A mediação comunitária é um processo altamente educativo. Através do seu desenvolvimento, as partes são educadas para se comunicarem de forma civilizada, colaborativa e proveitosa, para participarem na construção de soluções e tomada de decisões, para se comportarem em situações adversas e para aplicarem seus direitos e deveres. A mediação oferece a possibilidade das partes adquirirem conhecimento, consciência e responsabilidade. E ainda, promove a formação de novos vínculos na comunidade, favorecendo a melhor coesão desta.

Por conseguinte, como objetivo mediato de uma cultura de mediação em uma comunidade, espera-se a aplicação do diálogo, nos casos de controvérsias, em lugar

da violência; uma atuação colaborativa e solidária, em lugar de uma atuação adversarial e destrutiva. “Um dos benefícios da mediação comunitária é a prevenção da violência, uma vez que a solução das controvérsias é obtida, de uma forma célere, pelas partes envolvidas e não imposta por um terceiro [...]” (PAES DE CARVALHO, 2010).

Observa-se, pois, que existe uma vocação da mediação comunitária em promover a paz e coesão social nas esferas da comunidade, onde os conflitos em geral não são levados ao Judiciário, de maneira que esta se constitui em importante instrumento de realização de justiça. (FOLEY, 2006, p. 20-21). “O convívio social entre os membros da comunidade passava a acontecer de forma mais harmoniosa, [a medida que] era disseminada a noção de que cada um deles era responsável pela manutenção dessa harmonia.” (VEDANA, 2003).

Cumprir lembrar que ideal de pacificação social é a máxima de todos os processos, sejam eles judiciais ou extrajudiciais, autocompositivos ou heterocompositivos, concretizando-se em um ideal de justiça social. Logo, a mediação não deve ser interpretada em substituição ao processo judicial, mas sim em complementariedade a este. Ou seja, a mediação comunitária deve ser vista como método auxiliar ao Poder Judiciário, pois tem a capacidade de redirecionar conflitos para esfera exterior ao Poder Judiciário, reduzindo a quantidade de demandas judiciais, acabando por favorecer a redução a celeridade processual e qualidade das sentenças judiciais. Em busca da pacificação vale coexistir uma pluralidade de alternativas para garantir o acesso à justiça, devendo cada uma destas ser aplicada às questões mais pertinentes as suas características e competências.

2.3.4 O mediador comunitário

Na mediação comunitária, o mediador se constitui em um elemento especial. Isto porque, neste caso, o mediador é caracterizado como “mediador comunitário”, sendo este um membro da própria comunidade. São pessoas identificadas como lideranças locais comunitárias, sensíveis às necessidades do outro, que possuem vocação para o exercício de atividade social, constituindo-se em membros engajados com o desenvolvimento da comunidade. Dispõem-se voluntariamente a dedicar tempo e responsabilidade à mediação, independente de qualquer órgão público, com o intuito de contribuir com o todo. Nesse sentido, vale enunciar os ensinamentos de Ricardo Goretti Santos (2008) abaixo:

Na mediação comunitária, o exercício voluntário da função de mediador fica a cargo de residentes do próprio meio – geralmente líderes comunitários, dada a posição de referência e credibilidade que sustentam junto ao grupo –, que aderem a projetos públicos e privados de formação de mediadores para fins de obtenção do conhecimento técnico necessário na condução de um processo mediador. Buscam neste método, a pacificação autônoma, doméstica, pacífica e autocompositiva de seus conflitos, observados os interesses, as necessidades e as possibilidades locais. O processo decisório se desenvolve internamente, considerando-se as particularidades locais que, provavelmente, não seriam conhecidas ou compreendidas sob um plano externo de observação. Aí reside a legitimidade e força da mediação comunitária. A credibilidade dos mediadores comunitários perante os mediados se justifica no fato de serem ‘cidadãos entre os cidadãos’.

Indica-se que seja o mediador um integrante da comunidade, pois ele conhece os problemas locais, as realidades daquele universo comunitário, tendo a possibilidade de, por estar no seu habitat natural, congregar os conflitos principais, elaborando políticas públicas, formulação de projetos de iniciativa popular, promovendo o exercício da cidadania.

Outra relevância do mediador comunitário é a aproximação que este ente possui com a linguagem utilizada (e compreendida) pelas partes. Em toda mediação a linguagem deve ser simples, afastando-se da erudição das leis e do Direito. Segundo Luís Alberto Warat (2001, p. 35), a linguagem deve utilizar menos os conceitos empíricos e racionais lógico-objetivos, produzindo uma comunicação mais sensível, próxima, subjetiva e humana, uma vez os conflitos tratados envolvem questões internas do indivíduo. Na mediação comunitária a questão da linguagem é mais interessante, pois o mediador comunitário representa vantagem para o êxito máximo do processo de comunicação, tendo em vista que conhece a linguagem e suas deficiências, acopladas com a realidade local.

A atuação do mediador comunitário, no desenvolvimento do processo de mediação, deve ser como terceiro imparcial, responsável por catalisar a comunicação entre as partes conflitantes – tal como ocorre em todos os demais tipos de mediação. Logo, para desenvolver esta função, o mediador necessita possuir habilidades pessoais que favoreçam a sua atividade. Assim, é importante que o mediador seja uma pessoa que inspire confiança, respeito e credibilidade, que seja sensível e perspicaz às questões expostas pelas partes, e também àqueles desejos e interesses ocultos, sendo por isso fundamental ter conhecimento a respeito do contexto em que se verifica o conflito, bem como das condições culturais, sociais e econômicas do indivíduo.

Dentre as habilidades técnicas, pode-se dizer que o mediador não deve se limitar à exposição do conflito, com seus pontos convergentes ou divergentes. Em verdade, o mediador precisa ter a capacidade de rerepresentar o conflito sobre uma perspectiva positiva, como uma oportunidade para se estabelecer novo vínculo, estimulando a criatividade das partes e sua responsabilidade para alcance das decisões. Nesse sentido, entende-se que o mediador deve instigar a construção de um diálogo transformador, ou seja, um diálogo capaz de alcançar soluções que não impliquem em perda para uma das partes e vitória para a outra, mas sim que as próprias partes elaborem resoluções satisfatórias para ambas.

Sobre a postura ética que deve ser adotada pelo mediador, vale considerar o “Código de Ética do Mediador”, publicado pelo Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem (CONIMA). Vale ressaltar que, uma vez que a função de mediador ainda não é reconhecida como classe técnico-profissional, este código de ética não se apresenta de forma universal entre as instituições de mediação. Logo, ocorre a possibilidade de existir outros códigos de ética para mediadores, variando entre cada instituição, o que parece ser interessante, desde que não se desvirtue do propósito e perfil do processo de mediação.

Segundo o “Código de Ética do Mediador” elaborado pelo CONIMA são atributos necessários à atuação ética do mediador: “a imparcialidade, a credibilidade, a competência, a confiabilidade e a diligência”.

O mediador deve atuar com imparcialidade, uma vez na mediação não se aborda o seu interesse pessoal, mas sim os interesses das partes. A imparcialidade é essencial para que se alcancem decisões justas e adequadas às realidades das partes. Nesse sentido pontua Lília Sales (2004, p. 92-93) que o mediador deve ter independência, sendo este um pré-requisito para a imparcialidade:

Entende-se por independência a capacidade de agir livre de toda e qualquer influência. Ao mediador são cabíveis as funções essenciais a uma sociedade democrática de prevenir e resolver conflitos. Como poderia o mediador realizar tais funções sem independência? [...] a independência é necessária para o povo, que precisa de mediadores imparciais para a harmonização pacífica e justa dos conflitos. Como no processo de mediação as partes são responsáveis pela decisão do conflito e ainda pela escolha do mediador, a exigência da liberdade é efetivamente realizada.

A credibilidade também é importante, uma vez que as partes precisam confiar no processo e no mediador. A sua atuação com ética, respeito e profissionalismo contribuem para a construção dessa relação de confiança.

Outrossim, o mediador tem o dever de manter sigilo sobre os fatos conhecidos através do processo de mediação. Por isso a mediação torna-se mais adequada aos casos em que não se deseja publicidade. A intenção é que as partes, por saberem que o processo é sigiloso, sintam-se à vontade, livres e seguras para expor seus sentimentos, suas angústias, seus anseios, podendo-se, de fato, alcançar uma discussão mais profunda, com a visualização dos verdadeiros interesses e real amplitude do conflito.

Sobre a competência do mediador é importante identificar quem pode exercer esta função. Assim, nesta pesquisa, defende-se a concepção de que o mediador não necessita ser um jurista. Em verdade, sabendo que a mediação possui como base a comunicação entre as partes, sendo um processo fundamentado no diálogo, espera-se que o mediador possua habilidades pessoais (que podem ser desenvolvidas em capacitações específicas), que impliquem em uma filosofia mediadora, representando uma pessoa engajada em analisar conflitos e indivíduos, em busca de apropriá-los de consciência e responsabilidade.

A utilização de conhecimentos advindos de várias disciplinas e ciências como direito, psicologia, psicanálise, administração, teoria da comunicação, teoria do conflito é importante para o aprimoramento de técnicas específicas em mediação, sendo a transdisciplinariedade um fator que contribui para a formação da competência do mediador. Observando posicionamentos nesse sentido tem-se:

[...] o argumento de que seria obrigatório o título de advogado para ser mediador, pelo fato de ser necessário que o processo de mediação surta efeitos jurídicos, é falho e desvirtua a essência da mediação. [...] De qualquer maneira a exigência de validade jurídica pode ser satisfeita com um mínimo de conhecimento legal, não havendo necessidade de o mediador ser advogado. Deve-se esclarecer que a mediação se vale da transdisciplinariedade, ou seja, de vários campos da ciência para ser cada vez mais eficaz [...]. Insustentável, portanto, é a tese de que deve ser exigida formação jurídica para assumir a função de mediador. [...] Não é a profissão anterior da mediação que vai determinar sua atuação. A identidade com a função de mediar é do indivíduo, como ser humano, independente da profissão. (SALES, 2004, p. 85-86).

Cumprido dizer que até mesmo os juristas necessitam de capacitações específicas para atuarem enquanto mediadores, pois os cursos de Direito atuais não

formam profissionais para desenvolver mediações, uma vez que estão extremamente vinculados às formalidades legais e processuais, bem como às posturas impositivas e adversariais, sendo os acadêmicos treinados para a disputa (que implica em vitória ou derrota), e não para a conciliação.

Por conseguinte, para a competência do mediador deve-se entender este como terceiro imparcial, com competência técnica e específica para mediar conflitos independente da sua formação profissional. A competência técnica diz respeito à capacitação do mediador, que envolve o conhecimento básico sobre diversas matérias que não apenas o Direito. No Brasil, a partir da Lei n.º 13.140/2015, no artigo 9º, nota-se que poderá funcionar como mediador extrajudicial¹ qualquer pessoa capaz que tenha a confiança das partes e seja capacitada para fazer mediação, independentemente de integrar qualquer tipo de conselho, entidade de classe ou associação, ou nele inscrever-se – bem como independente de qualquer requisito formal.

Tais fatores fundamentam a legitimidade do mediador, que, em mediações comunitárias, constitui-se em um membro nativo da comunidade, que prescinde de formação jurídica formal. Assim, muitos centros comunitários de mediação contam com a participação de advogados para simplesmente assessorar os mediadores no que se refere à adequação jurídica das propostas e decisões das partes ao ordenamento jurídico.

Por fim, o mediador deve assumir uma postura diligente, atentando-se para que o processo de mediação ocorra da melhor maneira possível para as partes, atuando com prudência, com cautela, ouvindo as partes, prevenindo futuras controvérsias durante ou além do processo de mediação.

Por conseguinte, para ser um mediador é necessário um ser humano cuja personalidade e propósito possua identidade com a mediação de conflitos. Assim, concorda-se com o posicionamento de que:

os excelentes mediadores já nascem com o dom de mediar conflitos. São aqueles que voltam para a compreensão do homem e de suas relações em busca da pacificação social e sabem lidar com o ser humano de maneira natural e de forma a oferecer a confiança necessária para transformar diálogo entre as partes, criando vínculos entre elas.” (SALES, 2004, p. 88).

Logo, para que se pratique a mediação comunitária basta que um grupo de pessoas reúna esforços e realize as capacitações devidas para o exercício da função de

¹ Como dito tópicos acima, a mediação comunitária é essencialmente extrajudicial e deve ter esta natureza preservada ainda quando o projeto que institucionaliza a sua atividade representa um órgão do Poder Público.

mediador (devendo ser este uma liderança comunitária), colocando o serviço de mediação à disponibilidade da comunidade. As habilidades do mediador podem ser desenvolvidas e aprimoradas a medida que se estuda e se pratica o processo de mediação, bastando pois dedicação e afinco para o seu exercício. Portanto, se requer do mediador treinamento e conhecimentos específicos, uma vez que a mediação é uma atividade que envolve valores sociais e a intimidade dos indivíduos.

2.3.5 Os princípios da mediação comunitária

O processo de mediação não possui uma forma pré-determinada a respeito da qual desenvolve. Esta varia em função do local em que se realiza a mediação, das partes que estão envolvidas, da complexidade do conflito, do tempo a ser despendido, entre outros fatores. Toda mediação será sempre única. Entretanto, a mediação possui princípios que, apesar das particularidades encontradas, devem estar sempre presentes, pois irão garantir mais chances de se atingir os objetivos anteriormente expostos, implicando no êxito ou não da mediação. Oportunamente vale dizer que antes de ser iniciada uma sessão de mediação todos esses princípios devem ser plenamente esclarecidos às partes, para que elas atuem com consciência, permitindo-se a desistência prévia em caso de discordância.

A título de exame, neste estudo abordar como princípios da mediação, aqueles elencados na classificação criada por Lilia Sales (2004) – que apresenta cinco princípios genéricos e primordiais que estão presentes nos processos de mediação, sendo estes: autonomia da vontade das partes, cooperação entre as partes, imparcialidade do mediador, confiabilidade e informalidade. Apesar de existirem diversas citações, por distintos autores², a respeito de quais os princípios da mediação, pode-se dizer que estes quatro apresentados são “universais”, uma vez que são comuns em todas as classificações pesquisadas e são recorrentes nos processos de mediação desenvolvidos em diferentes países.

Vale ressaltar que a Lei n. 13.140/2015 apresenta um rol de princípios elucidativos a respeito da mediação, que igualmente serão mencionados. Porém, a construção deste rol é recente e ainda não está em vigor. Em contrapartida, as práticas

² Exemplos de autores que estabelecem distintas classificações de princípios: Andre Gomma Azevedo (2012); Tatiana Robles (2009); Lia Regina Castaldi Sampaio e Adolfo Braga Neto (2007).

de mediação comunitária implantadas no Brasil remontam desde a década de 90 e já encerravam princípios que de fato são os que embasaram as práticas de mediação comunitária, bem como a Lei de Mediação (n.º 13.140/2015) mencionada. Vale dizer que estes princípios, além de comuns a todas às mediações de conflitos, se aplicam e caracterizam, absolutamente, o escopo da mediação comunitária. Assim, embora existam diferentes classificações sobre princípios, e até vontade de se estabelecer um princípio diferenciado à mediação comunitária, entende-se que esta discriminação merece ser dispensada, pois os princípios abordados serão suficientes.

2.3.5.1 Princípio da autonomia da vontade das partes

O princípio da autonomia da vontade chamado por Lilia Sales (2004) como princípio da liberdade das partes é o princípio basilar da mediação. A liberdade ou autonomia das partes deve estar presente desde a opção da escolha do processo de mediação como forma de resolução de conflito, na escolha do mediador, até a construção das proposições de soluções e celebração do acordo. Este princípio caracteriza a mediação como um processo voluntário. (SALES, 2004, p. 43). Sobre a escolha do mediador, este pode ser indicado pelo centro comunitário de mediação, porém caberá as partes aceitar ou recusar esta indicação. Disposição semelhante pode ser encontrada na Lei n.º 13.140/2015, que no artigo 4º define que o mediador será designado pelo tribunal ou escolhido pelas partes.

Este elemento favorece o cumprimento do acordo, uma vez que o mesmo foi decidido pelas próprias partes, de maneira consciente e empoderadas de responsabilidade, segundo suas próprias vontades, não tendo sido fruto de imposição de terceiros. Sobre este ponto é que Lília Sales (2004, p. 47) classifica mais um princípio denominado como “princípio do poder de decisão das partes”. Sobre este, preleciona a autora:

Mediação não é um processo impositivo e o mediador não tem poder de decisão. As partes é que decidirão todos os aspectos do problema, sem intervenção do mediador, no sentido de induzir as respostas ou decisões, mantendo a autonomia e controle das decisões relacionadas ao conflito. O mediador facilita a comunicação, estimula o diálogo, auxilia na resolução dos conflitos, mas não decide. (SALES, 2004, p. 47).

Vale fazer a ressalva de que existe a mediação mandatória. Esta mediação é imposta as partes, por legislação específica, como requisito que deve preceder a interposição de processo judicial³. Neste caso, as partes são obrigadas a exercitar o processo de mediação, mas não são obrigadas a formular um acordo por esta via. Elas podem desistir e persistir no processo judicial. Sendo assim, nos casos da mediação mandatória o princípio da autonomia é também obedecido, uma vez que as partes decidem livremente por que caminho irão seguir: se o extrajudicial, já obrigatoriamente iniciado ou o judicial. “A existência da mediação mandatória decorre do interesse de fortalecer tal instituto e ainda como meio de conscientizar os cidadãos da importância do diálogo para uma harmonia social” (SALES, 2004, p. 45).

Assim, o conflito, quer na mediação voluntária, quer na mandatória, será sempre alcançado pela autonomia da vontade. Na mediação nenhuma das partes pode estar submetida a qualquer coação ou ameaça, devendo agir com plena liberdade, estando o mediador impedido de exercer qualquer tipo de manipulação ou definição.

Vale enfatizar a Lei n.º 13.140/2015 dispõe no artigo 2º sobre o princípio da autonomia da vontade (inciso V), que para ocorrer plenamente necessitará da aplicação do princípio da isonomia entre as partes (inciso II), já que a vontade para ser livre necessita de uma de uma paridade, para garantir equilíbrio de forças e poder de decisão.

2.3.5.2 Princípio da cooperação entre as partes

O processo de mediação deve ser realizado de forma a não favorecer a relação binária ganhador e perdedor. Na verdade, deve-se evidenciar que, diante de uma situação conflituosa, ambas as partes poderão sair vitoriosas, desde que atuem em cooperação, tendo em vista que há a possibilidade de realizar concessões recíprocas, produzindo um acordo que satisfaça a ambas. A doutrinadora Lília Sales (2004, p. 46-47) desenvolve que:

O conflito deve ser recebido de forma a não incentivar a competição. As partes não estão em campos opostos, competindo, mas, sim, estão cooperando para que ambas sejam vencedoras [...]. Não há competição na mediação, pelo contrário. Consta-se o interesse em harmonizar as partes. Procura-se amenizar os sentimentos negativos entre elas, buscando a percepção da importância de uma solução pacífica para problemas. [...] A mediação estimula o sentimento de

³ O Novo Código de Processo Civil informa no seu artigo 694 que nas ações de família “todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia”, podendo ser subentendida uma modalidade de mediação mandatória no país.

cooperação e de comunicação quando aponta as partes não como antagônicas, mas como aquelas que trilham o mesmo objetivo: entre as diferenças, encontrar os objetivos comuns, buscando a melhor solução, alcançando a harmonia.

Destarte, além das partes agirem com autonomia, elas precisam estar dispostas a realizar concessões, cumprindo-se, por conseguinte, o princípio da cooperação entre elas, valendo, pois, a responsabilidade por trabalharem em conjunto, mantendo o respeito entre si, na busca da solução para o conflito que pretendem resolver. Afinal, as partes que se submetem à mediação, embora possuam, de início, um conflito – que desejam dirimir –, também comportam um objetivo convergente que, note-se, é a própria vontade de ultrapassar a situação conflituosa de forma amigável e satisfatória.

Vale ainda enfatizar que o princípio de cooperação pode ser identificado na Lei n.º 13.140/2015 como o princípio da busca pelo consenso (artigo 2º, inciso VI), já que encerram o mesmo sentido. Ademias, esta cooperação deve subtender à presença da boa fé das partes (princípio elencado na Lei n.º 13.140/2015, artigo 2º, inciso VIII), garantindo uma atuação ética que será determinante para garantir boas soluções. Portanto, pode-se entender, analogicamente, o princípio da cooperação entre as partes como o princípio contratual da boa-fé objetiva.

2.3.5.3 Princípio da imparcialidade do mediador

Importante também é o princípio da imparcialidade do mediador (encontrado na Lei n.º 13.140/2015, no artigo 2º, inciso I), pelo qual se entende que o mediador deve ser sempre um terceiro imparcial, estando proibido de defender, representar, aconselhar as partes, ou possuir qualquer interesse próprio nas questões envolvidas no conflito. A partir da imparcialidade busca-se evitar abusos e arbitrariedades, visando um processo cada vez mais confiável e idôneo. Lília Sales (2004, p. 48) nomeia este princípio como sendo “princípio da participação de terceiro imparcial”, com noções complementares do “princípio da competição do mediador”, informando que:

A imparcialidade deve ser inerente ao mediador. Isto porque é função do mediador ajudar as partes a reconhecerem os reais conflitos existentes, produzindo as diferenças com o outro e não contra o outro, criando assim novos vínculos entre elas. [...] A intervenção do mediador, manipulando a argumentação, e daí a decisão,

descaracteriza a mediação, pois a igualdade de oportunidade do diálogo é imprescindível a esse procedimento.

Portanto, a imparcialidade do mediador é fundamental, uma vez que este tem a função de auxiliar as partes a decidir com menos emoção, abstraindo os sentimentos egoístas ou de revide que possam existir, em prol de uma paz e resolução, de maneira que ele mesmo tem a obrigação de também abstrair sobre qualquer elemento que possa sujeitá-lo a parcialidade.

Outrossim, com relação à competência do mediador, esta pode ser considerada um princípio da mediação, já que tem total afinidade com os propósitos da mediação. Todavia, para fins dessa pesquisa, não se adota tal aspecto como princípio, uma vez que, tendo sido determinado indivíduo nomeado ou escolhido como mediador, subtende-se que ele possui competência para organizar este processo, devendo desempenhar a sua atividade e se comportar de maneira adequada.

2.3.5.4 Princípio da confienciabilidade

Todo o processo de mediação é sigiloso, de modo que não é permitido às partes ou ao mediador tornar público os acontecimentos e relatos de um processo de mediação. A confienciabilidade da mediação é fundamental para o estabelecimento da confiança durante o processo e está elencada na Lei n.º 13.140/2015, no artigo 2º, inciso VII. As partes necessitam ter confiança para atuar com transparência, estabelecendo-se um diálogo mais completo, e, por isso, mais favorável a uma resolução. A confiança de que anseios e sentimentos não serão revelados é fundamental para o processo de mediação. Nesse sentido posiciona-se Lília Sales (2004, p. 52):

O mediador deve estar comprometido com o sigilo processual. São confidenciais e privilegiadas as informações da mediação. O mediador, qualquer das partes ou pessoa outra que atue na mediação, não poderá revelar a terceiros fatos, propostas, outras informações referentes especificamente ao caso sujeito à mediação. Em alguns países como nos Estados Unidos, o mediador é proibido de testemunhar num caso em que tenha tentado a mediação.

Ademais, vale lembrar que o registro, ou acordo firmado em uma reunião de mediação não comporta a assinatura de testemunhas. A única hipótese é quando se tem a intenção de reduzir o acordo a termo, para que possua efeitos de título executivo.

Por conseguinte, pelo princípio da confidencialidade, define-se que tudo o quanto foi discutido ou trabalhado no âmbito de uma mediação não deve sair desse

âmbito. Este princípio pretende conferir às partes a necessária confiança para, de forma franca e aberta, lidarem com os seus interesses, sem constrangimentos.

2.3.5.5 Princípio da informalidade

Ao final cumpre ressaltar que a doutrinadora Lília Sales (2004) informa a presença de mais um princípio, sendo este o “princípio da informalidade” (reconhecido na Lei n.º 13.140/2015, no artigo 2º, inciso IV). A informalidade da mediação refere-se à ausência de forma rígida e estrutura pré estabelecida deste processo. Isto decorre em função da própria natureza da mediação, sendo este um processo simples, ágil e flexível, bem como pela inexistência, em muitos países e no Brasil, de regulamentação que determine previamente as suas formas e procedimentos.

Ainda que a mediação apresente uma regulamentação legislativa no Brasil, este assegura a informalidade do processo (através do artigo 2º, inciso IV da Lei 13.140/2015), bem como a sua oralidade (mediante o artigo 2º, inciso III, da Lei 13.140/2015). Isto porque a simplicidade é atributo da mediação, de maneira que a suposta “formalidade” não deve implicar em burocratização do processo. Nesse sentido pontua Lília Sales (2004, p.50):

O processo de mediação é essencialmente informal. A informalidade significa que não existem regras rígidas nas quais o processo de mediação deve ser baseado. Não há uma forma pré-determinada, já que os objetivos desejados podem ser alcançados sem formalismos; deve haver simplicidade dos atos. A mediação não está submetida às regras de Direito processual, daí porque muitas vezes os operadores do Direito, acostumados com tantas regras processuais, questionam a efetividade da mediação de conflitos.

A informalidade é uma característica do processo de mediação evidenciada pela horizontalidade do mediador frente às partes, que propicia maior proximidade, descontração e tranquilidade durante o processo de mediação, o que acaba por favorecer a comunicação e resolução de conflitos. Assim, em virtude desta informalidade, a oralidade e linguagem utilizada são muito valorizadas, tornando-se quesitos interessantes para a estimulação do diálogo. Logo, a informalidade da mediação fortalece a participação ativa e autonomia da vontade das partes.

Ademais, a informalidade garante que a performance do processo de mediação seja melhor adaptada a cada contenda, resultando em decisões mais satisfatórias para os envolvidos. Por conseguinte, pode-se dizer que a mediação, em

virtude da sua informalidade, corrobora – diretamente – para uma resolução mais eficiente dos conflitos.

2.3.6 Principais enfoques no desenvolvimento do processo de mediação comunitária

Conforme já mencionado, o processo de mediação no Brasil é informal, pois não possui procedimentos rígidos ou hierárquicos. Contudo, embora não haja uniformidade quanto aos seus procedimentos, a mediação é caracterizada como um processo estruturado. Isto porque, tendo em vista a natureza da mediação enquanto processo, os seus objetivos e os seus princípios, percebe-se que alguns enfoques durante o seu desenvolvimento são necessários para sua plena consecução.

É muito comum a denominação deste tópico como etapas, fases ou procedimentos da mediação. Todavia, vale ressaltar que neste trabalho optou-se por adotar a expressão “enfoques”, tal como é utilizada André Gomma de Azevedo (2002), eis que nesta oportunidade não se tem a intenção de apresentar ou capacitar os leitores para a prática da mediação. Logo, por descrição em etapas entende-se a informação sobre o quê mediador deve fazer, na prática, com detalhes, ao longo do processo de mediação. No caso em comento, na verdade, o objetivo é simplesmente pontuar quais os enfoques necessários de serem abordados na aplicação da mediação – ou seja, no decorrer de suas etapas.

Vale ainda comentar que os enfoques representam o escopo do processo de mediação, sendo estes interdependentes e interrelacionados, de modo que, embora possam informar uma seqüência lógica, devem ser aplicados durante o processo, independente de hierarquia ou rigidez.

2.3.6.1 Enfoque na confiança

No processo de mediação, o primeiro passo a ser dado e conquistado é o estabelecimento de uma relação de confiança. As partes precisam ter plena confiança no mediador para que a mediação transcorra de forma mais produtiva e tranqüila possível.

Para tanto é imprescindível que mediador esclareça o processo de mediação, estabeleça os seus limites e as suas regras. Deve ele informar que o seu papel é facilitar o diálogo, sendo as partes responsáveis pelas soluções e decisões tomadas; que

enquanto terceiro imparcial prezará pela equidade das partes; que as partes necessitam estar abertas e dispostas a dialogar de forma colaborativa; e que todos os presentes devem firmar um pacto de confidencialidade. Cumpre ao mediador informar também que os direitos e deveres impostos por lei serão seguidos, de maneira que não ocorrerá o estabelecimento de novas regras ou padrões de condutas⁴.

Na mediação comunitária a conquista da confiança é essencial e também mais facilmente adquirida pelas partes e pelo mediador. Em função do mediador ser um membro da comunidade, ele já é conhecido e já possuiu agregado a sua pessoa atributos como a credibilidade.

A linguagem do mediador, que é próxima às das partes conflitantes, igualmente favorecem à construção de pontes no processo comunicativo. Nesse sentido, costuma-se utilizar a expressão "estabelecer o *rapport*" com as partes. O *rapport* é fruto de um processo de comunicação eficiente estabelecido pelo mediador. Está relacionado ao grau de liberdade e informalidade ocorrido na comunicação, ao nível de conforto das partes, à precisão do que é comunicado e à qualidade do contato humano que se instaura. O *rapport* varia desde o estilo e da maneira de falar do mediador até a sua origem social. “Por essa razão, a escolha de mediadores inseridos na rede social comunitária facilita a promoção do *rapport* na mediação, uma vez que existem mais fatores de identidade entre o mediador e as partes”. (VEDANA, 2003). A cartilha da Escola de Mediadores (2002, p.15-16) dispõe que esse enfoque é realizado na fase de pré-mediação, sendo esta descrita a seguir:

Primeira Etapa: Pré-Mediação

É o início da conversa, quando o mediador conquista a confiança das partes envolvidas no conflito. Qualquer deslize ocorrido aqui pode complicar o desenvolvimento da mediação. Caso as partes não se sintam seguras e confortáveis para expor suas preocupações, dificilmente levarão a mediação à frente. O cuidado nesta etapa deve ser redobrado, até mesmo com a arrumação da sala que irá receber as partes. É importante que elas sintam iguais. O mediador deve fornecer o mesmo espaço para todos: cadeiras iguais e dispostas ao redor da mesa produzem uma sensação de equilíbrio. [...]

Em seu discurso inicial, o mediador explicará o propósito da mediação e seus princípios básicos. Feito isso, checará se há interesse voluntário e capacidade das partes para participarem da mediação.

É necessário determinar desde o início as regras que nortearão a mediação, de modo a evita surpresas futuras. O mediador tem de estar

⁴ Todavia, vale lembrar que determinada corrente doutrinária (a exemplo do Prof. Roberto Lyra Filho) defende a possibilidade de extensão de processos extrajudiciais para a formação de um “Direito Alternativo” ou “Direito Achado na Rua”, o qual nesta pesquisa não foi adotado.

certo de que não há dúvidas sobre o processo e seu mecanismo de funcionamento.

Lília Sales (2004), explicitando ensinamentos de Juan Carlos Velluza, informa que o enfoque na confiança deve ser realizado na primeira etapa do processo de mediação propriamente dito (e não em fase de pré mediação):

A primeira etapa representa o momento em que o mediador explica o processo de mediação para os participantes. Nessa etapa tornam-se claras as fases do processo de mediação, a imparcialidade do mediador, a voluntariedade de tal processo, o respeito mútuo exigido no decorrer do processo, a garantia do sigilo do discutido, a igualdade de oportunidades, a responsabilidade das partes pelas decisões, os honorários do mediador e a forma de pagamento [se for o caso de não realizado gratuitamente]. Todas as dúvidas quanto a mediação deixam de existir nessa primeira etapa. (SALES, 2004, p. 69).

A mesma autora enfatiza que há a faculdade de realizar uma pré-mediação, em determinadas hipóteses, classificando sua finalidade como:

[...] necessidade da preparação para mediação. Esse momento é utilizado para eliminar o caráter adversariante tão comum entre pessoas em conflito, fruto da representação do litígio, tão arraigada à cultura do povo brasileiro.; explicar a responsabilidade absoluta das partes pelo processo de mediação e que o mediador não decide, não sugere sugestões e não oferece assessoramento legal; esclarecer sobre o trabalho cooperativo entre as partes, a necessidade de respeito mútuo e a exigência de escuta sobre o que cada um deseja [...] (SALES, 2004, p. 70).

Por conseguinte observa-se que independente se ser na pré-mediação ou na mediação propriamente dita, o primeiro enfoque será o estabelecimento de uma relação de confiança entre as próprias partes e entre estas e o mediador, em virtude de condutas operadas para garantir a transparência e confiabilidade em relação a mediação. E que, nos casos de mediação comunitária, a construção desta confiança é facilitada pela unidade e identidade encontrada em membros de uma mesma comunidade.

2.3.6.2 Enfoque na conscientização

Outro enfoque que deve ser dado é na conscientização das partes. Observe que esse processo se inicia desde o enfoque anterior, pois para se garantir a confiança, são necessários esclarecimentos, passando as partes a terem consciência sobre o processo. Todavia, a consciência igualmente se refere, neste item, à relação

entre as partes e o reconhecimento sobre seus verdadeiros desejos, sentimentos e valores.

Portanto, para se atingir essa consciência deve-se proceder à apresentação dos relatos pelas partes. Cada uma por vez deverá realizar suas exposições, que serão ouvidas com atenção. Após ouvir as partes o mediador tem o dever de sintetizar o que as mesmas disseram, utilizando suas expressões para transformar a visão do conflito, propondo como uma oportunidade para estabelecerem ma nova forma de comunicação. Destarte, pode-se dizer que sob este enfoque:

[...] as partes falam sobre o conflito que as levou até mediação, cabendo a ela decidir quem deve começar a falar. O mediador deve ouvir com atenção deixando as partes à vontade, confortáveis para expressar o sentimento sem obstáculos.

[...] o mediador depois de perguntar se as partes tem algo a acrescentar, faz um resumo do que foi explicitado, requerendo que às partes intervenham caso diga alguma intervenção. Nesse momento deve o mediador aproveitar ara, com as palavras dos mediados, mostrar os pontos de convergência, os ponts positivos, criando base sólida para a comunicação. (SALES, 2004, p. 69).

Este é um enfoque que, de fato, se estende durante todo o período de negociação das partes, durante todo o processo de mediação, e não apenas se restringe ao momento inicial de exposição dos fatos. Então, sempre o mediador deve estar apontando, indicando o que foi dito, atento as expressões e gestos, buscando visualizar também o que não foi dito, e apresentando o que for relevante para ser trabalhado durante o processo, de forma objetiva, para que as partes tomem conhecimento. Assim, vale apresentar que:

a todo momento o mediador deve verificar se o seu entendimento sobre as informações que lhe são repassadas está correto. Um modo eficiente de se fazer isso é repetindo o que foi dito, tomando-se o cuidado de neutralizar conteúdo da mensagem. Esta neutralização significa repassar a essência do que foi dito, sem, contudo, enfocar toda a carga de sentimentos que da parte sobre a situação. É função do mediador objetivar, ao máximo, o discurso, de modo a possibilitar a negociação. (ESCOLA DE MEDIADORES, 2002, p. 17).

A conscientização requer uma participação circular entre partes e mediador ou entre elas diretamente, buscando-se atingir o afastamento do ego para que a negociação se proceda da maneira mais racional e objetiva possível, e as decisões tomadas sejam mais conscientes e menos impulsivas. Para tanto, a atuação do mediador é essencial.

Independente da etapa em que a mediação está se processando, o mediador deve sempre estar enfocando a parte para que a mesma tome consciência dos seus reais interesses, sentimentos, necessidades, desejos e valores. Na ausência de uma mínima conscientização a respeito dessas questões, as partes estarão menos dispostas a criar soluções e sugerir propostas.

Sobre este enfoque, cumpre ressaltar que na mediação comunitária este enfoque possui uma função social altamente relevante, na medida em que o mediador tem o dever de conscientizar as partes sobre os seus direitos e deveres. Assim, as partes não adquirem consciência apenas sobre o conflito em que estão inseridas, mas também das disposições legais que influenciam e coordenam aquela demanda.

Assim, através da conscientização das partes, obtêm-se a aproximação dos membros daquela comunidade (marginalizada em face do acesso à justiça), ao ordenamento jurídico vigente e formalmente estatuído. A conscientização possibilita o conhecimento das partes sobre seus direitos e deveres, representando, portanto, uma ferramenta para administração de seus conflitos de acordo com as disposições legais.

A mediação comunitária, ao se realizar em núcleos de comunidades carentes, na medida em que conscientizam às partes sobre direitos e deveres, adéquam o Direito à vida social destes agentes, e fortalecem a inclusão social e resgate da cidadania.

2.3.6.3 Enfoque no empoderamento

Pode-se dizer que a conscientização é pré-requisito e também base para o (enfoque do) empoderamento das partes em conflito. É importante que o mediador esteja sempre empoderando as partes, independente da etapa em que a mediação está se processando. Isto quer dizer que o mediador deve sempre orientar sobre a melhor forma delas se comunicarem, de examinar as questões controversas e negociar com a outra parte. Empoderar as partes, portanto, pode ser considerado como a possibilidade que estas têm de, diretamente, negociarem, pois já possuem a consciência de que serão elas quem deverá propor as soluções para o conflito.

Além de confiantes e conscientes as partes, no momento do enfoque no empoderamento, possuem o domínio sobre a controvérsia e, por isso, a responsabilidade de propor pessoalmente soluções, de administrá-la e resolvê-la. Dessa maneira “o mediador está empoderando (*empowering*) as partes habilitando-as a lidarem não

somente com essa situação, mas também com futuras controvérsias”. (AZEVEDO, 2002, p. 9).

No caso da mediação comunitária, o empoderamento das partes para a resolução de seu conflito individual repercute com impacto na administração de outras situações conflituosas, ocasionadas no seio desta mesma comunidade.

Isto porque, na mediação comunitária o empoderamento é responsável por transmitir às partes envolvidas a noção de que elas mesmas são capazes de encontrar soluções para as questões em disputa. Assim, “o convívio social entre os membros da comunidade passava a acontecer de forma mais harmoniosa, pois era disseminada a noção de que cada um deles era responsável pela manutenção dessa harmonia.” (VEDANA, 2003).

Ressalva o doutrinador Wilson Vedana (2003) que existem ainda outros fatores que influenciam no grau de interferência da mediação comunitária na estrutura social da comunidade. Nesse sentido afirma o autor o seguinte:

quanto maior a intensidade dos laços que unem os membros de uma determinada comunidade, maior será a importância dada aos métodos de resolução não-judicial de disputas e mais condições existirão para que se consiga realizar a autonomia e o empoderamento da comunidade. Em comunidades com um alto grau de coesão, a escolha de mediadores dentre membros da própria comunidade pode representar um fator adicional de legitimação do programa de mediação comunitária como um todo [...]. (VEDANA, 2003).

Logo, compreende-se que a mediação comunitária, por oportunizar o empoderamento das partes, não se resume apenas a um método alternativo de resolução de disputas, mas comporta-se como um processo que detêm a capacidade (e função) de promover a manutenção da coesão entre os membros de uma determinada comunidade, preservando-se o conjunto de valores cultivado naquele ambiente social. (VEDANA, 2003).

A mediação de conflitos é um processo que se caracteriza pela participação direta das partes, e desenvolve a habilidade de determinação destas. Diante de conflitos as pessoas são estimuladas a se comportarem como cidadãos ativos e não passivos que permanecem inertes aguardando uma prestação jurisdicional.

2.3.6.4 Enfoque na colaboração

Não é suficiente que uma parte esteja consciente apenas de sua própria situação. Faz-se necessário que o mediador auxilie as partes, durante todo o processo a compreender a parte contrária, reconhecendo seus interesses, sentimento, desejos, e valores. Normalmente isto é feito mediante um processo de reconstrução simbólica, no qual o mediador solicita que uma das partes verbalize o que foi dito pela outra, para que se verifique se o que foi dito anteriormente realmente foi compreendido. Nesse sentido, vale ressaltar os seguintes apontamentos práticos:

Após ouvir os relatos sobre o conflito, o mediador deve ter em mente uma visão global do problema. Uma forma de se obter isto é estabelecendo em que áreas houve acordo e desacordo entre as partes, de modo a perceber claramente como o problema é enxergado pelos participantes.

Outro passo importante nesta fase de negociação é fazer com que uma das partes envolvidas se coloque no lugar da outra. Para isso, o mediador deve elaborar uma pauta, partir da qual serão discutidos os fatos, necessidades, propostas, angustias e pontos de vista de cada parte. Esta reflexão sobre como o outro enxerga o conflito auxilia na construção do acordo, pois desperta sentimentos que se quer cogitava. (ESCOLA DE MEDIADORES, 2002, p. 17-18).

Além de auxiliar as partes a se comunicar de maneira cooperativa, o mediador tem a obrigação de conter as agressões que possam surgir entre as partes. “O mediador tem o dever de intervir caso não consiga contornar a hostilidade entre as partes. Para essas situações, o mediador pode marcar sessões separadas.” (ESCOLA DE MEDIADORES, 2002, p. 19). Ademais a doutrinadora Lília Sales (2004, p.70), chama atenção para o mesmo aspecto, todavia, apontando uma postura preventiva do mediador:

as partes após ouvirem o resumo dos fatos feito pelo mediador, começam um diálogo direto, com maior profundidade. Nesta etapa é que surgem as maiores contradições, indefinições e obscuridades. O mediador deve ser muito cauteloso para evitar agressões mútuas, que em nada ajudam na comunicação. (SALES, 2004, p. 70).

Por conseguinte, durante o processo de mediação e mais precisamente na fase de negociação, que ocorre diretamente entre as partes devidamente empoderadas, o mediador deve estar atento as questões suscitadas e à necessidade das melhores técnicas a serem aplicadas para que as partes atuem de maneira colaborativa e solidária. O

enfoque na colaboração desenvolve a habilidade de se relacionar solidariamente, mesmo diante de situações adversas.

2.3.6.5 Enfoque na reconciliação

O enfoque na reconciliação entre as partes existe durante todo processo de mediação, uma vez que um dos seus objetivos é a solução do conflito. Todavia, é na fase final da mediação, após todo o processo de negociação, que ele mais se evidencia.

O mediador começa a sintetizar os pontos que foram apresentados, dando ênfase não mais àqueles controversos, mas sim aqueles apontados como satisfatórios pelas partes. O enfoque na reconciliação pode ser considerado como “o início das conclusões. Sem impor qualquer acordo, o mediador começa a sintetizar os temas já abordados no diálogo estabelecido, ensinando às partes a raciocinarem em busca de soluções satisfatórias e de cumprimento possível.” Demonstrando também esta característica tem-se que:

O mediador precisa fazer anotações a medida que as partes forem chegando a um acordo. Isto evita que, ao final, algum elemento fique de fora do acordo. Se necessário, o mediador repetirá as alternativas escolhidas, diminuindo assim, qualquer dúvida sobre os pontos já acordados. (ESCOLA DE MEDIADORES, 2002, p. 18).

A reconciliação se traduz, na prática, na elaboração do acordo, de forma que este se torne aceitável por ambas as partes. Vale lembrar que o acordo poderá ou não ser escrito e que, mais uma vez, as partes serão informadas que ele não será definitivo, ou seja, pode ser revisto a qualquer tempo pelas mesmas ou pelo Poder Judiciário. Logo, na mediação comunitária, o que importa é o acordo valer entre as partes que o criaram e o estabeleceram, de modo que o mesmo para ser cumprido dispensa a formalização em título executivo.

Existe uma tendência a validar acordos apenas se os mesmos se apresentam em forma de títulos executivos judiciais ou extrajudiciais. Isto porque, neste casos, a execução em caso de descumprimento se faz imediata. Na mediação comunitária os acordos, quando reduzidos a termo, podem ser transformados em títulos executivos, como qualquer outro acordo gerado por vontade das partes, desde que elas assim desejem.

No entanto, entende-se que, o mais importante, ao final, é que o mediador recorde às partes que o acordo foi fruto do entendimento destas, e, portanto, que o seu

sucesso dependerá exclusivamente da cooperação entre elas, então responsáveis pela decisão e efetivação. Logo, mesmo diante da formalização do instrumento em título executivo, para que se obtenha o efetivo cumprimento das obrigações pactuadas, será imprescindível a vontade e ação das partes, na sua consecução.

2.4 COMPARAÇÃO ENTRE A MEDIAÇÃO E OS OUTROS PROCESSOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Tendo em vista o crescente número de demandas sociais, as suas diversidades e complexidades, coexistir uma pluralidade de alternativas para garantir o acesso à justiça (sendo este entendido como resolução de conflitos e satisfação de direitos e deveres) é necessário. O Poder Judiciário, devido a ausência de estrutura e recursos humanos e financeiros suficientes, encontra-se impossibilitado de suportar com exclusividade essas demandas.

Cada um dos métodos de resolução de conflito deve ser aplicado às questões mais pertinentes as suas características e competências. Logo, a análise da situação concreta e, por conseguinte, dos objetivos que necessitam ser alcançados, é fundamental para uma correta escolha do processo que será adotado, podendo ser ele judicial ou extrajudicial. Assim, apesar da mediação poder ser utilizada, juridicamente, em quase todos os tipos de controvérsia, existem aqueles que, devido à sua própria natureza, são menos recomendáveis de serem tratados por determinado processo.

Nesse sentido, vale conferir algumas comparações entre a mediação e outros processos extrajudiciais de solução de controvérsias (sendo estes a negociação, a conciliação e arbitragem), e entre a mediação e o processo judicial. O intuito é simplesmente verificar os pontos semelhantes e divergentes, bem como as vantagens e desvantagens que acabam por influenciar no acesso à justiça⁵.

Vale dizer que não se buscou realizar uma análise profunda dos demais processos (distintos da mediação, obviamente), por não serem estes objetos desta pesquisa, mas tão somente apresentar algumas comparações com a mediação. O

⁵ Cumpre ressaltar que a mediação comunitária, nesta pesquisa, não está sendo considerada como fonte de normas paralelas ao Direito estatuído. Ao contrário, a mediação está sendo proposta como um processo capaz de aproximar o Direito vigente de uma determinada parcela da população marginalizada em relação à justiça, para que se promova transformação e esta parcela se aproprie dos direitos e deveres já estabelecidos pelo sistema jurídico existente.

objetivo resume-se, pois, a aprofundar o entendimento sobre o processo de mediação, cujas noções gerais foram apresentadas anteriormente e perceber a possibilidade de coexistência harmônica de todos os processos, em uma mesma sociedade, e a notável complementariedade destes na busca da pacificação social.

4.4.1 Mediação x negociação

A negociação é um processo comum na vida do ser humano. As pessoas estão negociando a qualquer tempo e lugar. Assim, por exemplo, quando um aluno ajusta com um professor a data de entrega de um trabalho ou quando, um filho acorda com o pai o horário de retorno de uma festa está-se realizando uma negociação. Enfim, antes da negociação ser um fato jurídico, ela é um fato natural (SALES, 2003, p. 36).

Enfatizando a negociação como fato jurídico, tem-se que esta é um processo de resolução de conflitos privado, voluntário, informal e não estruturado, que se estabelece por meio da autocomposição. As partes normalmente se posicionam diretamente ou por meio de seus representantes ou advogados. Assim, não possui qualquer participação de terceiros intermediários para auxiliar as partes a encontrarem soluções, diferindo, neste aspecto da mediação, que pressupõe a implicação de mediadores.

Desta maneira, percebe-se que o objetivo da negociação resume-se ao alcance de um acordo sensato, eficiente e aceitável para todos os negociadores, de modo que se não aprimore a relação entre as partes, também não a prejudique. Para tanto, é necessário que haja uma distância entre conflito apresentando e as pessoas (e seus sentimentos), exigindo-se habilidades como concentração, objetividade e racionalidade durante o processo.

Em contraponto, com o auxílio do mediador, os objetivos da mediação estendem-se para além da resolução de conflito, sendo também importante para sua prevenção e capacitação das partes sobre os seus direitos e deveres, tornando-se instrumento de inclusão social.

O acordo celebrado na mediação não tem um caráter impositivo, uma vez que determinado pelas partes, nem obrigatório, de modo que é facultado as mesmas acatar as decisões tomadas ou não. Todavia, entendendo-se que o processo foi gerido de maneira consciente, presume-se que haverá o devido cumprimento. Vale ressaltar, porém, que se tal acordo for reduzido a termo, tendo sido assinado por testemunhas,

transformando-se, pois, num instrumento contratual, o seu cumprimento se tornará obrigatório.

4.4.2 Mediação x conciliação

A conciliação é uma forma de resolução de conflitos pacífica e consensual, muitas vezes confundida com a mediação, o que ressalta a importância de realizar distinções entre tais processos. Primeiramente, vale dizer que a conciliação nem sempre ocorre por via extrajudicial, existindo circunstâncias em que esta se dá compulsoriamente por via judicial, segundo determinações legais. Judicialmente, a conciliação deixa de ser considerada um processo alternativo de resolução de conflitos, passando a ser um procedimento componente do processo judicial, o qual se destina a resolver apenas o litígio, não oferecendo soluções para o conflito.

No Brasil contemporâneo, tem-se dado importância à solução de conflitos por vias amigáveis, ainda que inseridas em um processo judicial, reconhecendo-se o valor da conciliação pela previsão expressa no Código de Processo Civil que em seu artigo 125, inciso IV atribui ao juiz o dever de “tentar a qualquer tempo conciliar as partes”, e em seu procedimento ordinário inclui a realização de uma audiência de conciliação (ou audiência preliminar), na qual o juiz, nas hipóteses de causas que tratem de direitos disponíveis, deverá tentar a conciliação entre as partes. Da mesma forma, o juiz está obrigado a oferecer a possibilidade de conciliação no início da audiência de instrução de julgamento, de acordo com os artigos 447 e 448 do Código de Processo Civil. (Igualmente, na Lei 9.099 de 1995, que implementa os Juizados Especiais também é oferecido especial destaque à conciliação, uma vez que este é conferido ao processo uma fase conciliatória. (CINTRA, DINAMARCO e GRINOVER, 2004, p. 27).

Outrossim, a conciliação por via extrajudicial normalmente, apresenta-se como um processo de resolução de conflitos voluntário e informal, que conta com o auxílio de um terceiro imparcial, o conciliador, que possui a disponibilidade de intervir no processo de comunicação das partes e de propor, diretamente, soluções e acordos. Neste aspecto, portanto, difere-se da mediação, uma vez que neste processo o mediador não pode apresentar soluções, já que sua função se constitui em apoiar às partes na construção de suas próprias alternativas e saídas, apontando sempre o rumo mais coerente e aproximando-as dos seus direitos e deveres, na medida em que os esclarece.

Tem-se, então, a primeira diferença da mediação diferentemente de como ocorre com a conciliação. Este terceiro, na conciliação pode intervir propondo soluções, de maneira que não faz parte de sua função empoderar as partes para que determinem e administrem pessoalmente seus problemas.

Todavia, a diferença mais importante entre a mediação e a conciliação (seja ela judicial ou extrajudicial) refere-se ao seu conteúdo de cada um destes institutos. A conciliação destina-se, exclusivamente, à realização de um acordo, a fim de que se evite a continuação ou a interposição de um processo judicial. Assim,

na conciliação o mediador sugere, interfere aconselha [...] resolve-se o conflito que se expõem, não cabendo ao conciliador apreciá-lo com profundidade, verificando o que há além dele. E ainda o conciliador intervém muitas vezes no sentido de forçar um acordo (SALES, 2003, p. 38).

Na mediação, entretanto, o acordo é conseqüência natural da real comunicação entre as partes, uma vez que o mediador catalisa esta comunicação sem proceder uma indução das partes. Portanto, “na mediação é preocupação primeira do mediador verificar todo o contexto do conflito, não podendo o mediador forçar qualquer acordo. O acordo deve nascer porque as partes decidiram assim e não por intervenção de terceiro” (SALES, 2003, p. 38). Luís Alberto Warat (2001, p. 80) enriquece este entendimento quando enuncia que

a conciliação não trabalha o conflito, ignora-o, e portanto, não o transforma. O conciliador exerça a função de negociador do litígio, reduzindo a relação conflituosa a uma mercadoria. O termo de conciliação é termo de cedência de um litigante a o outro, encerrando-o. Mas, o conflito no relacionamento, na melhor das hipóteses permanece alterado.

Por conseguinte, conclui-se que a conciliação tem a função simples de realizar um acordo, pressupondo uma análise superficial do conflito (especialmente se reduzido a solução do litígios, nas conciliações judiciais). Na mediação, a análise será aprofundada, buscando a transformação da perspectiva do conflito e a criação de novos vínculos de comunicação entre as partes. Vale dizer que as diferenças apontadas não se constituem em vantagens ou desvantagens de um dos institutos em relação ao outro. Na verdade, ambos são úteis e legítimos, devendo-se, entretanto, observar suas características para permitir a aplicação mais apropriada a cada tipo de caso.

Assim, nas questões em que as partes não possuem vínculos, melhor será a utilização da conciliação, visto que não ocorrerá tratamento sucessivo entre estas. Já

nas hipóteses em que os conflitos surgem nas relações permanência de vínculo entre as partes, vale mais a pena realizar a mediação, uma vez que esta dispõe de técnicas que visam o aprimoramento desta relação.

Por fim, vale fazer a seguinte ressalva: é comum ocorrer a denominação de processos que na sua essência encerram uma mediação, como conciliação. Isto porque, todo processo de mediação de conflitos, encerra em si uma conciliação entre as partes. Porém, este trabalho adota as denominações apresentadas e cujas características estão devidamente apontadas, sendo esta a aplicada pela maioria dos doutrinadores pesquisados, já devidamente citados.

4.4.3 Mediação x arbitragem

O processo de arbitragem é também uma via alternativa de resolução pacífica de litígio. Porém, diferentemente dos institutos anteriormente apresentados, a arbitragem possui regras consignadas em lei, qual seja a Lei 9.307 de 23 de setembro de 1996, o que a caracteriza como um meio dotado de mais formalidades.

Assim, todas as pessoas que possuem capacidade para contratar poderão se valer da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. As partes irão nomear um ou mais árbitros para solucionar as divergências, de modo que estas não possuirão nenhum poder de decisão, estando este concentrado unicamente no árbitro. O árbitro deve ser um especialista no tema a ser discutido, uma vez que a ele incube o dever de realizar relatório e proferir a decisão.

Este árbitro é investido de poder e sua decisão é soberana, devendo ser proferida em forma de sentença, que não está sujeita a homologação, nem passível de recurso ao pelo Poder Judiciário. Portanto, essa decisão deverá ser acatada pelas partes, possuindo força de título executivo judicial. Apenas nas hipóteses de nulidade previstas em lei, que normalmente se remetam às formalidades da arbitragem, é que a sentença arbitral poderá se sujeitar à apreciação pelo Judiciário.

Logo, diante da mediação de conflitos a arbitragem apresenta diferenças consideráveis. Na arbitragem a decisão sobre o litígio é de responsabilidade do árbitro, que participa do processo de maneira imparcial, equidistante, superior às partes e passiva, analisando apenas os aspectos objetivos e analíticos do problema. Na mediação as decisões e soluções para o conflito são de responsabilidade das partes. O mediador tem a responsabilidade de prover a melhor comunicação entre estas, atuado

com imparcialidade, estabelecendo uma participação horizontal e ativa, tratando inclusive do caráter subjetivo do problema, auxiliando na construção das soluções através de processos mentais e educativos.

Ademais, enquanto que na mediação o acordo não é obrigatório, na arbitragem a decisão tem força de título judicial. A arbitragem possui um caráter impositivo em toda sua essência, enquanto que a mediação favorece mais a participação e inclusão social.

Vale, oportunamente, realizar considerações da arbitragem face ao processo judicial. A arbitragem confere maior celeridade do que o processo judicial na solução do litígio, constituindo-se em um processo mais especializado, tendo em vista o conhecimento específico dos árbitros. Pois sim, recomenda-se a utilização da arbitragem para aqueles os litígios que necessitam de conhecimentos extremamente técnicos para sua solução. Fora isto, favorece a manutenção do sigilo, uma vez que se apresenta como instituto privado, e não público.

4.4.4 Mediação x processo judicial

A mediação não deve ser interpretada em substituição ao processo judicial, mas sim em complementariedade a este. Isto porque a mediação tem a capacidade de redirecionar conflitos para esfera exterior ao Poder Judiciário, reduzindo a quantidade de demandas judiciais, acabando por favorecer a celeridade processual e qualidade das sentenças judiciais.

O processo judicial se aplica aos conflitos mais complexos que necessitam de um procedimento que garanta a realização de todos os meios probatórios possíveis, o que a mediação não proporciona, em princípio, tendo em vista ser um procedimento simples, em que a principal discussão não versa sobre comprovação de fatos (normalmente sobre estes existe o consenso, ou trata-se apenas de questões documentais com certidões e escrituras públicas), mas sim sobre sentimentos, angústias, valores e desejos divergentes.

Nesse sentido, vale dizer que o processo de mediação possui ainda algumas hipóteses em que existe a impossibilidade de realização, sobretudo, quando ocorre a ausência da vontade das partes para poder cooperar e dialogar com boa fé. Ou, no caso de partes que são naturalmente desiguais, é possível que a informalização cause a deterioração da posição jurídica da parte mais fraca, decorrente da perda de garantias

processuais. Ainda que os mediadores quisessem compensar esta perda, isto seria difícil, pois estariam eles desprovidos de mecanismos sancionatórios eficazes (SANTOS, 2007, p. 180). Contudo, vale dizer que o processo de mediação não fere a liberdade da pessoa, tendo em vista seu caráter voluntário, de maneira que as partes somente se submetem ao processo se assim se sentirem dispostas.

“A mediação é uma proposta transformadora do conflito porque não busca a sua decisão por um terceiro, mas, sim, a resolução pelas próprias partes, que recebem o auxílio do mediador para administrá-la.” (WARAT, 2001, p. 80). Com a mediação busca-se equilibrar a mente e ego, os sentimentos são tratados, de maneira que as decisões são tomadas de forma madura, após um processo de consciência e empoderamento das responsabilidades, garantindo que as definições estabelecidas pelas partes serão por elas cumpridas. Em comparação, uma decisão judicial, embora definitiva (imaginando-se aquela considerada como coisa julgada), pode demorar em mais tempo de ser acatada, tendo em vista que foi decidida por terceiro estranho ao conflito, de maneira que este fato é que gera a necessidade de execução.

Para quem busca o sentimento de vitória numa disputa e, por isso, para quem não interessa a manutenção de um bom vínculo com a parte “adversária” após esta etapa de controvérsia, além de buscar a recompensa pecuniária, o processo judicial é o método indicado, pois a mediação não trabalha com esta postura adversarial ganhador-perdedor. A mediação é uma relação de ganha-ganha, em que as partes devem cooperar umas com as outras, desenvolvendo sentimento de solidariedade, buscando por fim aquele conflito, mas estabelecer vínculos interessantes para o futuro.

A autora Lília Sales (2004, p. 72) informa ainda outros aspectos divergentes, considerados positivos, do julgamento realizado nos tribunais, mas não necessariamente como vantagens em relação ao processo de mediação: “o foro público; a institucionalização; há regras quanto à prova; há jurisprudência; inspira respeito; uniformidade, independência; as decisões são suscetíveis de recursos; gera obrigações/encera questões; em aplicação obrigatória; [...]”

Vale ainda dizer que a mediação possui algumas características bem positivas, que se contrapõem justamente aos pontos de grande deficiência do processo judicial. Assim, enquanto a mediação comunitária é gratuita, o processo submete às partes a altas custas processuais. O processo de mediação é um processo mais rápido, favorecendo a garantia de direitos e satisfação das partes em tempo mais benéfico. E ainda, diferentemente do que ocorre com a mediação, as partes não tem a opção de

escolher o terceiro imparcial, caso não estejam satisfeitas. O processo judicial também necessita de representação por advogados, gerando os problemas de representação em juízo. Já a mediação prescinde desta atuação, tendo em vista que as partes são as únicas protagonistas.

A grande vantagem da mediação comunitária é que ela facilita o diálogo entre membros da comunidade em seus conflitos individuais, de maneira que ensina a trabalhar com seus sentimentos para atingir a resolução do conflito, com o objetivo maior de estabelecer novos vínculos ou, nas palavras de Luís Alberto Warat (2001, p. 85), “produzir a diferença, o novo no tempo e no conflito”, a fim de se alcançar a prevenção de futuras controvérsias.

Ademais, a mediação se diferencia pelo investimento na educação das partes para exercer seus direitos e deveres, favorecendo a inclusão social. Acrescendo este fato à responsabilização das partes por suas decisões, impulsiona-se a participação ativa.

Quando realizada numa esfera comunitária, a mediação se otimiza tendo em vista que os conflitos antes individuais passam a ser inseridos em uma realidade local, sendo portanto considerados como de responsabilidade da comunidade, que necessita estabelecer mecanismos de desenvolvimento para progredir nos aspectos identificados, selando uma construção para uma rede cidadã.

Por conseguinte, percebe-se que mediação e processo judicial são institutos diametralmente opostos em suas características e, portanto, complementares para garantir o efetivo acesso à justiça. A mediação auxilia o Poder Judiciário a “desafogar” suas atividades, em face do crescente número de demandas que o deixam abarrotado, favorecendo a celeridade e decisões mais justas e coerentes. O processo judicial auxilia a mediação, pois tem a competência para solucionar os conflitos que não lograram êxito quando mediados, sendo necessária a tutela jurisprudencial.

A título de conclusão, vale evidenciar que a mediação apresenta diferenças essenciais em relação à negociação, à conciliação e à arbitragem, pois propicia a retomada da autodeterminação das pessoas com relação às próprias vidas, uma vez que a decisão de responsabilidade concentra-se nas mesmas, e não nas mãos de um terceiro imparcial, favorecendo o resgate da autonomia, possibilidade de participação, favorecendo à democracia, desenvolvendo-se como um processo educativo, estimulando a solidariedade e compreensão entre elas.

Como dito, a mediação aplica-se melhor a conflitos que encerram uma relação permanente entre as partes, que afetem seus sentimentos, comportamentos e desejos. Oportunamente vale ressaltar o ensinamento de Lilia Almeida de Sousa (2004):

a mediação é mais adequada para aqueles conflitos oriundos de relações continuadas ou cuja continuação seja importante, como as relações familiares, empresariais, trabalhistas ou de vizinhança, porque permitirá o restabelecimento ou aprimoramento das mesmas. A esses casos é mais adequada a mediação, mas não há óbices em se utilizar outros métodos, da mesma forma que não há óbices em se utilizar a mediação para a solução de outros tipos de conflitos. É o método mais indicado para esses casos porque possibilita a compreensão do conflito pelas partes, para que possam melhor administrá-lo e evitar novos desentendimentos no futuro.

A importância da mediação para os casos acima apontados deve-se, sobretudo, pelo seu principal destaque, diferencial e especialidade diante dos demais meios extrajudiciais de solução de conflitos, demonstrado a seguir:

Distingui-se a mediação dos demais meios alternativos de solução de conflitos, principalmente porque, no processo de mediação, existe a preocupação em criar vínculos entre as partes, transformar e prevenir conflitos. O mediador ajuda as partes a entender o conflito como algo transitório, uma ponte para a evolução da comunicação e da convivência. O mediador alcança os ânimos, ajudando as partes a resolverem o conflito com tranquilidade. (SALES, 2004, p. 44).

No mesmo sentido aponta Luís Alberto Warat (2001, v. 1, p. 79) sobre a característica peculiar da mediação

[...] o caráter transformador dos sentimentos que, por graça da mediação, pode ocorrer nas relações sentimentalmente conflituosas, o que é ignorado no procedimento judicial e nos outros procedimentos alternativos de resolução de conflitos judiciais.

A convivência desses institutos, a influência recíproca entre as diferentes técnicas, e o intercâmbio entre comunidade, por meio dos seus agentes ou movimentos sociais e Poder Público favorecem à efetividade de direitos e deveres fundamentais e o empenho da constante busca pela paz social, beneficiando toda sociedade.

A mediação comunitária, especificamente, corresponde, pois, a uma alternativa de resolução de conflitos, que pode ser diretamente titularizada pela comunidade – marginalizada do acesso à justiça formal (visto como acesso ao Poder Judiciário) e do acesso à justiça material (entendido como o acesso a efetivação de direitos e deveres fundamentais). A mediação comunitária se processa de forma rápida, ágil, simples, educativa, descentralizada e democrática, ao passo que favorece a

participação ativa e empoderamento das partes (como seres individuais ou membros da comunidade), o resgate da sua cidadania e a efetivação, por conseguinte, de direitos e deveres fundamentais.

3 PLURALIDADE DE FONTES E PLURALISMO JURÍDICO

A problemática sobre as fontes do direito é crucial para o estudo jurídico, pois determina de onde surge o Direito de uma nação, bem como qual é o ponto de origem das suas normas. É, portanto, o eixo central de toda reflexão jurídica, para o qual converge a complexidade de todos os seus temas.

O termo “fonte do direito” é utilizado de maneira metafórica, pois no seu sentido próprio a palavra “fonte” significa “a nascente de onde brota uma corrente de água”. (DINIZ, 2014, p. 301). Vale observar que a nascente não é um ponto estático. É, na verdade, o lugar em que a água “passa do subsolo à superfície, do invisível ao visível. De certa forma, a ‘fonte’ é o próprio curso da água no ponto de transição entre duas situações. É a sua primeira aparição na superfície da terra”. (MONTORO, 2013, p. 373).

Por conseguinte, pode-se afirmar que fonte do direito é o trajeto ou curso em que o direito realiza de um “estado de fluidez e invisibilidade subterrânea ao estado de segurança e clareza”. (MONTORO, 2013, p. 373). A metáfora exposta serve para elucidar um ponto relevante neste trabalho, a respeito da classificação de “fontes do direito” em fontes materiais e fontes formais.

As fontes materiais constituem-se em elementos que repercutem para a formação do conteúdo ou matéria da norma jurídica, podendo ser classificados como a realidade social (enquanto reunião de fatos sociais) ou os valores (que pretendem ser alcançados pelo direito, em especial, o ideal de justiça). (MONTORO, 2013, p. 373). Logo, a fonte material seria como uma fonte de origem primária (ou primitiva) do direito, formada por fatores reais e valores que condicionam o aparecimento da norma jurídica. Os primeiros representam circunstâncias – tais como a história, religião, economia, geografia, princípios morais e políticos. Já os valores são compatíveis com representações de ordem, segurança, paz social, dignidade.

Vale dizer que, embora essas fontes materiais influenciem sobre as funções criadoras e aplicadoras do direito, não encarnam ou oferecem a estas qualquer condição vinculante. (DINIZ, 2014, p. 301-305). Com efeito, deve-se ter em mente que as fontes materiais não são dotadas de normatividade e não constituem o direito positivo. Representam “tão somente o conjunto de valores e circunstâncias sociais que, constituindo o antecedente natural do direito, contribuem para a formação das normas jurídicas”. (DINIZ, 2014, p. 305).

Para Miguel Reale (2001, p. 130), o termo fonte não deve ser designado para a atribuição de uma acepção material, sendo por ele considerada essa classificação como inconveniente. Para ele a expressão “‘fonte material’ não é outra coisa senão o estudo filosófico ou sociológico dos motivos éticos ou dos fatos econômicos que condicionam o aparecimento e as transformações das regras de direito”. (REALE, 2001, p. 129).

Para explicitar este posicionamento de Miguel Reale (2001), vale retomar a metáfora já anunciada. De acordo com esta, observa-se que “fonte” é o curso da água – do subsolo à superfície. Na superfície, portanto, é que a “água” de fato se apresenta no estado em que a conhecemos e que podemos usufruir, para beber, banhar ou navegar. Ainda no subsolo, a água não dispõe dessas faculdades, estando limitada a outras funções, como a de nutrir outros elementos.

Por analogia, as “fontes materiais” apresentadas por alguns doutrinadores podem ser equiparadas ao estado da água no subsolo – numa acepção invisível, ser capaz simplesmente de nutrir ou influenciar o Direito, – mas que como tal ainda não oferece condições para ser desfrutada ou exercitada pelos juristas ou sujeitos de direito. Igualmente não apresenta atributos para atingir um objetivo próprio, que é o estabelecimento de normas para promoção do bem comum (ou bens comuns).

Desta feita, em concordância com Miguel Reale (2001), “fontes materiais” não podem ser consideradas fontes do direito, pois apenas possuem a condição de influenciar, perfazendo-se em fundamentos éticos ou sociais, situando-se, por conseguinte, fora do campo da Ciência do Direito.

Dando continuação à metáfora, pode-se entender que “as águas” que embebem, banham e por onde navegam o Direito são de fato as normas jurídicas e, por assim dizer, o termo “fonte do direito” deve ser empregado para indicar exclusivamente trajetos, cursos ou processos de produção de normas jurídicas. (REALE, 2001, p. 129). Assim é que, neste trabalho, muito embora tenha se apresentado as noções de fonte material, será oferecida ao termo “fontes do direito” uma única acepção, qual seja a formal, estando ela circunscrita ao campo do Direito. A fonte formal do direito deve ser então compreendida, neste estudo, como fonte do direito. Tendo organizado este posicionamento, cumpre apresentar breves noções de fontes do direito.

Seguindo os ensinamentos de Miguel Reale (2001, p. 129) “fontes do direito” são “processos ou meios em virtude dos quais as regras jurídicas se positivam com legítima força obrigatória, isto é, com vigência e eficácia no contexto de uma

estrutura normativa”. Por sua vez, André Franco Montoro (2013, p. 373) aduz da mesma forma que fontes do direito são formas que constroem regras de caráter de direito positivo e obrigatório.

Seguindo a mesma linha, o professor Ricardo Maurício Freire Soares (2009, p. 41) determina que as fontes do direito são “maneiras das normas jurídicas se manifestarem” e em seguida complementa que:

correspondem aos modos de surgimento e de manifestações da normatividade jurídica propriamente dita, mediante os quais o jurista conhece e descreve o fenômeno jurídico, através da positivação institucional dos elementos econômicos, políticos e ideológicos que compõem a estrutura geral de uma sociedade e influenciam no sistema jurídico.” (SOARES, 2009, p. 41).

Oportunamente cumpre ressaltar que “fontes do direito” não são sinônimas de “normas jurídicas”, de modo que significam, em verdade, enquanto fontes, processos construtivos que indicam formas de expressão do direito positivo. São apenas meios que traduzem as normas em palavras para facilitar seu conhecimento pelo jurista e sua aplicação pelo órgão competente. Nesse sentido, são invocadas como pressuposto ou fundamento de validade da norma que estatuiu e como justificação da norma que está introduzindo na ordem jurídica. (DINIZ, 2014, p. 304).

Por conseguinte, em virtude dos conceitos apresentados para “fontes do direito”, nota-se que estes indicam alguns pontos de intersecção relevantes para a identificação das verdadeiras fontes do direito. Assim, observa-se que toda fonte do direito deve ser caracterizada: i) pela natureza de um processo; ii) com estrutura para construir normas jurídicas; iii) devendo ser estas obrigatórias, com vigência e eficácia. Ademais, vale evidenciar que para a condução desse processo de produção de normas, é pressuposto a existência de uma estrutura de poder, devidamente capaz de especificar o conteúdo da norma e exigir o seu cumprimento. Portanto, essencialmente, compreende-se que:

toda fonte de direito "implica uma estrutura normativa de poder, pois a gênese de qualquer regra de direito (nomogênese jurídica) [...] só ocorre em virtude da interferência de um centro de poder, o qual, diante de um complexo de fatos e valores, opta por dada solução normativa com características de objetividade. (REALE, 2001, p. 130-131).

As estruturas normativas implicam, pois, na existência de um poder de decidir sobre o seu conteúdo, o que equivale a um poder de optar entre várias vias normativas possíveis.

Verifica-se, então, que antes de identificar as fontes de direito necessita-se ponderar sobre quais seriam os centros de poder que efetivamente terão a capacidade de tomar decisões necessárias para estipular e optar sobre normas jurídicas, dispondo de processos próprios para vinculá-las ou positivá-las. Portanto, cumpre proceder ao questionamento inicial que permeia o estudo das fontes de direito, para saber se o Estado é o único centro capaz de monopolizar a fonte do Direito ou se coexistem uma pluralidade de centros de poder e, por assim dizer, uma pluralidade de fontes.

3.1 DO MONISMO ESTATAL AO PLURALISMO DOS CENTROS DE PODER PARA CONSTRUÇÃO DE NORMAS

Diante da conceituação a respeito das fontes do direito, enquanto processos de construção de normas emanadas por um centro de poder (com capacidade para optá-las e estabelecê-las), cumpre analisar quais seriam estes centros – estatais ou não estatais –, bem como os paradigmas jurídicos de produção normativa – monista ou pluralista.

3.1.1 Surgimento do Estado Moderno – início do monismo

De acordo com dados históricos, a época medieval tem início a partir do fim do Império Romano, no século V. Neste período a pirâmide social estava composta por três estamentos (ou estados), quais sejam: a nobreza, o clero e o povo. Cumpre salientar que na era medieval não existia nenhum sistema jurídico unificado, mas tão somente uma série de estruturas normatizadoras e pulverizadas, que juntas formavam uma pluralidade de direitos, baseados em costumes. “Cada instituição social, tal qual a Igreja ou as cidades livres, possuía poderes descentralizados, independentes entre si. Cada cultura local tinha sua própria ‘lei’ e seus próprios meios de resolução de conflitos, peculiarmente empregados.” (ROCHA, 2010, p. 143).

Porém, com a criação dos mercados (burgos) entre as cidades, começou a emergir uma nova classe, conhecida como burguesia (composta em geral por ex-servos detentores dos meios de produção), que começaram a apontar a unificação dos feudos em Estados-nações. Esta demanda deu-se em função da expansão comercial, marcada pela produção ou troca de produtos, pela crescente circulação de mercadorias e elevado consumo de bens materiais. Assim, para ampliar o mercantilismo, notou-se a

necessidade de equalizar um sistema de pesos e medidas, estipular uma moeda única, dissipar uma língua comum, entre outros. (ROCHA, 2010, p. 136-160).

Em virtude dessa concepção capitalista crescente, entendeu-se como vantajoso o reconhecimento de uma unidade. Para tanto, os senhores feudais abriram mão da sua soberania, em favor de um único ente soberano que centralizava a figura do monarca e do estado unitário – dotado de soberania e legitimidade.

Tendo em vista que os métodos resolutivos de contendas medievais incitavam individualizações e desigualdades entre os estamentos, buscou-se a concentração do poder no ente soberano (o monarca), que teoricamente defenderia a coletividade, de forma a atingir o escopo maior da sociedade: o bem comum. Este passou a ter o monopólio sobre os meios de normatização e sanção, sendo o único ser legitimado para tais funções. (ROCHA, 2010, p. 136-160).

Os Estados-Rei visando coordenar ou ordenar as leis dispersas, bem como as regras costumeiras vigentes (que pela herança medieval ainda eram desconexas ou particularistas) decidiram por apresentar as primeiras consolidações de leis, que tomaram o nome de Ordenações, já que eram o resultado de uma ordem do rei⁶ (REALE, 2001, p. 142). Embora elas pudessem ser influenciadas por tradições consuetudinárias, as mesmas somente adquiriram normatividade a partir da legitimação estatal. Logo, a produção de normas estava concentrada na figura do Estado-Rei e por isso exemplificam o monismo.

Tem-se, portanto, a criação de um Estado Moderno, monista, em que a produção de normas jurídicas estava totalizada na figura do ente soberano. Nessa linha, Antônio Carlos Wolkmer (1997) associa o surgimento do monismo à criação do Estado Moderno e ao desenvolvimento do capitalismo (mercantilista).

Vale evidenciar, todavia, que o Estado Moderno sofre alterações na sua conjuntura absolutista. Isto porque, a burguesia inicia uma série de manifestações sobre suas insatisfações. Ela percebe que muito embora seja uma classe produtora de riquezas, não possui a condição de sustentá-la ou incorporá-la. A burguesia estava obrigada a pagar altas taxas de impostos, mas não dispunha de diversos privilégios, como direito à propriedade, à intimidade ou representatividade político jurídica. Seus direitos não existiam ou estavam mitigados ao arbítrio absolutista do Estado-Rei. (ROCHA, 2010, p.

⁶ Um exemplo a ser comentado é: “[...] quando Portugal passou para o domínio da Espanha, adotamos as Ordenações Filipinas (1603) cujos preceitos de Direito Civil, embora profundamente alterados e atualizados, sobretudo graças à Consolidação das Leis Civis elaborada por Teixeira de Freitas, vigoraram, no Brasil, até 1916, quando entrou em vigor o nosso atual Código Civil” (REALE, 2001, p. 142).

136-160). Vale ainda dizer que a burguesia não protagonizou essa revolução de forma isolada. Em verdade, esta luta foi legitimada e desempenhada em conjunto e com suporte do povo, que igualmente ansiava por melhores condições de vida e garantias de direitos.

O Estado Moderno foi marcado durante séculos por um regime absolutista, em que se desconhecia a possibilidade de vedação ao poder dos governantes, tidos algumas vezes como encarnações divinas. Com efeito, ressurgem neste momento movimentos de reconquista das liberdades individuais, que visavam oprimir ações do soberano em prol dos direitos individuais do homem.

3.1.2 Construção do Estado de Direito – impulsão do positivismo à consolidação do monismo

O Estado Moderno (centralizado e absolutista) confundia-se com a pessoa do monarca, convertida em instrumento de arbítrio e opressão ilimitada, operando-se a suposta vontade divina. Este, pois, foi o terreno fértil à solidificação da racionalidade que buscava combater à ordem posta, com vistas a necessitar de objetivar os direitos fundamentais – para proteção do indivíduo frente ao despotismo do Estado, concedendo-lhe a garantia de uma liberdade inexpugnável. (SARMENTO, 2001, p. 378). A premissa de que “certo número de direitos preexistem ao próprio Estado, por resultarem da natureza humana, desvenda a característica crucial do Estado, que lhe empresta legitimação – o Estado serve aos cidadãos, é instituição concatenada para lhes garantir os direitos básicos.” (BRANCO; COELHO; MENDES, 2008, p. 232).

Iniciou-se, pois, a tentativa de pensar em uma Ciência Jurídica com bases racionais, conforme os moldes pregados pelo jusnaturalismo, corrente adepta do Direito Natural puramente racional. Esta admite que acima do sistema do Direito positivo, haveria um outro Direito ideal, expressão excêntrica da razão humana.

O Direito Natural perfaz-se na reunião de preceitos “dotados de caráter universal, imutável, que surge da natureza humana e que se configura como um dos princípios de legitimidade do Direito. Os direitos naturais são inerentes ao indivíduo, devem estar em qualquer sociedade e precedem a formação do Estado e do Direito”. (SIQUEIRA JUNIOR, 2011, p. 243). A sua origem é no homem (e não no Direito positivo) e por isto existem independente de ser reconhecido ou respeitado pelo Direito Positivo.

Após esse entendimento das garantias naturais do homem, passou-se a se questionar mecanismos pelas quais estas pudessem estar devidamente uniformizadas e consolidadas. Busca-se, então preservar a liberdade individual, mas sem perder de vista a necessidade de bem estar da vida em sociedade. Afloraram-se, então, teorias contratualistas, comuns à época, que ressaltavam a submissão da autoridade política à precedência atribuída ao homem sobre o Estado, admitida pelo direito natural do homem. Assevera José Afonso da Silva (2008, p. 151) que:

para tanto, contribuiu a teoria do direito natural que condicionou o aparecimento do princípio das leis fundamentais do Reino limitadoras do poder do monarca, assim como o conjunto de princípios que chamou humanismo. Aí floresceram os pactos, os forais e as cartas de franquias, outorgantes de proteção de direitos reflexamente individuais, embora diretamente grupais, estamentais [...].

Estas teorias contratualistas contribuem para o estabelecimento de normas e, a partir delas, anuncia-se, pois, um clima propício à compreensão da lei como fonte essencial e privilegiada do Direito. (REALE, 2001, p. 142). Essa tendência geral dos séculos XVII e XVIII reflete-se especialmente na obra de Rousseau, na qual se sustenta que o Direito genuíno é aquele que se consubstancia na lei como expressão da vontade geral. “O Direito é a lei, porque a lei é a única expressão legítima da vontade geral. Nenhum costume pode prevalecer contra a lei ou a despeito dela, porque só ela encarna os imperativos da razão”. (REALE, 2001, p. 142). Como enfatiza Luis Roberto Barroso (2005):

o jusnaturalismo moderno, desenvolvido a partir do século XVI, aproximou a lei da razão e se transformou na filosofia natural do Direito. Fundado na crença em princípios de justiça universalmente válidos, foi o combustível das revoluções liberais e chegou ao apogeu com as Constituições escritas e as codificações.

Dentre esses documentos pode-se destacar a Declaração do Bom Povo da Virgínia (1776) nos Estados Unidos e a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), que representaram avanços frente à constitucionalização dos direitos fundamentais uma vez que guardam “as características da universalidade e supremacia dos direitos naturais, sendo-lhes reconhecida a eficácia inclusive em relação à representação popular, vinculando, assim, os interesses públicos” (SARLET, 2009, p. 43).

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão pode ser considerada como a mais importante das declarações, haja vista que influenciou, por mais de um

século e meio, diversas outras declarações de direitos, bem como Constituições, estando marcada por influências das teorias jusnaturalistas. Embora se entenda que neste período histórico os direitos do homem são naturalmente inerentes ao ser humano, antecedentes a toda norma jurídica, foi a partir destas Declarações de Direitos solenes que tais liberdades passaram a ser reconhecidas, assumindo, portanto, dimensão jurídica. José Afonso da Silva (2008, p. 167) enfatiza que:

“a questão técnica que se apresenta na evolução das declarações de direitos foi a de assegurar a sua efetividade através de um conjunto de meios e recursos jurídicos, que genericamente passaram a ser chamadas como garantias constitucionais dos direitos fundamentais. Tal exigência técnica, no entanto, determinou que o reconhecimento desses direitos se fizesse segundo formulação jurídica mais caracterizadamente positiva, mediante sua inscrição no texto das constituições, visto que as declarações careciam de força e de mecanismos jurídicos que lhe imprimissem eficácia bastante.”

A positivação constitucional destes direitos possuía o objetivo de que lhes fosse garantido status de supremacia constitucional, frente, sobretudo, aos Poderes Públicos; efetividade plena, inclusive através da consecução de medidas judiciais (especialmente as referentes ao controle de constitucionalidade); e ampla e rígida proteção aos seus dispositivos, pela dificuldade imposta à vontade de realização de futuras alterações.

Por conseguinte, neste período (final do século XVIII e início do século XIX), através da positivação constitucional dá-se início ao fenômeno jurídico conhecido como constitucionalismo, com a promulgação das primeiras Constituições escritas (norte americana e francesa⁷), rígidas, dotadas de supremacia e orientadas por princípios. Tal fato favorece a configuração do Estado Liberal. Este representava os interesses das classes burguesas (a exemplo da estipulação do voto censitário – com exclusão dos homens das classes menos favorecidas – e dos direitos civis que

⁷ Este período conhecido como constitucionalismo clássico obteve outras contribuições relevantes oriundas das disposições nas Constituições norte americana e francesa. Assim tem-se que o constitucionalismo norte americano criou a primeira Constituição escrita, dotada de rigidez, supremacia e garantia jurisdicional; dotada de separação e equilíbrio ente os poderes estatais, promovendo ainda a distinção entre poder constituinte e poderes constituídos; forma federativa de estado, republicana de governo, sistema presidencialista e regime político democrático; e declaração de direitos da pessoa humana. No mesmo sentido, o constitucionalismo francês, além de algumas das colaborações idênticas às norte americanas, trouxe outras deveras importante como: manutenção da monarquia constitucional, com limitação dos poderes do Rei; e concepção da carta constitucional como projeto político destinado a promover uma transformação política e social (*Lex Fundamentallis*) (NOVELINO, 2010, p. 56-58).

legitimavam liberdades individuais como a de consciência, culto, propriedade, inviolabilidade de domicílio, religião).

Este Estado (Liberal) de Direito estava, pois limitado às liberdades individuais (e naturais) e organizado segundo uma tripartição de poderes. Porém, não se deve enganar que esta divisão de poderes remete a uma divisão vertical, e por consequência ainda impulsiona o monismo, já que a legitimação das principais formas de produção de normas jurídicas concentravam-se no Estado – só que agora repartido em “Poderes” com funcionalidades específicas – mas competentes a um único centro de poder, qual seja o estatal.

É nesse clima histórico que se destaca também os primeiros códigos modernos, tendo-se como marco fundamental da supremacia da lei frente as demais fontes do direito (e do monismo estatal) o Código de Napoleão, em 1804, também conhecido como “Código Civil francês”. Com a Revolução Francesa, por conseguinte, surge uma nova realidade histórica pautada: no direito nacional, único e unificado para cada Nação, perante o qual todos são iguais. (REALE, 2001, p. 143). “O princípio da igualdade perante a lei pressupõe um outro: o da existência de um único Direito para todos que habitam num mesmo território”. (REALE, 2001, p. 143).

Neste diapasão evidenciam-se críticas ao jusnaturalismo, por ser considerado metafísico, buscando-se uma objetividade científica a respeito do Direito. Já não se podia conceber um Direito em que as normas fossem concretas e individuais. Para este contexto histórico se fazia necessário a existência de normas abstratas e gerais, consubstanciadas em tipos genéricos que se relacionavam com situações fáticas. Surge, pois, a Escola Positivista (em oposição à jusnaturalista). Esta equiparou o Direito à lei e afastou cargas valorativas e filosóficas (típicas do jusnaturalismo), tendo dominado o pensamento jurídico a partir do início do século XX. (SIQUEIRA JUNIOR, 2011, p. 203-204).

O positivismo jurídico tinha como fundamento o Direito positivo, ou seja, aquele posto, imposto e positivado pelo Estado, renegando-se outras fontes. Observa-se a eclosão da Escola da Exegese, que reduzia o Direito a normas gerais escritas, emanadas por órgãos especialmente competentes. O direito positivado pela lei apresentava naquele cenário duas vantagens: certeza e segurança. Comportava um conteúdo delimitado, certo para todos e suscetível de indagação lógica e segura. (REALE, 2001, p. 143).

Compreende-se que nesse clima histórico surgem as primeiras manifestações do positivismo, fundamentado no legicentrismo, que apresentou uma contribuição crucial para a consolidação do monismo estatal. Isto porque, “ para o positivismo jurídico, o Direito legislado é a única fonte de Direito e em consequência reduz a jurisprudência, o costume e a doutrina como fontes secundárias do Direito [bem como outras possibilidades de fontes do direito]” (SIQUEIRA JÚNIOR, 2011, p. 247). O positivismo jurídico defende que o Direito é tão somente um conjunto de leis emanadas pelo Estado. O Estado seria, portanto, a única fonte do direito, já que as normas jurídicas somente seriam admitidas mediante processo legislativo monopolizado pelo Estado – fato que assegura a consolidação do monismo.

A escola monista do Direito admite a existência de apenas um sistema de Direito, derivado do exercício do poder estatal – atributo através do que decorrem seus princípios de estatalidade, unicidade e positividade. A estatalidade garante que somente haverá Direito se assim for imposto e positivado pelo Estado. A unidade enfatiza que o Direito deve ser compreendido como um sistema único de normas jurídicas, pelo fato dele decorrer de uma única fonte (o Estado). Desta feita, não admite o conflito de normas, já que tal concepção importa em uma contradição lógica. Pelo princípio da positividade, por sua vez, entende-se que todo o Direito se reduz aquilo que está positivado e que o Estado configura-se como a única fonte de positividade. (CAIRO JR., 2001, p. 12).

Por conseguinte, de acordo com o monismo, “somente a sociedade politicamente organizada através do Estado pode criar e aplicar normas de conduta de caráter coercível”. (CAIRO JR., 2001, p. 12). Logo, apenas um grupo social, qual seja o político, representado exclusivamente pelo Estado, é que possuía a prerrogativa de determinar o Direito.

Vale ratificar que a escola monista reconhece a existência de normas paraestatais, mas estas somente recebem o cunho de obrigatoriedade ou coercibilidade quanto positivadas pelo Estado através de atos formais e solenes. (CAIRO JR., 2001, p. 13). Sem a legitimação estatal estas normas não teriam a condição de se configurar como normas jurídicas. Tendo em vista que “fonte do direito” remete à possibilidade de edição de normas jurídicas, tem-se que a única fonte admitida seria a fonte estatal.

Nesse sentido, cumpre enfatizar os esclarecimentos de Norberto Bobbio (2010, p. 201 a 205) quando informa que o ordenamento surge de um poder originário (estatal), conhecido como “fonte das fontes”. Este visa satisfazer a necessidade de uma

normatização sempre atualizada e, para tanto, cria diretamente novas centrais de produção jurídica, podendo ser elas classificadas em fontes reconhecidas ou delegadas. As primeiras representam um fato social pré existente que produz regra de conduta, que pertencem a ordenamentos não jurídicos, que podem ser recepcionadas pelo sistema jurídico – tendo-se como exemplo o costume. Já as segundas (fontes delegadas) são normas produzidas por descentralização de órgãos inferiores sem competência originária para produção de normas jurídicas (como a regulação emitida pelo órgão executivo).

Desta feita, resta claro que o monismo se identifica como a centralização do poder na estatalidade, na unicidade e positividade produzidas exclusivamente pelo ente estatal. Todas as fontes reconhecidas como produtoras de regras de conduta deveriam ser avaliadas, ratificadas ou absorvida pelo Estado para que pudessem adquirir a legitimação como normas jurídicas.

3.1.3 Do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito – crise do monismo e ascensão do pluralismo

Evidente que o Estado de Direito (Liberal) não foi suficiente para suportar as transformações oportunizadas pela Revolução Industrial, especialmente no que tange a formação de conglomerados econômicos e crescimento de uma nova classe social, qual seja, do proletariado. Surgem diversas críticas ao modelo econômico do liberalismo, sob o argumento de que este alimentava o capitalismo selvagem, bem como ao individualismo exacerbado. Em decorrência, foi solidificando-se a convicção de que para o efetivo aproveitamento das liberdades negativas, fazia-se necessário garantir condições mínimas de existência para cada ser humano. O bem comum ou o sentido de justiça não prescindiam de recursos que promovessem a igualdade. Assim é que se oportuniza um Estado do Bem Estar Social, com propostas de intervenção econômica e tratamento desigual dos desiguais.

A política do Estado do Bem Estar Social promoveu o primado do público sobre o privado, mediante a intervenção estatal e regulação de comportamentos individuais, o que ocasionou o inchaço do Estado, tornando seu aparelho deveras burocrático. Ademais, houve a geração de uma crise na saúde e previdência em virtude do crescimento populacional, decorrente, sobretudo, de avanços da medicina e expectativa de vida. Este contexto foi agravado, uma vez que o mercado foi dominado pela

globalização econômica. Esta, por sua vez, é fruto do grande avanço tecnológico no campo da informática e comunicações, que encurtou distâncias e acelerou a velocidade das informações, ampliando mercados e diluindo as fronteiras nacionais.

Devido ao avanço tecnológico industrial e grande velocidade do mercado de consumo, a globalização acabou por preferir os homens nas relações de emprego, buscando máquinas e redução de custos, o que acarreta o aumento do desemprego e diminui o poder dos trabalhadores e sindicatos. Com isto torna-se latente a produção de desigualdades econômicas, que assolam a justiça social. Com o impacto da globalização, o Estado do Bem Estar Social não resistiu e entrou em crise.

Essa conjuntura favorece a ressurreição da ideia de Estado mínimo, sem intervenção econômica, que se equilibra por forças próprias e com significativa redução dos gastos públicos. O mundo, portanto, passar a conhecer o neoliberalismo, o qual defende que:

o mercado deixou de ser meio para se converter em fim, e no seu altar estão imolados os direitos sociais, vistos como causas do déficit público, de opressão e da ineficiência dos atores econômicos. O mercado, alforriado dos mecanismos estatais regulatórios e compensatórios, que o cingiam, torna-se o ambiente propício para o mais violento darwinismo social, onde o mais fraco é excluído de todas as benesses da civilização. (SARMENTO, 2001, p. 397).

No Brasil, mesmo com estas mudanças ocorridas no cenário mundial, o modelo constitucional continuou por ser interventor, com normas que orientam para a consecução de igualdade material e justiça social. É verdade que houve Emendas Constitucionais diversas que não desprezam o mercado. Todavia, não há no texto constitucional maior reverência às especulações neoliberalistas⁸.

Assim como no Brasil, outros países possuem Constituições redesenhadas, frente às declaradas no Estado do Bem Estar Social, mas, contudo, ainda conservadoras em relação às ideias neoliberais. Estas Constituições, que nem são neoliberais e nem são sociais, passam a ser chamadas neste trabalho simplesmente como “pós-sociais”- expressão esta utilizada por Daniel Sarmiento (2001, p. 402). As Constituições pós-

⁸ Isto porque o neoliberalismo, conforme assevera Paulo Bonavides “cria mais problemas do que os que intenta resolver. Sua filosofia do poder é negativa e se move, de certa maneira, rumo à dissolução do Estado nacional, afrouxando e debilitando os laços de soberania e, ao mesmo passo, doutrinando uma falsa despolitização da sociedade”. (BONAVIDES, 2005, p. 571). Assim, afirma o mesmo autor que a globalização política neoliberal caminha silenciosa, sem realizar nenhuma menção sobre valores. Mas, contudo, age com estratégias que visam, no futuro, o privilégio e a expansão das hegemonias supranacionais já formadas e conhecidas atualmente.

sociais deixaram de ser vistas como um documento essencialmente político, e adquiriram definitivo reconhecimento de sua força normativa, sendo capaz de imprimir ordem e conformação à realidade política e social⁹. E, ao contrário dos interesses neoliberais, incorporam valores, opções políticas e diretrizes aos poderes públicos. Tendem a ser programáticas, prolixas, ecléticas e totalizantes.

Tem-se o nascimento do neoconstitucionalismo (ou constitucionalismo contemporâneo) que caracteriza o período de meados do século XX que se estende até o atual século XXI. Este não tem a pretensão de ser uma proposta eterna e universal aplicável em qualquer época a todos os tipos de Constituição. Trata-se, em verdade, de um modelo particular aplicado a sistemas de organização político-jurídica desenvolvidos em um Estado Democrático de Direito.

O Estado Democrático de Direito funda-se no princípio da soberania popular, que impõe a participação efetiva do povo na coisa pública, que não se exaure na simples formação das instituições representativas. É um “Estado de legitimidade justa (ou Estado de justiça material), fundante de uma sociedade democrática, qual seja que instaure um processo de efetiva incorporação de todo o povo nos mecanismos do controle das decisões, e de sua real participação nos rendimentos da produção.” (SILVA, 2008 p. 118).

O Estado Democrático de Direito possui como objetivo máximo a construção de um Estado de justiça social, baseada na dignidade da pessoa humana, realizado pela prática dos direitos sociais inscritos na Carta Magna (rígida, emanada da vontade popular, dotada de supremacia, especialmente em relação aos poderes públicos) e pelo exercício de instrumentos que oferecem cidadania. Assim, o “Estado Democrático de Direito impõe à ordem jurídica e à atividade estatal um conteúdo utópico de transformação do *status quo*” (STRECK, 2002, p. 64).

Com a crise do Estado de Direito (já mencionada, que agora se apresenta como Estado Democrático de Direito), oportunizou-se a crise do positivismo. Isto porque, pelos fatos históricos constatou-se que a constituição escrita (positivada pelo Estado) não correspondia à constituição real. Logo, analisando o prisma da legitimidade da Lei nota-se que, no caso da norma escrita não expor os valores que eclodem no seio da comunidade, que fundamentam a ordem jurídico-política, não terá ela nenhuma

⁹ Embora a Constituição (agora com reconhecida força normativa), não realize nada por si só, ela impõe tarefas que, quando são identificadas a vontade de concretização da ordem ou mesmo a realização efetiva desta, tornam-se força ativa. (HESSE, 1991, p. 15-19).

eficácia social ou, se tiver, terá que ser imposta única e exclusivamente pela força, ocasionando descontentamentos e arbitrariedades (MELLO, 2007, p. 184).

O grande equívoco do positivismo foi não reconhecer a existência do Direito em formações sociais diferentes do Estado, afastando-se das práticas e necessidades sociais hodiernas. Nesse sentido, dentre os efeitos decorrentes da crise do Estado e do Direito, citam-se os seguintes:

descompasso entre o Direito e a realidade; crise da modernidade e crise dos paradigmas; crise do Direito estatal e o fenômeno do pluralismo jurídico; surgimento de ordens jurídicas paralelas; crise da soberania nacional; crise da codificação ou a era da descodificação; novas necessidades sociais; reordenação do capitalismo mundial; integração dos mercados; privatização; descentralização e globalização do capitalismo monopolista.” (CAIRO JR., 2001, p. 19).

Este período, coincidente com as trágicas sequelas humanitárias deixadas pela Segunda Guerra Mundial, foi assinalado pela necessidade de uma nova dogmática, que tivesse um ponto de equilíbrio entre jusnaturalismo e positivismo, configurando pedestal aos valores civilizatórios que aproximam Direito e moral e conferindo normatividade aos princípios (agora tidos como mandamentos de otimização). (NOVELINO, 2010, p. 35-36). Tem-se, por conseguinte, a disseminação do pós positivismo, que:

surge em resposta ao dogma positivista contrariando suas características de cientificidade, objetividade, neutralidade, estatalidade e completude. Ao Direito não cabe mais uma visão da ciência neutra e objetiva, uma vez que não podemos atribuir-lhe, como ciência humana que é, aspectos inerentes as ciências naturais. Por ser um produto do meio social, resguardando seus valores e anseios, e sendo a sociedade dinâmica, o Direito também precisa ser dinâmico, seu conteúdo deve estar em conformidade com as necessidades e valores sociais, acompanhando suas transformações. (SIQUEIRA JÚNIOR, 2011, p. 259).

O pós-positivismo busca a concretização das garantias constitucionais para lhes conferir o máximo de eficácia. Propõe-se que o Direito aproxime-se das necessidades sociais, deixando de ser um discurso legitimador das forças dominantes, para ser de fato um instrumento de transformação social. Mediante uma nova hermenêutica, os valores antes considerados ideais e inatingíveis passam a ser objetos em busca de concretização. Essa nova hermenêutica trabalha com a aplicação da norma ao caso concreto, mediante uma abordagem principiológica ou valorativa. Observa-se, pois, a estipulação de um vínculo entre o Direito e a ética, rompendo com o cientificismo positivista e reintroduzindo noções de justiça e legitimidade.

A principal finalidade desta nova proposta é aproximar o Direito estatuído e vigente junto à sociedade, em busca de sua efetivação. Para tanto, observa-se a necessidade de afirmação de um sistema jurídico aberto e plural. A crise do Estado de Direito e a crise do positivismo ocasionam a crise do monismo, o que oportuniza a concepção de um novo paradigma, qual seja, pluralista, potencializado pela emergência do Estado Democrático de Direito e pelo pós positivismo.

3.1.4 O pluralismo progressista democrático – presente na Constituição Federal de 1988

Pluralismo, na linguagem política, representa a concepção que propõe como modelo a sociedade composta por vários grupos ou centros de poder, mesmo que em conflito entre si, aos quais é atribuída a função de limitar, controlar e contrastar o centro de poder dominante – que historicamente é identificado como o Estado (BOBBIO, 2000, v. 2, p. 928). O poder centralizado em um único protagonista (o Estado) é combatido pelo pluralismo pois, tende a, inexoravelmente, privilegiar os interesses de uma classe dominante.

O pluralismo diferencia-se de outras doutrinas antiestatalistas, pois afirma-se contra toda forma de concepção individualista, tanto da sociedade, quanto do Estado, ou seja, contra toda concepção que contraponha o indivíduo singular ao Estado, porquanto considera que individualismo e estatismo são duas faces da mesma moeda, já que tentam marginalizar ou eliminar as formações sociais que ocupam espaço intermediário entre os extremos (indivíduo e sociedade). Logo o pluralismo luta contra a concentração de todo poder no Estado e também contra o atomismo. Assim, pois, ao defender a sociedade articulada em grupos de poder, que se situem no intermédio entre o indivíduo e Estado, protege-se o indivíduo contra o poder abusivo e excessivo do Estado, da mesma forma que se protege o Estado contra a fragmentação individualista (proposta pelos neoliberais). (BOBBIO, 2000, v. 2, p. 928-932).

Contudo, há que se fazer um alerta: o pluralismo não deve ser confundido com particularismo. Assim é que se aponta o perigo da assimilação do pluralismo ao “novo feudalismo”, como falta de um verdadeiro centro de poder, em que ocorra a prevalência dos interesses setoriais ou corporativo sobre o interesse geral. De acordo com esta teoria, uma sociedade aparentemente pluralista, pode acabar por assumir uma estrutura de sociedade policrática, ou seja, que contém vários centros de poder, de modo que cada

um fará valer suas próprias pretensões sobre seus membros e possivelmente sobre demais grupos. Nesse caso, o indivíduo apesar de, hipoteticamente, estar libertado da concentração de poder proveniente de um único agente (o Estado), será submetido agora a diversos outros agentes concentradores de poder. (BOBBIO, 2000, v. 2, p. 928-932).

A novidade que o pluralismo apresenta a estes pólos (indivíduo e Estado) é que, ao invés de se adotar um único centro de poder soberano, defende-se a importância da proliferação de vários centros de poder, de modo que nenhum seja absolutamente soberano, mas que todos possuam seu reconhecimento e colocação social garantida. Assim, este pluralismo democrático encerra críticas não só à concepção monista de Estado, mas também a dicotômica ou dualista da sociedade. (BOBBIO, 2000, v. 2, p. 928-932).

Logo, pela simples menção ao conceito do que seja pluralismo, já se entende que o homem-indivíduo, de acordo com esse modelo, tem a seu favor a garantia de equilíbrio entre os poderes dos pólos: indivíduo singular e Estado. Assim, o pluralismo é compatível com a proteção do indivíduo (de seus direitos fundamentais e sua dignidade humana), bem como com a figura do Estado, o qual deve promover esses direitos respeitando os limites do homem e prover o ambiente adequado para a manifestação de utilização das liberdades públicas.

Vale ressaltar que o pluralismo se opõe à concentração de poder totalizada na figura do Estado moderno. Contudo, não propõe o seu esvaziamento e minimização, como sugerem os neoliberalistas. Segundo o pluralismo, o Estado simplesmente deve estar preparado para conviver harmoniosamente com outros centros de poder.

Assim, Norberto Bobbio (2000, v. 2, p. 928) distingue o pluralismo da teoria da separação dos poderes, uma vez que esta impõe divisão do poder estatal apenas em sentido vertical; diferencia-o da teoria do liberalismo clássico – o qual sugere a limitação da onipotência do Estado diante da ingerência subtraída de algumas entidades (religiosa, econômica, social, em geral), em que os indivíduos possam viver livremente suas personalidades; e, ademais, não o confunde com a teoria democrática, a qual entende como solução a participação mais ampla possível dos cidadãos nas decisões coletivas.

Em seguida, Norberto Bobbio (2000, v. 2, p. 928) assevera que apesar das diferenciações citadas, não existem oposições entre estas e o pluralismo, – de modo que a doutrina pluralista lhes é perfeitamente compatível. Isto porque a divisão horizontal do poder não obsta, mas sim integra a divisão vertical da doutrina constitucional; a

limitação liberal do poder estatal; e favorece o crescimento de grupos de poder diversos do Estado e a multiplicação de associações livres da teoria democrática – que acabam por estimular e contribuir para o alargamento da participação política. Em verdade, todas elas são compatíveis porquanto visam ao mesmo alvo comum: o Estado como um centro de poder unificador (BOBBIO, 2000, v. 2, p. 928).

Logo, existe a possibilidade de existir um Estado constitucional, liberal, democrático e pluralista, sendo essa combinação o retrato de um Estado em que não existe uma fonte única de autoridade, a qual seja considerada competente em absolutamente tudo.

Um Estado plural, sobretudo, é aquele no qual inexistem um único agente responsável pela administração e pela política estatal, havendo, ao contrário, uma sociedade dividida e organizada em grupos¹⁰, que, apesar de estarem subordinados ao próprio Estado, influenciam as decisões do ente político e fiscalizam os demais grupos, de modo que nenhum dos setores sociais, isoladamente, tenha a capacidade suficiente de controlar ou monopolizar a tomada de decisões inerentes aos rumos que serão seguidos por determinada Nação. Desta forma, constata-se que em uma sociedade plural, necessariamente, os diversos grupos devem ter convicção e reconhecer os contrastes presentes, para imbuídos em uma ambiência democrática, buscar soluções que levem a superação de conflitos.

A presente retomada do pluralismo como um projeto diferenciado, torna imprescindível a distinção entre o pluralismo como “projeto democrático de emancipação de sociedades emergentes, de uma outra prática de pluralismo que está sendo apresentada como a nova saída para os intentos de ‘neocolonialismo’ ou do ‘neoliberalismo’ dos países de capitalismo central exportado para a periferia” (WOLKMER, 2009, p. 1). O tipo conservador de pluralismo atrelado a projetos da “pós-modernidade” e da “desregulação global da vida” é mais uma alevisia para justificar a concentração violenta do capital no “centro”, excluindo em definitivo a “periferia”. (WOLKMER, 2009, p. 1).

Naturalmente, este pluralismo conservador encontra oposição radical frente ao pluralismo progressista de teor “democrático-popular” – neste trabalho defendido. A

¹⁰ Grupo pode ser entendido como um conjunto de indivíduos que desenvolvem uma atividade comum. Cumpre destacar que o conceito de grupos aqui suscitado é diverso do conceito de classes. Isso porque, embora o indivíduo não possa pertencer a diversos tipos de classes, não há nenhum obstáculo a que o mesmo indivíduo possa fazer parte de diversos tipos de grupos, já que os interesses defendidos por determinado grupo podem ser comuns aos interesses de diversas classes. (BOBBIO, 2000, v. 2, p. 931).

diferença entre o primeiro (conservador) e o segundo (progressista) está, fundamentalmente, no fato de que o pluralismo conservador não viabiliza a organização das massas e camufla a verdadeira participação (isto é, ele oferece pseudo espaços alternativos), enquanto que o pluralismo progressista como tática mais democrática de integração, visa promover e estimular a participação múltipla dos segmentos populares e dos novos sujeitos coletivos.

O novo pluralismo está afinado com as atuais exigências históricas e caracteriza-se por ser integrador, pois une indivíduos, sujeitos coletivos e grupos organizados em torno de necessidades comuns. Trata-se, de um pluralismo fundado no desafio de construir uma nova hegemonia, que deverá contemplar o equilíbrio entre o predomínio da vontade geral, sem negar o pluralismo dos interesses particulares. Ademais, “a hegemonia do ‘pluralismo de sujeitos coletivos’, sedimentada nas bases de um largo processo de democratização, descentralização e participação, deve também resgatar alguns dos princípios da cultura política ocidental”, a exemplo dos direitos das minorias, o direito à diferença, à autonomia e à tolerância (WOLKMER, 2009, p. 1).

A partir das noções apresentadas, constata-se que o pluralismo progressista é decorrente do regime político adotado em uma nação, quando este é o democrático. No Estado Brasileiro, então constitucionalmente reconhecido como um Estado Democrático de Direito, isto não poderia ser diferente. Por conseguinte, em decorrência do regime democrático assumido pela nação brasileira, a Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 evidencia, como um dos seus fundamentos essenciais, o pluralismo político (art. 1º, inciso V, CF/88).

Visando à efetivação da concepção pluralista e democrática no Estado Brasileiro, a Carta Constitucional de 1988 buscou garantir instrumentos que viabilizassem a convivência harmônica das diversas concepções sociais, de diversos grupos de poder, em seus mais diversos âmbitos, tais como o religioso, filosófico ou político. Este fato comprova-se pela presença de diversos dispositivos constitucionais expressos, que retratam a proteção à concepção pluralista (acima transcrita), a exemplo: do artigo 5º, inciso IV (liberdade de pensamento); artigo 8º (liberdade de associação profissional ou sindical); artigo 17 (liberdade de criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos); artigo 45 (proporcionalidade na composição da Câmara dos Deputados); artigo 206, inciso III (pluralismo de idéias e concepções pedagógicas); entre outros.

Deste pluralismo político – elencado na Constituição Federal – decorrem ainda outras formas de pluralismo, como o pluralismo partidário e pluralismo jurídico. Assim, pontua J. J. Canotilho (2002, p. 313) que a existência de um pluralismo partidário acentua-se como um elemento constitutivo do princípio democrático e da própria ordem constitucional. Isto porque, o pluralismo partidário assegurado pela Carta Magna, representa a possibilidade dos grupos organizados defenderem todas e quaisquer idéias, (desde que dentro dos ditames da soberania nacional e dos direitos humanos), ao tempo que igualmente evidencia a plena aplicabilidade, ao menos em tese, do pluralismo político na Carta Constitucional Brasileira.

Neste aspecto, vale ressaltar que o pluralismo político é apenas uma das vertentes constitucionais estabelecida pelo constituinte originário, uma vez que, sem a construção de um ambiente democrático, competente para propiciar a convivência dos diversos grupos sociais, seria ineficaz e ineficiente a possibilidade de formação de diversos partidos políticos, já que, nessa hipótese, o grupo dominante controlaria todas as organizações políticas partidárias existentes e, por consequência, os rumos da sociedade e do país.

O pluralismo jurídico, por sua vez, também comporta uma força para consecução do pluralismo político e, na atualidade, tem adquirido grande visibilidade por conta da crise enfrentada pelo Poder Judiciário. Em função desta crise, observa-se como consequência (além de outras) a fragilidade do acesso à justiça, e, em paralelo, o surgimento de organizações alternativas não institucionalizadas, fundamentadas na participação comunitária, que visam oportunizar o referido acesso por vias/processos não judiciais (a exemplo da mediação comunitária).

Cumpre dizer que o pluralismo jurídico também está oportunizado na Constituição Federal de 1988 quando esta enfatiza que os sujeitos de direito poderão resolver seus litígios por meios autocompositivos. Depreende-se como análise, portanto, que o Estado-juiz não representa a única e exclusiva fonte de poder para solucionar conflitos em geral. Os conflitos deverão ser dirimidos pelas próprias partes envolvidas – então centros de poder diretos sobre a contenda – e poderão ser encaminhados ao Estado em busca de provimento jurisdicional, sendo este um centro de poder indireto e definitivo (por ser o único com capacidade de atribuir efeito de coisa julgada as suas decisões).

Sendo assim, pela breve conceituação exposta, conclui-se que pluralismo jurídico pressupõe a existência de uma pluralidade de centros de poder. O pluralismo

não aceita a centralização absoluta do poder em um único ente – o Estado, fato que “abre portas” para a participação ativa e democrática dos indivíduos associados e organizados, que preencherão a nação de uma pluralidade de opiniões, discussões, debates e decisões (agora tomadas pelos diversos grupos de poder, em função dos mais diversos interesses), a ponto de se fortalecer o direito à democracia. Outrossim, o pluralismo não admite, como sugerem os neoliberais pós modernistas, a centralização do poder no indivíduo singularizado, isolado e desempossado de força para lutar por seus direitos, sendo contrário ao atomismo.

J.J. Gomes Canotilho (2002, p. 1451) afirma que se designa como “pluralismo jurídico a situação em que existe uma pluralidade heterogênea de direitos dentro do mesmo campo social”. O autor ainda menciona outras especificações a respeito de pluralismo jurídico, especialmente na seara constitucional. Assim, cita ele sobre o pluralismo de ordenamentos superiores podendo ser destacados o constitucional, o internacional e o comunitário, de modo que todos podem ser considerados como fonte de conhecimento de normas de direito positivo.

A Constituição como norma primária sobre produção jurídica possui três importantes funções, o que a faz ganhar supremacia no direito interno do Estado, sendo estas: a identificação das fontes do direito no ordenamento jurídico; o estabelecimento dos critérios de validade e eficácia de cada uma das fontes e, por fim, a determinação da competência das entidades que revelam normas de direito positivo. Contudo, segundo o autor supra mencionado, a pirâmide jurídica deve ser superada, impondo-se uma visão muito mais complexa e realista do direito da ordem jurídica. (CANOTILHO, 2002).

A despeito da abordagem pluralista do Direito, fato é que a principal discussão neste trabalho reside em torno da pluralidade de “fontes” de produção social normativa – sendo estas com fronteiras bem mais amplas do que o poder do Estado. A desconfiança no poder do Estado e na legalidade, como mecanismos de emancipação social culmina com um discurso que superestima a força jurídica das esferas jurídicas extra-estatais. Combate-se, pois, o legicentrismo como forma de hipertrofia jurídica do Estado em detrimento da construção de esferas jurídicas autônomas no seio da sociedade civil. Desta feita, à luz do paradigma pluralista, faz-se necessário conhecer as fontes de Direito em espécie, coexistentes no Estado Democrático de Direito.

3.2 FONTES EM ESPÉCIE

Tendo em vista o quanto apresentado, cumpre evidenciar que a atualidade é propícia ao pluralismo jurídico, que por sua vez comporta uma teoria de pluralismo de fontes – logo, um pluralismo de centros de poder para praticar processos de produção de normas jurídicas.

Recapitulando conceitos já apresentados, deve-se não perder de vista que fontes são trajetos ou percursos e que, por conseguinte, constituem-se em processos, cuja finalidade é a produção de normas jurídicas. Ademais, tais normas devem ser consideradas como regras obrigatórias (genéricas ou não), dotadas de vigência e de eficácia, sendo necessário um poder capaz de especificar o teor e qualidade do seu conteúdo, para exigir o seu cumprimento. (REALE, 2001, p.130).

A partir destas apreensões, cumpre elucidar que quatro são os centros de poder e, por conseguinte, quatro são as fontes de direito (enquanto processos de produção de normas), quais sejam: o Poder Legislativo, que desenvolve a fonte do processo legislativo, que gera normas legislativas; o Poder Judiciário, que se expressa através da jurisdição e produz normas jurisdicionais; o poder social, que por processos decisórios anônimos do povo são capaz de exprimir normas fundadas em usos e costumes jurídicos; bem como o poder negocial, que mediante processos fulcrados na autonomia privada são suficientes para editar normas negociais. (REALE, 2001, p. 131).

Maria Helena Diniz (2014) informa que as fontes de direito seriam os “processos ou meios pelos quais as normas jurídicas se positivam com legítima força obrigatória, ou seja, com vigência e eficácia” (DINIZ, 2014, p. 304). Logo, afirma a autora que “o direito resulta de certos fatores sociais e de valores, mas se manifesta, como ordenação vigente e eficaz, mediante certas fontes formais, que são o processo legislativo, a atividade jurisprudencial, a prática consuetudinária, e o poder negocial”. (DINIZ, 2014, p. 304). Deste modo, a lei, a sentença, o costume e o contrato (como representação solene dos negócios jurídicos bilaterais) constituem formas de expressão jurídica resultantes daquelas atividades.

Desta feita, dentro da pluralidade de fontes do direito, podem ser vislumbradas tanto fontes jurídicas estatais (produzidas pelos órgãos do Estado), quanto fontes jurídicas não estatais (gestadas pelo conjunto dos agentes sociais). (SOARES, 2009, p. 42). Observa-se, pois, que “não somente os órgãos estatais produzem Direito,

mas todo conjunto de agrupamentos humanos que perfazem o conjunto global da sociedade”. (SOARES, 2009. p. 47). Este fato coaduna com a defesa apresentada a respeito de que o monismo restrito e legalista, de uma produção normativa unicamente estatal, merece ser superado, em favor da relevância e legitimação de um novo paradigma pluralista.

3.2.1 As distinções dos sistemas do *common law* e *civil law* e a repercussão na prevalência e coexistência das fontes

Como visto as fontes de direito constituem-se em processos legislativos, atividade jurisdicional, prática consuetudinária e atividade negocial. Todavia, antes de analisar especificamente cada uma dessas fontes, cumpre evidenciar que diante de um panorama pluralista não há primazia pré estabelecida de uma fonte sobre a outra. A prevalência alardeada por construções doutrinárias dá-se em função de uma representatividade maior ou menor que depende exclusivamente de circunstâncias sociais e históricas, bem como de experiências culturais. Tais circunstâncias impactaram nas formas de organização social jurídica, de maneira que foram construídos dois sistemas de organização de normas jurídicas (e suas respectivas fontes), conhecidos como ordenamentos jurídicos do *civil law* e *common law*.

O sistema do *common law* apresenta tradição anglo americana. A principal fonte é a atividade consuetudinária, de modo que em seu ordenamento encontra-se relevo as produções normativas oriundas dos usos e costumes, consolidadas especialmente pela jurisdição. Chama-se de direito misto (pois que é costumeiro e jurisdicional), sendo ausente ou escassa a produção de codificações em matéria civil ou comercial.

Vale dizer que atualmente países com tradição anglo americana (como Inglaterra ou os Estados Unidos da América) deixaram de ter como principal fonte a consuetudinária, ofertando-se especial privilégio à produção jurisdicional, em especial aos precedentes jurisdicionais. Ainda que tais decisões magistrais estejam baseadas em usos e costumes prévios, estes já não são validados de modo livre e independente, necessitando da retificação jurisdicional. Nesse sentido, é preciso ponderar que:

[...] nesse sistema de Direito, nenhum costume obriga, enquanto não consagrado pelos tribunais. Como estes são órgãos do Estado, verifica-se que, quer se trate de primado da lei (como no *civil law*) quer do primado do precedente judicial (como no *common law*) o que

se dá, no Estado Moderno, é a supremacia das normas editadas pelo Estado sobre todas as demais. (REALE, 2001, p. 145).

Verifica-se, pois, que ainda nestes ordenamentos nos quais a lei não assume posição de destaque, o monismo estatal conseguiu fincar raízes, concentrando as principais produções normativas no Estado, representado neste caso pelo Poder Judiciário. Não se trata de um monismo legalista, mas de um “monismo jurisdicional”.

Há que se falar, entretanto, que, de fato, o monismo encontra-se muito mais consolidado, fechado e concentrado quando este se organiza em torno do atributo da legalidade como sua fonte central. Isto é o que caracteriza o sistema do *civil law*. Este apresenta tradição romano-germânica, tendo influenciado na construção do ordenamento nos países da Europa Ocidental e nas nações latinas, como acontece no Brasil.

Observa-se que neste tipo de ordenamento existe um primado do processo legislativo, sobre as demais fontes. Tal fato sustentou-se especialmente “após a Revolução Francesa, quando a lei passou a ser considerada a única expressão autêntica da Nação, da vontade geral, enunciados normativos elaborados através de órgãos legislativos próprios” (REALE, 2001, p. 131). Neste tipo de ordenamento a “lei é indiscutivelmente a mais importante das fontes formais da ordem jurídica. Ela é a forma ordinária e fundamental da expressão do direito”. (MONTORO, 2013, p 377).

No direito brasileiro, tendo em vista a herança romanística, ocorreu analogamente a afirmação da supremacia do processo legislativo. Tal fato encontra respaldo, por exemplo, na Constituição Federal, artigo 5º, inciso II que anuncia que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa se não em virtude de lei”. Ademais, o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro aduz que “somente quando a lei for omissa” é que se aplicarão as demais formas de expressão do direito. Sendo assim, a lei acaba por ser a representação mais expressiva dos fundamentos e preceitos do Direito.

Vale destacar conclusões de Miguel Reale, a respeito da comunhão atual de ambos os modelos de sistemas jurídicos quanto à prevalência de fontes estatais:

Com o predomínio do processo legislativo; ou do processo jurisdicional, correspondentes às duas áreas culturais básicas do mundo contemporâneo, prevalecem neste as fontes de direito de natureza estatal sobre as de caráter puramente social, sem que este fato importe no olvido da grande importância do direito constituído graças às atividades desenvolvidas pela coletividade, de maneira autônoma, nos planos religioso, econômico, esportivo etc. É indispensável,

todavia, que haja correspondência cada vez mais adequada e fiel entre os ideais e as exigências de Sociedade Civil e o ordenamento jurídico do Estado. (REALE, 2001, p. 145).

Essa análise comparativa importa em validade para demonstrar que o primado de uma fonte sobre a outra fonte de direito, não é pré estabelecido e não possui razões lógicas, sendo apenas uma construção social, histórica e cultural que, em virtude de novas ocorrências, pode ter seus contornos alterados e, igualmente, sofrer novas influências. Desta feita, não é novidade que ambos os sistemas estão passando por influências recíprocas. Assim é que cresce no sistema do *civil law* a relevância da atividade jurisdicional, bem como amplia-se no *common law* a ocorrência de processos legislativos.

Com efeito, não há que se falar que um sistema é melhor ou mais perfeito que o outro. Ambos são circunstanciais e, por assim dizer, podem absorver novas fontes e assumir novas estruturas. Diante, por exemplo, da atual crise do Estado, os seus poderes Legislativo e Judiciário, então centralizadores dos modos de produção de normas jurídicas (e abarrotados ou defasados nestas funções), necessitarão conviver com processos autônomos, como os negociais. Tal fato merece ser levado em consideração pois, sob o paradigma pluralista, mais experiências jurídicas e processos criativos de normas necessitaram ser observados ou até incorporados e os mencionados sistemas do *common law* e *civil law* – como até então conhecidos – poderão necessitar ser reajustados.

Para fins de pesquisa, deve-se evidenciar que será efetuado um recorte, de modo que as fontes acima suscitadas serão a seguir examinadas individualmente, sob a égide do sistema do *civil law*, haja vista que é este o modelo ao qual se enquadra o ordenamento jurídico brasileiro na atualidade.

3.2.2. Fontes estatais

As fontes estatais no paradigma monista ainda são as mais legitimadas pelos juristas, já que são produzidas pelos poderes e órgãos públicos. No Brasil, elas compreendem processos formais e solenes, com etapas e procedimentos devidamente pré estabelecidos. Estas fontes se constituem: no processo legislativo, estruturado em regra pelo Poder Legislativo (ou em alguns casos específicos pelo Poder Executivo), para produção de normas genéricas – destinadas indistintamente a toda sociedade; e, na

atividade jurisdicional, desenvolvida pelo Poder Judiciário, para a construção de normas válidas.

3.2.2.1 Processo Legislativo

No sistema do *civil law*, a fonte legislativa é a mais representativa, pois ela se constitui em produção estatal, com parâmetros estabelecidos na própria carta constitucional, com condição de expressar normas jurídicas de forma abstrata e genérica. Nesse sentido, há que se observar os ensinamentos de Ricardo Maurício Freire Soares (2009, p. 42), *in verbis*:

Tendo em vista o paradigma monista e legalista, lardeado a partir da concepção do Estado de Direito, torna-se comum o processo legislativo como a espécie normativa mais importante, dentre as que integram o catálogo das fontes do Direito, especialmente nos ordenamentos jurídicos da tradição romano-germânica (*civil law*).

O processo legislativo culmina na edição de leis, que expressam normas jurídicas responsáveis por ditar as linhas fundamentais do sistema jurídico, servindo de base para estabelecimento de parâmetros à concretização de direitos e soluções de conflitos. A obrigatoriedade, vigência, validade e eficácia da lei são garantidas pelo Poder do Estado.

O vocábulo lei pode ser compreendido de formas diferentes, de acordo com uma acepção mais restrita ou mais ampla. Em seu sentido próprio ou estrito, a lei pode ser definida como uma norma jurídica aprovada regularmente pelo Poder Legislativo. Esta conceituação confere a lei três condições especiais: “i) [ser] uma regra de direito geral, abstrata e permanente; ii) [ser] proclamada [como] obrigatória pela vontade da autoridade competente; iii) [estar] expressa em uma fórmula escrita.” (MONTORO, 2013, p. 378-379).

Tratando-se, pois, do conteúdo da norma, a partir desse conceito, tem-se que uma lei não será estipulada para particulares, mas sim para a sociedade (sempre que realizem condutas relativas ao quanto tratado no conteúdo da lei). Logo, uma lei nunca será criada mediante um caso concreto. Ela ditará normas sobre uma situação abstrata que, quando (e se) desenvolvida faticamente, merecerá ter suas feições delimitadas pela lei vigente e preexistente. Isto garante à lei um atributo de impessoalidade, já que ela não é estipulada para um grupo de pessoas, para sim para um grupo de situações semelhantes, discriminadas no seu texto.

Todavia, existem casos em que o conteúdo da lei será editado para disposições particulares ou individuais. Por exemplo, em algumas hipóteses a lei pode servir para alterar o nome de uma rua; identificar a desapropriação de um imóvel; estabelecer a concessão de um prêmio; declarar utilidade pública, entre outros. Note-se que muito embora tenha sido obedecido o processo legislativo (conduzido pelo órgão estatal legislativo, com atendimento às formalidades necessárias e forma escrita), seu conteúdo é específico.

No que tange ao conteúdo da lei surge uma divergência doutrinária. André Franco Montoro (2013, p. 385) posiciona-se sobre o fato de que, independentemente das disposições particulares, tendo em vista tão somente à obediência ao processo legislativo, tais normas podem ser declaradas como “leis meramente formais”. Já Miguel Reale (2001, p. 150) posiciona-se de maneira a defender a materialidade da lei, em contraponto à sua formalidade, de modo que ainda que esta tenha seguido o processo legislativo solene, se não possui conteúdo genérico inovador à ordem jurídica, não merece ser considerada como tal. O autor esclarece que:

nos domínios do Direito, [quando] se emprega o termo *lei* o que se quer significar é uma regra ou um conjunto ordenado de regras. Para que, porém, se possa empregar, com rigor, o termo *lei* não basta que haja norma ou um sistema de normas *escritas*, pois escritas são também normas dos regulamentos, decretos, resoluções, portarias, avisos etc. *Lei*, no sentido técnico desta palavra, só existe quando a norma escrita é *constitutiva de direito*, ou, esclarecendo melhor, quando ela introduz algo de novo com caráter obrigatório no sistema jurídico em vigor, disciplinando comportamentos [...] ou atividades públicas. (REALE, 2001, p. 153)

Tratando-se da perenidade da lei, vale comentar que esta é garantida pelos processos solenes necessários para sua elaboração e revogação, bem como pela sua fórmula escrita (*jus scriptum*). Sobre as formalidades para aprovação legal (referentes ao ente competente e ao processo legislativo), nota-se que estas estão dispostas no texto constitucional. O poder legislativo em regra é concedido a uma assembleia geral (parlamento) eleita pelo povo, com a participação de chefes do Executivo em alguns atos. No Brasil, esse processo é exercido em regra pelo Poder Legislativo¹¹, com

¹¹ No Brasil, o Poder Legislativo se expressa em nível Federal, sendo representado pelo Congresso Nacional, que tem natureza bicameral, composto pelo Senado Federal e pela Câmara dos Deputados; em nível Estadual, representado pela Assembleia Legislativa Estadual; e, em nível municipal, representado pela Câmara dos Vereadores.

procedimentos detalhados na Constituição Federal de 1988, entre os artigos 59 a 69, para elaboração de emendas à constituição, leis complementares e leis ordinárias.

Todavia, vale evidenciar que o conceito de lei pode ser compreendido em uma acepção mais ampla, tal como é tratado na Constituição Federal de 1988, representando toda norma jurídica produzida pelo ente ou órgão do poder público competente (nesse caso não apenas restrito ao Poder Legislativo). Como exemplo, de acordo com o ordenamento jurídico pátrio, tem-se: as leis delegadas (elaboradas pelo Presidente da República); as medidas provisórias (adotadas também pelo Presidente da República); os decretos legislativos; e as resoluções (editadas por qualquer dos Poderes)¹². Observa-se que estas normas mantêm o conteúdo como geral, abstrato, permanente e instrumentalizado de forma escrita. Todas estas normas apresentam sobremaneira uma inovação no plano normativo, de modo que a técnica legislativa contemporânea nem sempre cabe ao Poder Legislativo.

Vale ainda evidenciar a ocorrência de delegações ou outras atribuições legislativas igualmente apresentadas pela Carta Magna de 1988 como: os decretos legislativos através dos quais o Congresso Nacional aprova os tratados; ou as resoluções do Senado Federal que autorizam operações externas de natureza financeira (REALE, 2001, p. 155-156). Nesse sentido, vale confirmar que:

“A partir da Constituição de 1967, podemos afirmar que fonte legal, no sentido próprio dessa expressão, não é apenas a lei, entendida nos moldes superados de uma dicotomia (Constituição + lei ordinária), mas todos os atos normativos abrangidos pelo processo normativo

¹² “Ainda no que se refere ao problema da fonte legal cabe um esclarecimento. Não raro invocam-se os regulamentos, decretos etc. como espécies de fonte legal, mas é preciso ter bem presente que eles somente podem ser considerados fontes legais subordinadas ou complementares. Num sistema constitucional onde o Executivo dispõe de instrumento de ação normativa como as leis delegadas, há mais razão ainda para que os regulamentos e decretos sejam rigorosamente concebidos como atos normativos de vigência e eficácia subordinadas aos ditames das normas oriundas do "processo legislativo". Já lembramos que os decretos-leis foram suprimidos da Carta Magna em vigor, mas, como pode ocorrer a necessidade de atender a casos de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar "medidas provisórias, com força de lei". Tais atos normativos de exceção acham-se, porém, sujeitos a rigorosas cautelas, como determina o art. 62 da Constituição e seu parágrafo único. De qualquer forma, essas "medidas provisórias" integram também o processo legislativo. Devemos reconhecer que, infelizmente, após a promulgação da Carta Magna de 1988, tanto os Presidentes da República como o Congresso Nacional não revelaram nenhuma cautela no emprego de "medidas provisórias", das quais têm usado e abusado, com consequências mais nocivas do que as produzidas pelos decretos-leis no período do regime tecnocrático-militar sob o império da Constituição de 1969. Se lembro tal fato é para salientar que de nada valem os textos constitucionais quando não há consciência constitucional, pois o que importa na lei não é a sua letra, mas o seu espírito”. (REALE, 2001, p. 156 - 157).

referido no art. 59 da Carta Maior [emendas à Constituição, leis complementares, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções]”. (REALE, 2001, p. 155).

Desta feita, após as explicações apresentadas, cumpre entender que a fonte legal é, a rigor, o processo legislativo, que no nosso ordenamento jurídico está discriminado na Constituição Federal de 1988, englobando a totalidade das categorias normativas que o compõe. Ademais, no nosso ordenamento (por conta de heranças romanas-germânicas e sistema do *civil law*), “a lei prepondera como o centro gravitador” (SOARES, 2009, p. 42), de modo que todas as demais fontes utilizam seus fundamentos como um relevante parâmetro. “Assim é que a lei tem sido tradicionalmente considerada como a fonte primacial do Direito, especialmente no sistema legislativo ou continental. Hoje, mesmo no sistema do *common law*, é crescente a sua significação” (MACHADO NETO, 1984, p. 199). Todavia, tendo em vista a atualidade do pluralismo jurídico, outras fontes devem ser evidenciadas e tratadas com semelhante importância para a concretização do Direito.

3.2.2.2 Atividade jurisdicional

Em princípio, vale evidenciar que, dentre as atribuições da atividade jurisdicional, a construção de jurisprudência é, em larga escala, pontuada pela doutrina como fonte do direito. Assim, a jurisprudência pode ser entendida como “a forma de revelação do direito que se processa através do exercício da jurisdição, em virtude de uma sucessão harmônica de decisões dos tribunais”. (REALE, 2001, p. 158). Nesse sentido, a atividade jurisprudencial enquanto fonte do direito pode ser conceituada como “conjunto de decisões reiteradas de Juízes e Tribunais, as quais formam um padrão interpretativo capaz de inspirar a realização de futuros julgamentos sobre casos similares” (SOARES, 2009, p. 42).

Todavia, neste trabalho, optou-se por considerar como fonte do direito não apenas a atividade jurisprudencial, mas igualmente a atividade jurisdicional (que comporta também decisões com efeito *inter partes*, vinculadas a casos concretos e específicos – expressadas através de sentenças e acórdãos).

Acredita-se, pois, que a atividade jurisdicional possui condições para preencher os requisitos necessários a sua caracterização como fonte do Direito. Isto porque, em primeiro, a atividade jurisdicional (representada pela produção de sentenças

e acórdãos), efetiva-se em função do centro de poder estruturante dos magistrados para tomada decisões (qual seja o poder jurisdicional). Em segundo, uma sentença é capaz de produzir normas jurídicas obrigatórias, válidas e eficazes para as partes envolvidas diretamente no conflito. Maria Helena Diniz afirma que:

“o magistrado, ao sentenciar, não generaliza, cria uma norma jurídica individual, incidente sobre um dado caso concreto”. [...] As normas individuais são as determinantes da conduta de um indivíduo em uma situação e, portanto, são válidas apenas para um caso particular e podem ser obedecidas e aplicadas somente uma vez. Tais normas são jurídicas porque fazem parte do ordenamento jurídico total, exatamente no mesmo sentido em que aquelas normas gerais, que tem servido de base para a criação das individuais”. (DINIZ, 2014, p. 328)

Assim, a atividade jurisdicional para identificação como fonte do direito não merece estar limitada ao sentido de jurisprudência (ou seja, à unificação de entendimentos e harmonização de decisões dos julgadores). Esta pode referir-se ao poder jurisdicional de forma a abarcar os seus instrumentos principais para produção de normas jurídicas individuais e particulares: sentenças e acórdãos.

Assim, na essência, o poder jurisdicional serve para aplicar a lei diante do caso concreto (ou dizer o direito) e responder perguntas formuladas ao juiz, guardando em si uma natureza cognoscitiva. Este poder é exercido por autoridades competentes que abarcam juízes, desembargadores e ministros dos tribunais superiores (desde a primeira instância) e, nessa atividade, criam-se normas jurídicas individuais. Estas normas decidem conflitos ou esclarecem sobre o significado e validade de outra norma jurídica preexistente (normalmente, uma norma legal). Nesse sentido, vale observar que não se pode negar à atividade jurisdicional “a categoria de fonte do Direito, visto como ao juiz é dado armar de obrigatoriedade aquilo que declara ser ‘de direito’ no caso concreto. O magistrado, em suma, interpreta a norma legal situado numa ‘estrutura de poder’, que lhe confere competência (REALE, 2001, p. 160).

Os juízes têm o poder e o dever de aplicar o Direito ao caso concreto, resolver conflitos entre indivíduos ou grupos e oferecer soluções criativas. Para tanto, deve ele realizar um trabalho prévio de interpretação da lei, que nem sempre será suscetível a uma única apreensão intelectual. “O Juiz, portanto, não é o aplicador mecânico das regras legais, mas um verdadeiro criador de direito vivo”. (MONTORO, 2013, p. 405). No mesmo sentido, ensina Ricardo Maurício Freire Soares (2009, p. 43)

o magistrado não pode ser reduzido à condição subalterna de um mero aplicador mecânico e neutro das regras emanadas pelo legislador, como propugnava a doutrina positivista, mas, em verdade, deve ser

reconhecido como um verdadeiro criador de um direito vivo e atual, ao explicitar o sentido e o alcance da normatividade jurídica perante os conflitos de interesses. (SOARES, 2009, p. 43).

Para promoção dessa adequação do Direito ao caso concreto, cumpre-se evidenciar que o poder jurisdicional executa atividades interpretativas e integrativas. Estas, por sua vez, são responsáveis pela inovação da atividade jurisdicional no ordenamento. Nesse sentido, *in literis*:

[...] a função jurisdicional, quer seja ela de “subsunção” do fato à norma, quer seja de “integração” de lacuna ou de “correção” de antinomia, é ativa, contendo uma dimensão nitidamente criadora, uma vez que os juízes despendem, se necessário for, os tesouros de engenhosidade para elaborar uma justificação aceitável de uma situação existente, não aplicando os textos legais ao pé da letra, atendo-se, intuitivamente, sempre às suas finalidades, com sensibilidade e prudência, condicionando e inspirando suas decisões às balizas contidas no ordenamento jurídico, sem ultrapassar os limites da jurisdição. (DINIZ, 2014, p. 331).

Vale evidenciar que as diversas produções normativas ofertadas pelos juízes, uma vez que pressupõem autonomia e liberdade desses juristas para criar soluções adaptadas ao caso concreto, podem ensejar a uma insegurança a respeito do devido entendimento legal. Com efeito, notou-se a necessidade de uniformização desses julgados pelos Tribunais, oportunizando-se a criação técnica do termo jurisprudência.

O Direito jurisprudencial não se forma através de uma ou três sentenças, mas exige uma série de julgados que guardem, entre si, uma linha essencial de continuidade e coerência. Para que se possa falar em jurisprudência de um Tribunal, é necessário certo número de decisões que coincidam quanto à substância das questões objeto de seu pronunciamento. (REALE, 2001, p. 158).

No Direito Brasileiro pode-se citar as seguintes hipóteses de uniformização:

1) recurso especial (artigo 105, inciso III, da Constituição Federal de 1988) – que solicita a uniformização de interpretação de lei federal e resulta em uma norma que é a interpretação superior; 2) súmula (art. 926, parágrafo primeiro, do Novo Código de Processo Civil) – que consolida o entendimento de determinado tribunal sobre um tema e orienta a jurisprudência dominante do Tribunal; 3) súmula vinculante (artigo 103-A da Constituição Federal de 1988) – que obriga as autoridades judiciárias e administrativas, sob pena de nulidade dos atos. Essa tendência de uniformização se consolidou após a adoção Emenda Constitucional n.º 45/2004, que conferiu ao Supremo Tribunal Federal

a prerrogativa de estabelecer uma jurisprudência obrigatória para ser acatada por toda estrutura do Poder Judiciário e da Administração Pública. (SOARES, 2009, p. 43).

Vale observar que as uniformizações não geram obrigatoriedade para os sujeitos de direito. Elas somente repercutem sobre a sociedade com caráter de coercitividade quando são ratificadas em decisões individuais (sentenças). A obrigatoriedade refere-se exclusivamente sobre os tribunais ou juízes inferiores, associados ao tribunal superior uniformizador¹³. Outrossim, há que se falar que obrigatoriedade propriamente dita, ou seja, com a vinculação de sansão na hipótese de desobediência, somente existe no caso da estipulação de súmula vinculante (que se destina a outros órgãos estatais que não apenas o judiciário, como os administrativos).

Em regra, a uniformização expressa uma orientação interpretativa que deve ser seguida e mantida pelos tribunais. Daí porque alguns doutrinadores atribuem à jurisprudência o caráter de costume judiciário. Nesse sentido, Maria Helena Diniz (2014, p. 316) comenta: “consideramos a atividade jurisprudencial como uma fonte do direito consuetudinário, pois a uniformização dá azo à positivação do costume judiciário. A jurisprudência constitui um costume judiciário que se forma pela prática dos tribunais”. Já outros doutrinadores, a exemplo de André Franco Montoro (2013, p. 405-406) afastam esse entendimento e estipulam diferenças entre o costume e jurisprudência. Fato é que, independente de se aproximar do costume judiciário ou não, ambas as correntes são unânimes para informar sobre a relevância da jurisprudência como fonte de direito.

Isto porque a jurisprudência, muitas vezes, inova no ordenamento jurídico, criando normas jurídicas que não estão contidas estritamente na lei, mas resultam de uma construção obtida por interpretação e aproximação de dispositivos legais. “Nessas oportunidades, o juiz compõe, para o caso concreto, uma norma que vem completar o sistema objetivo do Direito” (REALE, 2001, p. 159).

A jurisprudência está consubstanciada nas normas individuais, pois forma-se diante de casos concretos, que posteriormente serão uniformizados, ocasionando generalidade e obrigatoriedade para os Tribunais. Para estes “é norma geral como a lei, mas dela se distingue pela sua maior flexibilidade e maleabilidade e é obrigatória e válida não pelo seu caráter geral, mas por sua normatividade” (DINIZ, 2014, p. 318). Utilizando expressões semelhantes, André Franco Montero evidencia que “a

¹³ Este entendimento encontra-se anotado nos artigos 926 e 927 do Novo Código de Processo Civil (Lei n.º 13.195/2015).

jurisprudência, como a lei, traça uma norma jurídica geral e obrigatória” (MONTORO, 2013, p. 404).

Como fonte do direito, a jurisprudência “desempenha importante papel no esclarecimento dos conceitos gerais da norma legislativa e na sua adequação às peculiaridades do caso concreto” (MONTORO, 2013, p. 404). Na realidade, ela apresenta ao legislador uma nova concepção dos conteúdos dos institutos jurídicos, corrige alguns excessos legislativos, atualiza a intenção à contemporaneidade e informa ao universo jurídico sobre esta nova leitura.

No âmbito do atual sistema jurídico brasileiro, não há como negar que a jurisprudência desponta como genuína fonte jurídica, suplementando e aperfeiçoando a própria legislação, mediante aplicação frequente, nos mais diversos ramos jurídicos, das chamadas súmulas – enunciados que corporificam o entendimento jurisprudencial dos Tribunais. (SOARES, 2009, p. 43).

Assim, deve-se evidenciar que a atividade jurisdicional, numa acepção ampla, que comporta a produção de normas jurídicas particulares, diante do caso concreto, pela produção de sentenças e acórdãos, merece ser considerada uma fonte do direito, pois é desenvolvida por um centro de poder (no caso, poder estatal, qual seja o Judiciário). Ademais, a atividade jurisdicional, quando resultante em uma produção jurisprudencial, mediante a uniformização ou harmonização de decisões judiciais, repercute igualmente no universo jurídico para a criação de normas genéricas, obrigatórias para os Tribunais e juízes circunscritos pelo Juízo uniformizador.

Por fim, há que se falar sobre a interação entre as fontes estatais, quais sejam: fonte legislativa e fonte jurisdicional. Vale dizer que ambas desempenham papel relevante e influências recíprocas. É verdade que a atividade jurisdicional toma como ponto de partida uma norma legal. Todavia, esta não é a única premissa, já que essa norma deve ser aplicada diante do caso concreto, sendo, portanto, necessário ajustar as normas legais as realidades sociais. Logo, uma lei possui um sentido literal estático e, deste modo, igualmente necessita da atividade jurisdicional para lhe conferir dinamicidade e atualização do seu conteúdo, levando em consideração fatores de ordem técnica, econômica, social, axiológicos (entre outros).

3.2.3 Fontes não estatais

Tendo em vista o paradigma pluralista, deve-se observar outras fontes do direito que não apenas aquelas produzidas pelo Estado (como único centro de poder, ainda que nas distintas atribuições legislativa e jurisdicional). Estas fontes, portanto, devem ter como centro de poder a sociedade, que pode estar dispersa, assumindo feições do povo, ou concentrada e organizada (podendo esta última possuir uma estrutura institucional, como associações ou não, como a comunidade).

Para a caracterização de fonte, vale ressaltar mais uma vez, os requisitos são a produção por centros de poder, acima estipulados e capacidade de produção de normas jurídicas (obrigatórias, vigentes, válidas e eficazes). Não há, pois, um requisito de que essas normas precisam ser genéricas ou particulares, de modo que se apresentam inovações à ordem jurídica, ainda que de modo localizado, podem assim ser consideradas.

Vale dizer que grande parcela de estudiosos entende que a atividade doutrinária é uma fonte de direito do tipo não estatal. Esta é conceituada como o “conjunto de obras e pareceres produzidos pelos grandes juristas, exprimindo, assim, uma vasta produção teórica da ciência jurídica”. (SOARES, 2009, p. 44). Outrossim, a doutrina realiza-se a partir da atividade técnico científica dos estudos, análises, interpretações e sistematizações feitas pelos juristas. Deste modo, elas influenciam em conceitos jurídicos, auxiliam na aplicação do direito, informando sobre os fins e valores que o direito deve perseguir. É capaz de formar e disseminar opiniões sobre o conteúdo das normas jurídica, apontando as necessidades e oportunidade das reformas. (DINIZ, 2014, p. 344).

A doutrina possui de fato uma relevância para o ensino, aprendizagem e instrução do Direito e contribui para a evolução dos sistemas jurídicos contemporâneos, já que as fontes legislativa e jurisprudencial encontram nela elementos interessantes para seu aperfeiçoamento. Porém, muitos doutrinadores não classificam como fonte, já que não produz norma jurídica e carece de força vinculante e obrigatória. (SOARES, 2009, p. 43). Nessa linha, observa-se que

Muitos autores [...] excluem a doutrina como fonte do Direito, alegando que, por maior que seja a dignidade de um mestre e por mais alto que seja o prestígio intelectual de um juriconsulto, os seus ensinamentos jamais terão força bastante para revelar a norma jurídica positiva que deva ser cumprida pelos juízes ou pelas partes. (REALE, 2001, p. 166).

Ademais, na atualidade, existem tantas correntes doutrinárias quanto se desejar, de modo que não há um pensamento uníssono sobre qualquer tipo de norma, o que gera insegurança caso estas influenciassem diretamente com grau de vinculação as normas ou suas interpretações e aplicações. “Alega-se que há sempre possibilidade de se contrapor um argumento doutrinário aos sustentados por grandes juristas, tanto assim que muitas idéias de juristas [renomados] não prevalecem na atual jurisprudência” (REALE, 2001, p. 166).

Tendo em vista os critérios objetivos elencados para discriminação das fontes do direito (poder de decisão e criação de normas), tem-se que a doutrina como tal não comporta ser classificada. Haja vista ser este o estudo central deste trabalho, tal discussão não será exaustivamente sustentada, mas sim brevemente pontuada, como fora realizado. Logo, em virtude dos requisitos apresentado para identificação das fontes, a doutrina será recusada, pois a mesma não os contempla. Todavia, o fato de não ser ela fonte de direito, não a priva, todavia, to sua importante função para o desenvolvimento da experiência jurídica. “A doutrina, por conseguinte, não é fonte do Direito, mas nem por isso deixa de ser uma das molas propulsoras, e a mais racional das forças diretoras, do ordenamento jurídico”. (REALE, 2001, p. 169).

3.2.3.1 Prática consuetudinária

Um costume surge espontaneamente no seio da sociedade, normalmente com uma concepção moral inicial. Para ser ele considerado uma fonte de direito, deverá ser emanado de um centro de poder, qual seja o poder social, e produzir norma jurídica com condição de exprimir direitos e deveres aos sujeitos, com caráter de obrigatoriedade. Logo, o costume enquanto fonte deve apresentar dois requisitos essenciais:

“um de ordem objetiva ou material (*corpus*), que expressa o uso continuado, a exterioridade, tangível de uma conduta humana; outro de ordem subjetiva ou imaterial (*animus*), que traduz a consciência coletiva da obrigatoriedade da prática social, o que o costume jurídico de outras práticas reiteradas, como as religiosas ou as morais. (SOARES, 2009, p. 45).

Pelas lições de Miguel Reale (2001, p. 148-149) entende-se igualmente que:

Torna-se costume jurídico, porém tão-somente quando confluem dois elementos fundamentais: um é a repetição habitual de um comportamento durante certo período de tempo; o outro é a consciência social da obrigatoriedade desse comportamento. O primeiro desses elementos é dito objetivo. Porquanto diz respeito à repetição de um comportamento de maneira habitual; o segundo elemento é chamado subjetivo, visto como está ligado à atitude espiritual dos homens, considerando tal conduta como necessária ou conveniente ao interesse social. (REALE, 2001, p. 148-149).

Logo, a repetição do ato não se faz suficiente, já que é essencial que esta esteja veiculada à convicção de juridicidade do comportamento. Isto implica no fato de que costume para ser jurídico deverá implicar intencionalmente em valores substanciados pelo Direito. (REALE, 2001).

Para entender melhor a respeito dos costumes, vale proceder a uma análise desta fonte em confronto com a fonte legislativa, tal como é proposto do Miguel Reale (2001, p. 146-150). Dentre estas distinções, em princípio, a que se fazer referência à origem. A fonte legal tem sua origem sempre certa e predeterminada por um ente estatal competente. Já o costume, possui uma origem difusa e fluida, sendo fruto de um hábito social, que lentamente se converte em hábito jurídico. Assim, a fonte consuetudinária nasce em diversos espaços, de forma anônima.

Quanto à forma de elaboração, deve-se evidenciar que a lei se origina por procedimentos previamente estipulados, o que gera certeza e segurança. Os usos e costumes jurídicos aparecem naturalmente e espontaneamente, sem um processo rígido para pré fixar etapas na construção. É simplesmente repetido e exigido socialmente. Quanto à forma de expressão, evidencia-se que a lei é um ato solene e escrito. Já os costumes, em regra, não apresentam forma escrita (*jus non scriptum*), mas podem ocorrer situações em que estes são ratificados em esquemas teóricos (SOARES, 2009, p. 44). Dando seguimento à distinção, especula-se sobre a vigência, que na norma legal é expressamente determinada, sendo este um dos requisitos formais para garantia da sua eficácia. Nos costumes, todavia, esta não tem como ser medida (não há como estabelecer o prazo inicial em que passou a vigorar ou o prazo final, em que deverá ser revogada). Normalmente as regras de Direito costumeiro perdem a sua vigência pelo desuso.

Outrossim, vale ressaltar que a norma legal apresenta um conteúdo racional, enquanto que a norma consuetudinária desponta um conteúdo instintivo. A lei é genérica, pois dispõe de uma universalidade. Já a maioria dos costumes são

particulares e incidem sobre uma categoria de pessoas ou de atos, devidamente localizados e restritos a um município ou uma região. Ademais, pode-se dizer que a lei está dotada de execução imediata e geral, dispensando a prova de sua existência, sendo de caráter indeclinável. O costume, diversamente, é suscetível de prova em contrário. Não são, portanto, iguais os efeitos da lei e do costume¹⁴.

Para somar a estes critérios, vale comentar que o costume pode ter uma relação junto às fontes legislativas, no que tange ao significado do seu conteúdo. Sob essa óptica, os costumes podem ser estabelecidos:

secundum legem (quando oferecem suporte para a criação ou interpretação de uma lei), *praeter legem* (quando convivem pacificamente com a legislação tendo por finalidades preencher as lacunas do texto legal) ou *contra legem* (quando se revelam frontalmente contrários aos preceitos legais, como normas consuetudinárias ab-rogatórias que promovem o desuso da lei na sociedade)¹⁵. (SOARES, 2009, p. 45).

A grande vantagem do costume em relação à lei é a sua adaptabilidade à realidade social. Porém, pelo seu caráter circunstancial pode ensejar insegurança ou obscuridade. As leis, por disporem de linguagem técnica distanciam-se da sociedade. Porém, por serem escritas e solenes garantem segurança e impessoalidade à produção das normas. Logo, não há que se comentar a respeito da supremacia de uma fonte sobre a outra. Sua prevalência decorre meramente de situações históricas e sociais. (MONTORO, 2013, p. 401).

¹⁴ Vale apresentar que “uma teoria contraposta declara que o Direito costumeiro deve sempre vir acompanhado de prova, enquanto que, segundo uma solução intermédia, que me parece a melhor, a prova do Direito costumeiro deverá ser feita em havendo contestação da parte ou determinação *ex officio* do juiz; isto quer dizer que, se eu proponho uma ação em juízo, invocando uma regra costumeira, não precisarei fazer prova de sua existência, se não for contestada pela parte contrária ou não for a prova exigida pelo juiz *a quo*, pelo juiz competente” (REALE, 2001, p. 150).

¹⁵ De acordo com os ensinamentos de Andre Franco Montoro (2001, p. 402-403) “os costumes *secundum legem* e o *praeter legem* pacificamente pela doutrina, a legislação e a jurisprudência. Quanto à aceitação do costume *contra legem*, abre-se no campo do direito grande controvérsia. As legislações naturalmente negam a possibilidade de um costume contra a lei escrita. É o caso da disposição geral da Lei de Introdução ao Código Civil: ‘Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue’ (art. 2.º). Os autores, entretanto, apresentam soluções diferentes, de acordo com sua orientação doutrinária. De um lado, os de tendência racionalista, legicista ou formalista rejeitam, em geral, a validade de costumes *contra legem*, por incompatíveis com a função legislativa do Estado e com a regra de que as leis só se revogam por outras leis. De outro lado, as escolas de orientação histórica, sociológica e realista sustentam que o costume *contra legem*, isto é, aquele que contraria eficazmente a lei escrita, representa, como diz Gaston Morin, ‘a revolta dos fatos contra os Códigos’ e constitui o verdadeiro direito positivo da comunidade.”

Como comentado em tópicos anteriores, o costume por ser produzido no campo social foi uma das primeiras fontes do direito. “Nos povos primitivos inexistem normas jurídicas escritas. O comportamento regula a conduta dos membros da comunidade e constitui a fonte substancial do direito.” (MONTORO, 2013, p. 398).

Todavia, com a adoção do Estado Moderno e sua competência para edição de leis, as normas costumeiras começaram a ser preteridas. Em verdade, as leis escritas passam a ter predominância na formulação do Direito. Logo, embora o costume se mantenha como fonte, o que ocorre é que normalmente suas normas estão sendo ratificadas nas leis ou na jurisprudência, evidenciando-se a consolidação do paradigma monista, que prefere a produção de normas jurídicas concentradas no estado, ao invés de uma produção plural.

Ainda assim, o costume desempenha um papel importante na experiência jurídica atual, embora com valorações divergentes entre os sistemas jurídicos e as disciplinas. Com efeito é que nos países como Estados Unidos e Inglaterra privilegia-se ainda o direito costumeiro, em atenção à tradição britânica do *common law*. (MONTORO, 2013, p. 399). Outrossim, nos países do *civil law* as contribuições das normas costumeiras podem ser observadas especialmente nos campos do Direito Comercial e do Direito Internacional Público (SOARES, 2009, p. 46).

No Brasil, o costume possui a identificação de uma fonte secundária, como é enunciado na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, no artigo 4º, o qual determina que "quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito". Assim, muito embora o valor das normas consuetudinárias não seja esquecido no país, encontra-se fragilizado pela hegemonia legal e extensa produção jurisdicional.

3.2.3.2 Prática Negocial

Após citar as modalidades convencionais de fontes – sendo estas o processo legislativo, a atividade jurisdicional e a prática consuetudinária, – cumpre mencionar uma última fonte, destacada com relevo por Miguel Reale (2001), qual seja, a “fonte negocial”. Esta se constitui em uma fonte produzida por particulares, capazes de criar normas jurídicas, com obrigatoriedade perante aqueles que participaram e decidiram durante e sobre o seu processo criativo. Admite-se, pois, que este centro de poder está

regido pelo poder negocial, que por sua vez finca raízes na atribuição da autonomia privada conferida aos indivíduos. (REALE, 2001, p. 168).

Nesse sentido, vale evidenciar o conceito externado por Ricardo Maurício Freire Soares (2009, p. 47), que aduz ser a fonte negocial um “conjunto de normas particulares e individualizadas, decorrentes de certos acordos de vontades, capazes de estabelecer direitos e deveres jurídicos para os agentes sociais envolvidos numa dada relação jurídica”. Logo, a fonte negocial equivale a uma prática ou processo negocial, que compreende procedimentos de produção de normas jurídicas negociais, realizado por particulares (logo do tipo não estatal), que tem caráter vinculante e obrigatório entre os envolvidos¹⁶.

Como enfatiza Miguel Reale (2001), é notório que muitos que ministram noções básicas de Direito nem sempre oferecem o devido relevo a essa fonte do Direito, por ser ela a expressão de normas particulares e individualizadas, conferindo destaque tão somente àquelas produzidas pelo Estado (quando do exercício da atividade legislativa ou jurisdicional). Muito embora já se tenha admitido que a experiência jurídica não está confinada a normas legais (de caráter genérico) – por motivo de heranças da construção estatal monista, – ainda se confere às normas jurídicas produzidas pelos particulares uma menor importância, sendo tais normas admitidas como que marginalizadas ao sistema ou meramente gravitacionais em torno das normas estatais.

Especialmente países com ordenamento jurídico organizado de acordo com o sistema do *civil law*, em que a supremacia das fontes legais é quase hegemônica, juristas e sistema jurídico estão tendo dificuldades de se adaptar a esta realidade das normas negociais, contorcendo-se para classificá-las e organizá-las em atenção à manutenção dos padrões monistas ou, quiçá, cogitam a possibilidade destas serem descartadas como normas jurídicas independentes e, por consequência, como fontes de direito.

¹⁶ Tercio Sampaio Ferraz Junior (2007, p. 246-247) evidencia que atos negociais são fontes do direito. Classifica o autor estes atos da seguinte forma: i) *secundum legem* – praticados de conformidade com a lei (), mas que neste caso a fonte seria a própria lei (com o que neste estudo se discorda, pois a produção da norma ocorrerá por conta do poder negocial do indivíduo); ii) *contra legem* – que não podem ser avocados nos tribunais, por não terem força para obrigar as partes, já que não atendem aos requisitos de validade; e, iii) *praeter legem* – quando praticados na omissão ou lacuna da lei. Segundo este autor, o ordenamento jurídico contém normas gerais (como as leis) e normas individuais (a exemplo dos atos negociais), sendo que tanto as normas gerais quanto as normas individuais são fontes do direito.

A realidade, contudo, é que no contexto jurídico atual, em função da crise do Estado, normas individualizadas estão sendo cada vez mais produzidas por particulares. É evidente que o Estado não tem a condição de delimitar normas para todas as relações atualmente vivenciadas, devido ao aumento dos seus volumes, velocidade e complexidade. “Nas sociedades capitalistas atuais, dinamizadas pelo assombroso ritmo das transformações econômicas, adquire enorme relevo o chamado poder negocial, como força geradora das normas jurídicas individualizadas e particulares que vinculam os agentes privados da relação jurídica”. (SOARES, 2009, p. 47). Com efeito, coaduna-se que:

“A fonte negocial é um dos canais mais relevantes da revelação do Direito, e, ao contrário dos afoitos defensores da estatização do mundo jurídico, cresce dia a dia de importância [...] o contínuo processo de solução jurídica dos conflitos de interesses individuais e coletivos mediante decisões de tipo negocial.” (REALE, 1994, p. 73).

A fonte negocial será neste estudo analisada de acordo com os requisitos das demais fontes, quais sejam: i) centro de poder de decisão; ii) com capacidade de produzir normas jurídicas.

A respeito do poder de decisão, deve-se evidenciar que este se encontra assegurado aos sujeitos de direitos quando se estabelece a autonomia privada. Sob este aspecto evidencia-se que os atos negociais expressam “uma autorregulação volitiva dos interesses particulares, que se origina do reconhecimento pelo sistema jurídico da autonomia privada dos sujeitos de direito [...]”. (SOARES, 2013, p. 87).

Sobre a autonomia privada, Miguel Reale (2001, p. 170) a define como “o poder que tem cada homem de ser, de agir e de omitir-se nos limites das leis em vigor, tendo por fim alcançar algo de seu interesse e que, situado no âmbito da relação jurídica, se denomina bem jurídico”. A autonomia resulta do fato de que será sempre imprescindível reconhecer, pela natureza das coisas, que o homem é um ser capaz de decidir sobre direitos e obrigações e, em consequência, com o poder de organizar negócios para a realização de fins lícitos, decorrente de um acordo de vontades, em qualquer ordenamento jurídico¹⁷. (REALE, 2001, p. 173).

¹⁷ “Mesmo nos países socialistas, que restringem a livre disponibilidade pessoal dos bens econômicos, transferindo para o Estado iniciativas antes conferidas aos indivíduos, mesmo nas Nações, em suma, onde se operou ‘a socialização dos bens de produção’, é reconhecida uma esfera de ação privada, na qual se respeita o poder de disposição de cada ser humano.” (REALE, 2001, p. 169).

Quanto as normas jurídicas negociais, ressalva-se que estas são produzidas em função da autonomia privada. Porém, mais precisamente, que estas normas originam-se em função do encontro das autonomias de diversos indivíduos, para dar nascimento a um conjunto de direitos e obrigações recíprocos. Logo, para a criação de normas jurídicas negociais não se sobreleva simplesmente declarações unilaterais de vontade (igualmente admitidas pela autonomia), mas sim se considera o consenso de diversas vontades.

As normas jurídicas negociais organizam-se em torno de um negócio jurídico, que de modo amplo pode ser representado pelo contrato. Assim, “entre as normas particulares, assim chamadas por só ligarem os participantes da relação jurídica, estão as normas negociais e, dentre estas, por sua fundamental importância, as normas contratuais, comumente denominadas cláusulas contratuais”. (REALE, 2001, p. 169).

Diante das explicações de que: a fonte negocial, produz normas jurídicas negociais, que por sua vez representam o negócio jurídico, sendo este normalmente exteriorizado pelo instituto do contrato, são estabelecidos alguns requisitos por Miguel Reale (2001, p. 170), quais sejam: “a) manifestação de vontade de pessoas legitimadas a fazê-lo; b) forma de querer que não contrarie a exigida em lei; c) objeto lícito; d) quando não paridade, pelo menos uma devida proporção entre os partícipes da relação jurídica”. Desta feita, tais elementos necessitam coexistir para que a norma negocial produzida seja válida e legítima.

Miguel Reale (2001, p. 170-172) quando aborda sobre a validade e legitimidade das normas negociais aponta que negócios e contratos potestativos não representam, a expressão do poder negocial, mas sim do abuso do poder negocial. Completa ele:

o abuso de poder, tanto como o desvio de poder, é causa de ineficácia ou anulabilidade das relações jurídicas, tanto privadas como públicas. No primeiro caso, o detentor do poder exerce-o além do necessário e razoável à satisfação de seu direito ou à realização da função pública, causando dano a terceiros; no segundo caso, o poder é desviado de sua finalidade específica, para servir de instrumento a fins diversos daqueles que constituíram a razão de ser do poder reconhecido ou outorgado. Em tais casos, não há que indagar se houve culpa ou dolo por parte do agente: o poder que ultrapassa os limites que lhe consente a lei, ou que se desvia de seu escopo legítimo, torna, só por isso, anulável o ato ou o negócio jurídico. (REALE, 2001, p. 171).

Por conseguinte, conclui-se que o exercício pleno da autonomia privada é imprescindível à conquista da legitimidade do poder de decisão, sendo esta um pressuposto para a fonte negocial.

Contudo, visa-se mencionar que o poder negocial pode também ser considerado como um poder deliberativo conferido a particulares. Portanto, as normas negociais podem ser normas deliberativas capazes de firmar conteúdos mais amplos. Sob esta óptica, por exemplo, Andre Franco Montoro (2013, p. 409) menciona a possibilidade de produção de normas por grupos ou associações sociais, destinadas a reger a vida interna desses grupos. Assim tem-se: o direito estatutário, constituído pelo poder negocial plurilateral para editar estatutos, regulamentos e instruções privadas; o direito esportivo, destinado a deliberar sobre atividade e ramo esportivo; o direito religioso, que rege as relações e atribuições em organizações religiosas¹⁸.

Nesse sentido, igualmente Ricardo Maurício Freire Soares (2009, p. 47) evidencia que o poder de produção normativa de grupos sociais é uma “prerrogativa conferida pelo sistema jurídico aos grupos sociais para elaborar seus próprios ordenamentos jurídicos, submetidos, contudo, ao sistema jurídico geral posto pelo Estado”. Assim, portanto, a autonomia privada pode ser utilizada tanto para regulamentar relações bilaterais, quanto para regular relações plurilaterais. Nesse sentido, o que vale ressaltar é que:

por assim terem livremente convencionado, homens [sujeitos individuais] e grupos [sujeitos socialmente organizados] dão nascimento a formas ou modelos jurídicos de ação, que os vinculam à prática dos direitos e deveres avençados. Essas avenças geralmente se ajustam a modelos legais previstos nos Códigos ou em leis complementares, mas nada impede que as partes constituam estruturas negociais atípicas, isto é, não correspondentes aos tipos normativos

¹⁸ Andre Franco Montoro (2013, p. 409-411) também menciona que o poder negocial deliberativo orienta as relações internacionais. Nesse sentido, Maria Helena Diniz (2014, p. 355) explica que: “semelhante ao contrato, que rege relações entre os particulares, tem-se o tratado, que disciplina as relações entre os Estados, criando normas gerais, hipótese em que a contratação recebe a denominação de convenção internacional, que, em certos casos, pode criar normas jurídicas individuais, p. ex., quando dois Estados tiverem por conveniência resolver, com exclusividade, uma questão atinente a um cidadão, de qualquer deles. Todavia, consideramos a convenção internacional, ao gerar um tratado, como fonte formal estatal convencional”. Logo, embora o tratado seja estipulado por deliberação entre Estados, externamente este pode ser considerado como um negócio plurilateral (e suas normas seriam classificadas como negociais). Porém, internamente, o mesmo merece ser considerado uma fonte de direito estatal e genérica, já que obrigatoriamente vincula todos os cidadãos (que obviamente não protagonizaram a negociação). E, neste trabalho, por se tratar de um estudo de Direito Público interno, realizado à luz do ordenamento jurídico brasileiro, observa-se ser esta a noção a que aproxima o tratado, não sendo, pois, igualado aos negócios e contratos celebrados por particulares.

elaborados pelo legislador. Muito freqüente é, outrossim, a combinação de dois ou mais modelos normativos, bem como modificações nos esquemas consagrados nas leis, a fim de melhor atender às múltiplas e imprevistas exigências da vida contemporânea, tanto no plano interno, como no internacional. (REALE, 2001, p. 170).

Logo, “não é apenas o poder estatal que é fonte de normas de direito; também o são as associações de pessoas que se encontram dentro das fronteiras do Estado, mas é a sociedade política que confere efetividade à disciplina normativa das instituições menores” (DINIZ, 2014, p. 356).

Por conseguinte, entende-se prática negocial como fonte formal e não estatal do direito, que traduz um conjunto de normas particulares e individualizadas, que decorrem de acordo de vontades, capazes de estabelecer direitos e deveres para os agentes envolvidos na relação jurídica – seja ela bilateral [ou individual], seja ela plurilateral [ou socialmente organizada]. Outrossim,

“não somente os órgãos estatais produzem Direito, mas todo conjunto de agrupamentos humanos que perfazem o conjunto global da sociedade. Recusa-se, assim, a estrita visão monista de uma produção normativa unicamente estatal do Direito, em favor do reconhecimento de um novo paradigma de criação pluralista do fenômeno jurídico. ” (SOARES, 2009. p. 47).

Nas sociedades capitalistas atuais, portanto, em que as transações político econômica ocorrem de forma aquecida, adquire relevo o poder negocial. Diante da pluralidade de relações humanas, a pluralidade de normas (e suas fontes) tem igualmente se alastrado, possibilitando a aproximação do Direito ao sujeito.

Por fim, cumpre evidenciar que muito embora tenha-se esclarecido sobre o poder negocial (como a autonomia privada) ou sobre as normas jurídicas negociais – ambos não se confundem com a fonte (negocial) do direito, mas sim apresentam-se simplesmente como elementos que asseguram a existência dessa fonte. Como visto nas delimitações apresentadas no início do capítulo, mais coerente é tratar a fonte como o processo ou percurso que brota do poder de decisão e culmina com a criação de normas. Logo, a fonte negocial exige um processo negocial.

Todo processo negocial baseia-se na oportunidade de diálogo concedida aos participantes em busca da construção de um consenso, com atribuições de direitos e deveres recíprocos. Tendo em vista a base comunicativa, as negociações são inerentes ao ser humano e necessárias a boa administração de suas relações particulares ou

coletivas (quando organiza indivíduos em grupos ou associações). Desta feita, é evidente que existem diversos processos negociais no mundo social e, igualmente, no mundo jurídico (quando tais processos negociais são capazes de produzir normas jurídicas e assim serem classificados como fontes de direito).

Tendo em vista as transformações paradigmáticas que tem se iniciado no Poder Judiciário para a solução de contendas, o poder negocial tem sido legitimado por este ente público, – fato iminente que está se consolidando gradualmente e progressivamente ofertando espaço a processos negociais (também reconhecidos como processos autocompositivos). Em virtude desta vastidão, o presente estudo buscou examinar um processo negocial específico – qual seja, a mediação comunitária, a fim de se verificar se esta pode ser considerada uma fonte negocial e, por assim dizer, ser classificada como uma fonte do direito.

4 A MEDIAÇÃO COMUNITÁRIA COMO FONTE DO DIREITO

Tendo-se conhecido sobre a mediação comunitária e sobre o que se entende como fonte do direito, cumpre-se aprofundar sobre o problema suscitado nesta pesquisa, qual seja, eleger a mediação comunitária como uma fonte do direito. Para tanto, utiliza-se como premissa a conceituação de que a experiência jurídica concretiza-se pela coexistência e interação de três elementos: “fato (‘realização ordenada do bem comum’), norma (‘ordenação bilateral-atributiva de fatos segundo valores’) e valor (‘concretização da ideia de justiça’)” (REALE, 2001, p. 63). Esta é uma referência necessária, para perceber que nesta pesquisa toma-se em conta a perspectiva culturalista, de modo que o estabelecimento de uma fonte do direito sobre interferências da realidade histórica, social e cultura de uma comunidade, sociedade ou nação em que se necessita estabelecer parâmetros jurídicos para regulação de condutas.

4.1 O “NOVO” CENTRO DE PODER PARA CONSTRUÇÃO DE NORMAS – EXERCÍCIO DO PARADIGMA PLURALISTA

A crise do acesso ao Poder Judiciário e a crise do próprio acesso à justiça desencadearam um cenário que demonstrou não ser o Estado suficiente – como único centro de poder – para garantir a resolução de conflitos e efetivação de direitos e deveres dos cidadãos, especialmente aqueles localizados nas comunidades mais carentes e marginalizadas. Percebe-se que as relações sociais se apresentam de forma cada vez mais complexa e, portanto, necessitam de meios mais dinâmicos e adequados a sua realidade para tratar e compor os seus principais conflitos.

O Poder Judiciário não consegue alcançar algumas expectativas e nem mesmo toda sociedade, de modo que desenvolve um processo burocrático e dispendioso, em uma linguagem difícil, por profissionais públicos escassos ou profissionais privados a altos custos – tornando-se um tanto inacessível para as populações carentes. Outrossim, o Poder Legislativo, na construção de normas abstratas, não garante a repercussão, entendimento e aplicação direta destas normas aos seus destinatários – especialmente aqueles constantes em realidades sociais distantes. Nota-se, pois, uma enorme distância entre as normas juridicamente vigentes e válidas e a aplicação concreta destas normas em determinados contextos sociais.

Com efeito, percebe-se que os centros estatais de produção normativa, - então reconhecidos como protagonistas das fontes do direito no sistema jurídico do *civil law*, do ordenamento jurídico brasileiro, já não são suficientes para monopolizar os processos de criação de normas jurídicas. Este cenário de crise do monismo estatal sugere o desenvolvimento do paradigma pluralista – como alternativa que compreende o reconhecimento e convivência de diferentes centros de poder, voltados à satisfação de grupos sociais distintos, com realidades sociais e necessidades próprias. Um destes grupos é a comunidade – que utiliza para solução de conflitos e satisfação de direitos e deveres um processo autocompositivo – a mediação.

As comunidades, enquanto movimentos ou grupos sociais insurgentes, em grande parte representados pelas camadas populares marginalizadas, passaram a utilizar mecanismos “não oficiais” de deliberação normativa particular – convenções coletivas, acordos ou arranjos setoriais de interesse – para orientar suas estruturas internas e particulares; bem como a recorrer a processos alternativos e autocompositivos, não estatais, com procedimentos simples, compatíveis com sua estrutura (tais como negociação, conciliação e mediação), para solução de suas contendas particulares ou individuais e garantia de direitos e deveres dos seus integrantes – quais sejam, sujeitos de direito inseridos naquele seio sócio comunitário.

A partir de então, nestes centros comunitários organizados, desenvolve-se a mediação comunitária, que, por sua vez, envolve a resolução consensual de conflitos, articulados informalmente por segmentos ou vontades individuais e coletivas, com características específicas, voltado ao atendimento de direitos e deveres fundamentais. Assume em seu escopo uma validade legítima e diferente – conferida pelo (novo) centro de poder, qual seja, a comunidade (e seus membros) –, não menos verdadeira, podendo ser até mais justa e autêntica, do que aquela conferida aos processos estatais. (WOLKMER, 1997, p. 90).

A mediação comunitária representa um processo alternativo com baixo nível de institucionalização, fundamentado no consenso, que implica alto teor de informalização, descentralização e democratização, senão ainda uma maior conscientização, participação e criatividade, favorecendo o alargamento societário de auto-regulação voluntária, sedimentando uma nova política de produção de normas e de acesso à Justiça. (WOLKMER, 1997, p.92-93).

Por conseguinte, depreende-se que em paralelo à convencional administração da justiça e do Direito (centralizada no Poder Estatal), floresce um novo

mecanismo de resolução de conflito (mediação comunitária), caracterizado tanto pela celeridade e participação ativa da comunidade, quanto por instituições leves, flexíveis, gratuitas, localizadas de modo a maximizar o acesso aos seus serviços, operando por vias pouco reguladas com vistas à obtenção de soluções mediadas entre as partes.

Nesse sentido, sobre a relação intrínseca entre métodos alternativos de resolução de conflito e centros comunitários como centros de poder, vale conferir o ensinamento de Dora Fried Schnitman (1999, p. 19):

As metodologias para a resolução alternativa de conflitos apoiam o funcionamento de redes comunitárias e organizações em um amplo espectro, que compreende escolas, saúde, administração, relações internacionais, negócios, comunidades, e oferecem maneiras de ampliar as possibilidades de colaboração e coordenação na pluralidade – com interesses e propósitos compartilhados, – aumentando a capacidade de gestão e participação e favorecendo a criação de novas comunidades de interesse. No caso particular das organizações comunitárias, esses métodos conseguem reduzir a dependência de intervenções de organismos governamentais e promover e promover a auto-gestão co-participativa focalizada. A evolução dos serviços em organizações judiciais, familiares, educacionais, de saúde, ambientalistas, empresariais, comerciais, legais, comunitárias, mediante a inclusão destas novas metodologias, é uma tarefa aberta. Na América Latina, tal desafio é um incentivo para criar redes de colaboração. (SCHNITMAN, 1999, p. 19).

Segundo Antônio Carlos Wolkmer esta concepção – este terreno de desenvolvimento da mediação comunitária – constitui-se em uma das características que referendam o paradigma do pluralismo jurídico-comunitário-participativo. Assim, de acordo com sua doutrina tem-se que:

a formulação do ‘pluralismo’ como um paradigma alternativo no âmbito da cultura jurídica, pressupõe pensar e adequar a proposta “prático-teórica” tendo em conta as condições existenciais, materiais e culturais refletidas pela globalidade sócio-política estudada [...]. O novo pluralismo jurídico, de caracteres participativas, é concebido a partir de uma nova racionalidade e uma nova ética, pelo refluxo político e jurídico de novos sujeitos – os coletivos; de novas necessidades desejadas – os direitos construídos pelo processo histórico; e pela reordenação da sociedade civil – a descentralização normativa do centro para a periferia; do Estado para a Sociedade; da lei para os acordos, os arranjos, a negociação. É, portanto, a dinâmica interativa de um espaço público aberto e democrático. (WOLKMER, 1997, p. 156-157)

Contudo, “tendo presente uma longa tradição ético-cultural introjetada e sedimentada no inconsciente da coletividade e das instituições latino-americanas, é praticamente impossível projetar uma cultura jurídica com a ausência total e absoluta do

Estado” (WOLMER, ano, p. 2). Ademais, como visto, o pluralismo progressista, então estabelecido na Constituição Federal de 1988, celebra um pluralismo em que os centros de poder coexistem, mas estão mantidos e organizados por um centro de poder “máximo” que é o Estado (de maneira que na atualidade não convivemos em um “novo feudalismo”).

Logo, entende-se que a “mediação comunitária”, neste instante confrontada como instituto, representa um centro de poder paralelo ao Poder Estatal, mas que a ele não se opõe. Até porque, o pluralismo progressista não diminui a força do Estado – ele apenas encoraja grupos sociais a se fortalecerem para atenderem suas necessidades – ao lado da força estatal – que sempre será superior e integradora. Nesse sentido, vale conferir o posicionamento acertado da autora Maria Tereza Fonseca Dias (2010, p. 47):

Desde já salienta-se que a mediação não é forma de oposição ao Poder Judiciário, mas apontamento de um procedimento de resolução pacífica de problemas que seja apropriado às demandas, haja visto que através da mediação tais problemas são compreendidos com mais abrangência, levando-se em conta aspectos sociais, culturais e psíquicos que envolvem os casos. O Judiciário, muitas vezes, não possui o potencial necessário e adequado para decidir sobre determinadas demandas, pois limita-se à apreciação legal e burocrática dos casos e existem questões que ultrapassam essa perspectiva. (DIAS, 2010, p. 47).

O desenvolvimento da mediação comunitária, portanto, ocorre em evidência ao pluralismo, sendo um “exemplo vivo” de sua ocorrência – já que se constitui como necessidade de transformação destes atores sociais em instituições comunitárias (novos centros de poder), que em resposta à crise do Estado e do acesso à justiça (pela insuficiência dos Poderes Legislativo e Judiciário), se organizam e articulam em prol da defesa dos interesses de determinado grupo social, com vistas a atingir a resolução de conflito e atendimento de direitos e deveres.

Sobre estas bases, a mediação comunitária, agora percebida enquanto processo, torna-se eficiente para produção de normas livres e autônomas daquelas oriundas da produção estatal. Isto porque os parâmetros e os referenciais para sua construção são localizados no centro da atividade social e real, gestado pelos seus próprios membros, providos de autonomia privada. Ressalta-se que as normas nascidas na mediação comunitária, para então serem consideradas como normas jurídicas, necessitam levar em conta todo o ordenamento jurídico preexistente que a circunda – elemento que não fere, mas sim, fortalece o ideal pluralista.

Por conseguinte, conclui-se que os centros comunitários disponibilizam para os seus membros, para a solução de conflitos o processo de mediação – sendo este um método consensual e autocompositivo de solução de conflitos, capaz de produzir normas negociais jurídicas (individuais e particulares). A mediação comunitária, por seu turno, para se desenvolver, vale-se da existência do atributo da autonomia privada conferido aos indivíduos, para negociar e decidir sobre suas vidas e suas relações. Assim, o centro de poder comunitário para produzir normas jurídicas negociais vale-se do poder negocial (ou poder de autonomia do sujeito de direito), que é canalizado ou catalizado pelo processo negocial conhecido como mediação (sendo este um método autocompositivo).

4.1.1 A autonomia – poder negocial necessário à tomada de decisões

Na modernidade, o conceito de vontade individual era tido como a única fonte de todas as obrigações jurídicas nas relações privadas, sendo por isso consequência de uma fonte de justiça. O elemento volitivo era o centro absoluto das relações jurídicas particulares e, por assim dizer, dos negócios jurídicos, que possuem como modalidade representativa o contrato. (NALINI, 2004, p. 108-109).

O contrato, firmado em virtude do exercício da autonomia da vontade, era tido como um instrumento de circulação de riquezas que deveria assegurar por via legal a ascensão da burguesia frente a uma classe aristocrática decadente. Logo, a concepção moderna de justiça contratual fundamentava-se no livre exercício da vontade individual, sendo esta a única fonte legítima de produção de justiça. (NALINI, 2004, p. 109). Esta análise referenciou o modelo clássico do contrato, então entabulado pelo modelo liberal do Código Civil Francês de 1804 (codificação napoleônica pós-revolução francesa) e foi replicado pelo Código Civil Brasileiro de 1916.

Todavia, em virtude das profundas e complexas alterações sociais e econômicas pelas quais passou a humanidade, esta máxima deixou de apresentar compatibilidade com a realidade. A partir da Revolução Industrial, notou-se que o contrato (revestido como acordo celebrado sob o fundamento de uma autonomia da vontade irrestrita), deixou de ser ocasião de consolidação da livre vontade contratual, para se tornar oportunidade de exploração dessa liberdade. (NALINI, 2004, p. 110-111).

Na prática, em virtude da desigualdade material sócio econômica desencadeada pelo período histórico comentado, muitas pessoas estiveram pressionadas

a contratar. Passaram a predominar os contratos de adesão, ocorrendo uma massificação das relações contratuais, que culminaram por ocasionar uma mitigação da vontade como elemento primaz dos contratos e negócios jurídicos em geral. Tornaram-se raras as manifestações de vontade plenas e inequívocas. (NALINI, 2004).

O direito contratual contemporâneo concebeu que os agentes emissores da vontade não podiam ser considerados sempre partes iguais em uma dada relação jurídica, sob pena de se administrarem situações de absoluta injustiça. “A igualdade formal, rótulo hipócrita justificador de violências sociais, cedeu lugar aos princípios da igualdade material e da dignidade da pessoa humana, o que representou a modificação do próprio eixo interpretativo do negócio jurídico (e da sua principal espécie: o contrato)”. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 274).

Nesse diapasão, nota-se que a declaração de vontade, enquanto cerne essencial do contrato, para continuar a ser considerada como válida e legítima deveria (tal como ocorre na atualidade), não apenas corresponder ao arcabouço de preceitos legais do Código Civil, mas, principalmente, respeitar os mandamentos constitucionais e os superiores princípios de respeito à dignidade, ordem pública e de solidarismo social. Presencia-se uma limitação normativa da vontade, frente aos direitos fundamentais, fato que corresponde “à humanização nas manifestações da autonomia privada e respeito à individualidade e condição social de cada contratante”. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 274).

Assim, na concepção clássica ou moderna do contrato a autonomia, próxima à liberdade absoluta para negociar, pautava-se na igualdade formal concebida legalmente a todos os indivíduos. Todavia, era nítida (e com o passar da História tornou-se mais evidente) a existência da desigualdade material, marcada pelas discrepâncias sociais e econômicas. Desta feita, “a autorregulamentação dos [...] interesses nem sempre seria completamente motivada por uma vontade livre” (BORGES, 2007, p. 105). Muitas vezes a motivação ocorria por necessidade ou desinformação, estando assim viciada a autonomia e a liberdade. Logo, a solidificação de todos como iguais perante a lei possibilitou a utilização dos contratos como instrumentos de abuso e exploração.

Com efeito, tendo em vista que os contratos não deveriam servir a tais propósitos, levou a construção de uma concepção contemporânea (ou pós moderna) do contrato, que visou equilibrar a igualdade formal com a igualdade substancial, para que assim o indivíduos pudessem de fato exercer suas liberdades. Objetivava-se que as

partes conseguissem usufruir de uma desigualdade jurídica diferenciada para que pudessem equalizar a desigualdade material.

Quanto à liberdade de vontade, vale dizer que a concepção contemporânea do contrato tentou equilibrar esta noção com a apresentação da autonomia privada. Assim ensina Roxana Borges (2007, p. 105):

A antiga liberdade de contratar, assim como o voluntarismo jurídico, deu espaço à noção de autonomia privada. A autonomia privada é o poder de realizar negócios jurídicos, conhecida também como liberdade negocial, que abrange a liberdade contratual. É o poder atribuído pelo ordenamento jurídico à pessoa para que esta possa reger, com efeitos jurídicos, suas próprias relações.

A autonomia privada é o poder das pessoas de auto regulamentar suas próprias ações e consequências jurídicas, em uma forma admitida e reconhecida pelo Direito. Tal poder de gerar regras para suas próprias relações está pautado na vontade da pessoa e na declaração desta vontade devidamente autorizada pelo ordenamento jurídico. (BORGES, 2007, p. 105-106). Pelas menções feitas acima se constata que no direito civil contratual contemporâneo a autonomia da vontade está delimitada pela premissa de uma igualdade substancial (alcançada não raro por uma desigualdade jurídica) e pela autonomia privada.

Oportunamente, vale dizer que a mediação não se afasta deste conceito contemporâneo de autonomia da vontade, posto pela Teoria Geral dos Negócios Jurídicos. A mediação, enquanto instrumento destinado à produção de acordos (muito embora não seja esta sua única destinação), corrobora para a construção de negócios jurídicos com intenção de preservação da voluntariedade, que é exercitada com atenção à isonomia (representada aqui pela igualdade material processual) e à autonomia privada.

A voluntariedade é tida na mediação comunitária como um princípio basilar e indispensável. Ela começa a ser exercitada pelas partes quando optam por tentar resolver seus conflitos através da mediação. Logo, as partes são convidadas a participar do processo e não estão obrigadas a fazê-lo.

Em geral, uma das partes comparece ao centro comunitário que disponibiliza o mediador comunitário (membro da comunidade devidamente capacitado para realizar a mediação profissionalmente) para auxiliá-la. É realizado um relato do caso, identificada a parte contrária e obtidas informações sobre o processo. Após a decisão desta parte por aderir ao processo, o mediador comunitário irá encaminhar uma

carta para a parte contrária, podendo este aderir igualmente ou não (não incorrendo nenhuma penalidade na hipótese desta negativa).

A opção pela mediação normalmente é norteadada pela praticidade de se solucionar o conflito em ambiente mais empático, com um profissional que dispões de aproximação e conhecimento da realidade local, com linguagem acessível e de fácil compreensão. Os conflitos não raro são de pequena complexidade, o que torna a análise pelo Poder Judiciário mais distante, custosa e inapropriada. A voluntariedade nesse sentido é exercida ao longo de todo processo, pois a todo momento este pode ser encerrado por motivação de uma das partes, de modo que ninguém estará obrigado a seguir até o fim que não espontaneamente. “Em razão da natureza cooperativa, as partes devem ser livres para iniciar o processo de mediação, bem como para deles desistirem em qualquer fase.” (ROBLES, p. 2009, p. 48). Neste sentido é que a mediação pode produzir um consenso ou não, já que igualmente não existe a obrigatoriedade de alcançar este êxito.

A voluntariedade é igualmente exercida para a tomada de decisões. Na mediação comunitária o mediador não deve avaliar posturas, vantagens, desvantagens, possíveis apreciações judiciais sobre o fato ou emitir qualquer proposta a respeito do que for tratado, a fim de que as partes sintam-se livres para decidir. Em verdade, o mediador deve, através de técnicas, formular perguntas, estimular o raciocínio, o empoderamento, a autodeterminação das partes, para que estas sintam-se responsáveis pela criação das propostas e tomada de decisões. “A responsabilidade pelas decisões tomadas é das partes e estas devem, livremente, cooperar no processo de mediação” (ROBLES, 2009, p. 48).

Porém, como mencionado acima, a voluntariedade na mediação é desenvolvida com atenção à isonomia e a autonomia privada – fato que aproxima os acordos produzidos na mediação, dos negócios jurídicos reconhecidos pelas disposições do direito civil contratual contemporâneo.

A isonomia protegida pela mediação comunitária prevê que as partes envolvidas possuam uma paridade de poder para tomada de decisões a respeito do conflito. Se for notado algum desequilíbrio de poder, alguma disparidade, o mediador deve suspender a sessão, para que esta macula venha a ser sanada (ou, na hipótese desta impossibilidade, que seja adotado outro método de resolução, capaz de garantir

efetivamente condições mais equânimes)¹⁹. Para garantir a isonomia o mediador deve ficar atento para não realizar e não permitir entre as partes qualquer tipo de constrangimento ou coação. No caso de alguma ocorrência, o fato (ou a sensação) deve ser manifestado e corrigida para ser dado seguimento ao processo (ou até suspender ou encerrar a sessão, se assim for indicado).

Quanto à autonomia privada, esta também é exercitada quando da produção de acordos na mediação comunitária. Isto porque, ao longo do processo, as partes envolvidas são estimuladas a livremente dispor sobre a autorregulamentação de seus interesses (sendo esta inclusive uma prática social), sem, contudo, abandonar as normas do ordenamento jurídico vigente e preexistente.

Note-se que, quando da admissão da liberdade “sem freios”, ocasionou-se o estabelecimento de relações desproporcionais, em cujas partes tiveram que reivindicar judicialmente o atendimento de seus direitos – lógica esta contrária aos objetivos da mediação comunitária. Já a liberdade equilibrada (pela percepção da desigualdade material e possibilidade de administração da autonomia privada) é capaz de colocar o sujeito no centro de suas relações, devidamente informado, consciente e empoderado para que este tenha condições de tomar decisões.

Por fim, há que se falar que a mediação comunitária, justamente por tentar proteger ao máximo a voluntariedade, autonomia e liberdade das partes (com atenção aos limites jurídicos previamente existentes que promovem a isonomia e autonomia privada) apresenta uma oportunidade para a construção de normas jurídicas negociais,

¹⁹ Exemplo comum de proteção à isonomia é oferecido quanto uma das partes comparece à mediação extrajudicial acompanhada de advogado, mas a outra encontra-se desassistida. A Lei n.º 13.140/2015, art. 10, caput orienta que nas mediações extrajudiciais (ao que se aplica o caso das mediações comunitárias), a assistência de advogados ou defensores públicos é facultativa. Porém, caso uma das partes compareça acompanhada pelo seu procurador, o mediador obrigatoriamente deve suspender a sessão até que todas estejam devidamente assistidas (art. 10, parágrafo único da Lei n.º 13.140/2015) – a menos que esta parte abra mão da sua condição de assistência e ambas participem desacompanhadas de assessores jurídicos.

Outro exemplo de relações com desequilíbrio de poder, que comumente alcançam centros comunitários de mediação, são as relações conjugais marcadas pela produção de violência doméstica. O fato de haver episódios de violência contra a mulher logo evidencia que está encontra-se em posição de extrema vulnerabilidade, medo, desconfiança para a tomada de decisões. Logo, estes centros, ao identificarem a questão da violência, que deve ser apurada na oportunidade do atendimento, primeiramente devem tratar a questão da violência, contando com equipe multidisciplinar e prestação de apoio psicossocial. Após o empoderamento da mulher esta poderá estar apta a participar de uma mediação (sem prejuízo da apuração de questões penais, se for o caso). Todavia, a depender da análise do caso durante o atendimento o processo judicial pode ser a via mais indicada (quando resultar evidente o risco de vida, por exemplo), já que o restabelecimento da comunicação proporcionado pela mediação não será o indicado, mas sim o rompimento definitivo da relação.

em regra externadas através da produção de um termo de acordo, que nada mais é do que um negócio jurídico por excelência reconhecido, qual seja, o contrato (NALINI, 2004, p. 111). Portanto, “na usual afirmação de que ‘o contrato tem força de lei entre as partes’ se albergava o reconhecimento de que a ‘autonomia da vontade’ é a fonte geradora das regras de direito”. (REALE, 1994, p. 73).

Logo, a comunidade organizada (enquanto centro de poder), quando disponibiliza aos seus integrantes (os sujeitos de direito) o processo de mediação como instrumento de solução de contendas e concretização de direitos, fundamentado na autonomia da vontade, estrutura uma fonte negocial de direito. Isto porque, “o pressuposto processual por excelência da fonte negocial diz respeito à liberdade real de decidir de todos os que participam da instauração do negócio jurídico, pois fonte negocial e autonomia da vontade são termos que reciprocamente se implicam”. (REALE, 1994, p. 72). A mediação comunitária, portanto, centraliza-se no poder negocial da autonomia da vontade (com atenção à isonomia e autonomia privada) para estimular e possibilitar a tomada de decisões pelos sujeitos de direito e, em consequência, viabilizar a produção das normas jurídicas negociais, efetivando-se como uma legítima fonte negocial de direito.

4.2 VALIDADE DAS NORMAS JURÍDICAS NEGOCIAIS PRODUZIDAS NA MEDIAÇÃO COMUNITÁRIA

Pelas explanações antecedentes, verifica-se que a mediação comunitária pode ser considerada uma fonte do direito, quando representa um processo que, executado por um centro de poder comunitário e no poder negocial da autonomia privada do indivíduo, é suficiente para, a partir de um contexto sócio cultural, produzir de normas jurídicas negociais (individuais e particulares). Todavia, o conceito de fonte do direito adotado neste trabalho abarca que as normas jurídicas negociais, para serem assim consideradas, necessitam ser normas obrigatórias, válidas e eficazes diante do ordenamento jurídico nacional.

Assim, presta-se a análise a respeito da validade das normas jurídicas negociais produzidas pela mediação comunitária. Deve-se ter em vista que “não basta que uma regra jurídica se estruture, pois é indispensável que ela satisfaça a requisitos de validade, para que seja obrigatória”. (REALE, 2001, p. 97). A validade normativa de uma norma de direito precisa ser examinada sobre três parâmetros: validade formal ou

técnico-jurídica (referente à vigência); validade social (relativa à eficácia ou efetividade); e validade ética (correspondente ao seu fundamento valorativo). (REALE, 2001, p. 97).

4.2.1 – Validade formal ou vigência das normas jurídicas negociais produzidas pela mediação comunitária

A validade formal ou vigência de uma norma jurídica está relacionada a sua obrigatoriedade ou executoriedade compulsória. De acordo com os ensinamentos de Hans Kelsen, na Teoria Pura do Direito (2009), a validade deverá ser observada levando em consideração a relação entre normas, de modo que uma norma inferior somente será considerada válida se estiver fundada em uma norma superior capaz de indicar o órgão (ou centro de poder) competente para lhe produzir, o conteúdo que se lhe permite conter e os procedimentos adequados ao seu processo de produção. Da mesma forma, Ricardo Maurício Freire Soares (2009, p. 32) esclarece que:

“a validade da norma é verificada através da correspondência vertical de uma norma jurídica inferior com uma norma jurídica superior, seja porque o conteúdo é compatível (validade material), seja porque foi produzida por um órgão competente, dentro do procedimento previamente estabelecido pela normatividade jurídica superior (validade formal)”.

Logo, como igualmente condiciona Maria Helena Diniz (2014, p. 418), uma norma deve ser considerada vigente e válida quando obedece a três requisitos, quais sejam: (i) elaboração por uma organização competente e legítima que (ii) possua competência *ratione materiae*; e (iii) tenha observado os procedimentos necessários ao princípio do *due process of law*.

Pelo quanto exposto, observa-se que os três pontos já foram cuidadosamente analisados e individualizados nos tópicos anteriores neste mesmo capítulo. Assim, para a validação formal (ou vigência) das normas jurídicas negociais produzidas pela mediação comunitária é evidente que: (i) existe um órgão competente (ou organização, já que se trata de modalidade de mediação extrajudicial), qual seja a comunidade, que através de profissionais capacitados disponibiliza como serviço o processo de mediação comunitária. Ademais, (ii) as matérias tratadas ao longo do processo devem tratar de conflitos cuja natureza permita a resolução por autocomposição, abarcando diversas modalidades (cível, comercial, ambiental, familiar, dentre outros), com algumas raras

exceções (a exemplo de casos de ocorrência de crime contra a vida, cuja materialidade compete ao Ministério Público, através de ação penal pública incondicionada). Por fim, (iii) em atenção ao cumprimento do princípio do devido processo legal, nota-se que a mediação encerra uma séria de procedimentos, princípios, etapas, objetivos e competências do mediador, já pormenorizadamente trabalhadas.

Cabe, portanto, neste diapasão, apresentar o panorama da verticalidade das normas em que se encontra o respaldo normativo para que seja oferecida validade normativa, vigência e obrigatoriedade às normas produzidas pela mediação comunitária, a fim de que esta seja reconhecida definitivamente em sua legitimidade como fonte do direito.

4.2.1.1 – Validade formal sob o panorama da verticalidade normativa à luz da Constituição Federal

É evidente que o ordenamento jurídico no Brasil se subordina a uma “gradação decrescente e prioritária de expressões de competência, a partir da lei constitucional, a qual fixa a estrutura e os feixes de competência de todo o sistema normativo” (REALE, 2001, p.). Maria Helena Diniz afirma que a Constituição Federal se sobrepõe a todas as demais normas do ordenamento jurídico, sendo uma autêntica sobrenorma. Esta especialmente cuida da competência, conteúdo e forma que outras normas devem conter, bem como princípios gerais que devem conduzi-las e guiá-las, quando da aplicação ou atividade interpretativa.

Nesse sentido, se define que dentro do sistema de fontes formais do direito, a Constituição é a norma *nomarum*, da qual decorrem todas as demais fontes, sendo conhecida como “a fonte das fontes” (BOBBIO, 2010, p. 201 a 205). André Franco Montoro (2013, p. 386) enfatiza que a Constituição está no mais elevado nível dentro do ordenamento jurídico brasileiro, ao qual todas as demais normas devem se subordinar, denominando tal evento de “princípio da constitucionalidade”. Assim, deve-se averiguar, a princípio se as normas jurídicas negociais produzidas pela mediação comunitária estão validadas pelas normas constitucionais superiores no ordenamento jurídico.

Em nível constitucional, a mediação foi permitida quando o Constituinte pôs sob monopólio do Poder Judiciário apenas o exercício da jurisdição. Deste modo, todos os demais métodos de resolução de conflito amigáveis e voluntários estiveram

consentidos, em virtude da busca pela justiça e paz social. Esta vontade e intenção pode ser observada a partir da leitura do preâmbulo da Constituição Federal de 1988, quando se institui o Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar direitos individuais e sociais, liberdade, segurança, bem-estar, desenvolvimento, igualdade e justiça, com fundamento na harmonia social, atingida mediante (inclusive) a solução pacífica de conflitos.

Estas formas pacíficas de resolução encontram-se melhor classificadas na esfera do processualismo civil, quando se menciona que o conflito pode ser resolvido por meio da autocomposição ou heterocomposição. Como autocomposição entende-se os processos de negociação, conciliação e mediação, que se encontram fundamentados no poder decisório das partes sobre os seus próprios conflitos. Nesse sentido, afirmam Cintra, Dinamarco e Grinover (2004, p. 29) que a autocomposição é “um legítimo meio alternativo de solução estimulado pelo Direito mediante as atividades consistentes na conciliação. De um modo geral pode-se dizer que é admitida sempre que não se trate de direitos intimamente ligados ao próprio modo de ser da pessoa, que a sua perda a degrade a situações intoleráveis.” Já a heterocomposição compreende a solução de conflitos por terceiro não interessado, sendo este o responsável direto por tomar a decisão, a exemplo do árbitro (no processo de arbitragem) e do juiz (no processo judicial).

Ademais, autores como Fredie Didier Jr. (2009, p. 76-80) entendem que as hipóteses de autocomposição incluem ainda a transação, a submissão e a renúncia, podendo todas elas serem vistas como “equivalentes jurisdicionais”, uma vez que se constituem em formas não-jurisdicionais de solução de conflitos. De acordo com o mesmo autor, a heterocomposição, por sua vez, irá compreender o processo de arbitragem e o processo judicial, os quais irão representar atividade jurisdicional, sendo o primeiro do tipo não estatal e o segundo de monopólio estatal (DIDIER JR., 2009, p. 76-80).

Nessa linha, conclui-se que a mediação de conflitos, – por ser um processo não adversarial e voluntário, no qual um terceiro imparcial auxilia na construção de acordos mutuamente satisfatórios, com vistas a manter em posse das partes a autoria das suas decisões, – pode ser considerada como uma modalidade de autocomposição. Além disso, por estas mesmas características, cabe dizer que a mediação pode ser configurada como um tipo de “negociação assistida”, que visa a conciliação. Ou seja, a mediação

pode ser resumida, guardando-se a devida cautela, a “negociação facilitada” entre partes divergentes. (ASSMAR, 2007).

Tomando este raciocínio como premissa, pode-se dizer que nos assuntos em que se permite autocomposição – quer por negociação, quer por conciliação – também existe a possibilidade de a mediação ser utilizada. Então, nos conflitos em que as partes forem livres para decidir acerca de seus direitos e deveres (detentoras do poder negocial da autonomia privada), permitidas estarão para fazê-lo com o auxílio da mediação (ASSMAR, 2007). Frise-se que, neste trabalho, esta “liberdade” deve ser aquela que atende às disposições do ordenamento jurídico e com ele se harmoniza, não se admitindo decisões que se oponham ao que está juridicamente previsto. Ademais, para que esta produção normativa negocial se possibilite, os procedimentos simples e flexíveis da mediação necessitam ser respeitados.

Vale evidenciar que desde os primórdios da utilização da mediação no Brasil até o ano de 2015, o processo de mediação foi utilizado independente de qualquer especialização normativa sobre o assunto. Isto porque, em um Estado Democrático de Direito, em que se consagra princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, deve-se subter a respeito da relevância das normas jurídicas negociais, pois estas “haurem sua vigência na matriz da Lei Maior, de tal modo que o legislador ordinário não tem poderes para suprimir o mundo dos contratos [modelos de negócios jurídicos], mas tão somente para regulá-los na medida dos imperativos da livre coexistência das múltiplas vontades autônomas concorrentes [...]”. (REALE, 1994, p. 73).

Vale ainda observar que outras passagens da Constituição Federal de 1988 resguardam princípios elencados pelo processo de mediação como: art. 5º, caput, que assegura igualdade e liberdade (relacionadas na mediação como a isonomia e autonomia da vontade); art. 5º, inciso II, que estabelece a liberdade de consciência e ação já que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo se não em virtude de lei”; art. 5º, inciso X, que confere o direito à intimidade e vida privada, garantido pelo princípio da confidencialidade na mediação.

Pelo percebido, a vigência da mediação comunitária encontra respaldo na Carta Constitucional, independente de qualquer regulamentação legislativa específica. Porém, em virtude da herança monista para a criação do Direito, sempre foi questionada a legitimidade da mediação (especialmente a realizada no seio de comunidades socialmente marginalizadas); a legitimidade e validade dos acordos produzidos; e a própria inserção deste processo de solução como jurídico (uma vez que a base resolutiva

funda-se numa acepção comunicativa). Assim é que a partir do ano de 2010 iniciou-se no Brasil um movimento liderado pelo Conselho Nacional de Justiça para a disseminação da mediação entre atores dos seus órgãos, bem como a pressão para aprovação de lei que regulamentasse este instituto. Tais fatos serão explicitados criticamente a seguir, mediante anotações do Marco Legal da Mediação (Lei n.º 13.140/2015).

4.2.1.2 – Validade formal sob o panorama da verticalidade normativa à luz do Marco Legal da Mediação (Resolução n.º 125/ 2010 do Conselho Nacional de Justiça; Novo Código de Processo Civil; e Lei n.º 13.140/2015)

O instituto da mediação, embora utilizado por instituições privadas no Brasil desde a década de noventa, foi (apenas) recentemente reconhecido pelo Poder Judiciário. Fato é que os resultados e benefícios computados pela mediação no âmbito extrajudicial conquistaram a consciência e credibilidade deste ente Público. Este e outros processos alternativos de resolução de disputas estão sendo cada vez mais reconhecidos e absorvidos pelo Poder Judiciário, com vistas a amenizar a crise deste sistema ou oferecer novas bases de estruturação – afinal, o que importa precipuamente são a pacificação, a concretização de direitos fundamentais e a satisfação do jurisdicionado.

Nesse sentido, vivencia-se atualmente no Brasil o momento do marco legal da mediação, a partir da produção de bases normativas especializadas. Estas objetivam: regulamentar o processo de mediação, para oferecer maior segurança jurídica aos procedimentos; estabelecer diretrizes capazes de estabilizar uma política pública de disseminação no Poder Judiciário; e fomentar a sua utilização em diferentes espaços, públicos e privados, para tratar de diversos tipos de conflitos.

As principais normas gerais são: a Resolução n.º 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, o Novo Código de Processo Civil e a Nova Lei de Mediação (Lei n.º 13.140/2015). Muito se têm discutido sobre estas normas, suas possíveis deficiências e potencialidades. Vale ressaltar que este trabalho não comporta a análise detalhada e profunda de cada uma dessas normas (com seus artigos e incisos). Em verdade, nas linhas seguintes, almeja-se pontuar alguns itens relevantes, que tem impactado ou gerado polêmica no mundo jurídico.

A Resolução n.º 125 de 2010 do Conselho Nacional de Justiça, muito embora pela sua natureza contemple a base da pirâmide de verificação de validade normativa proposta por Hans Kelsen (2009), representa o primeiro conteúdo produzido por um órgão estatal que buscou delimitar: os tribunais como órgãos competentes para oferecer mediação, indicando a melhor forma de organização; estabeleceu requisitos para qualificação de mediadores; identificou as matérias que poderiam ser objetivo de atividades mediativas; bem como, quais os princípios necessários de serem garantidos ao longo do processo, entre outras atividades desse porte. Logo, foi esta a primeira positivação de normas para verificação de validade lógico formal da normatividade da mediação. Muito embora estivesse esta resolução limitada à modalidade de mediação judicial (quando oferecida por órgãos do Poder Judiciário), as suas disposições causaram impactos em mediações extrajudiciais (a exemplo da mediação comunitária).

Com efeito, vale analisar o conteúdo da Resolução n.º 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, que estabeleceu a política nacional de disseminação da mediação e conciliação no Poder Judiciário, atrelando orientações para todos os Tribunais brasileiros. Esta foi a primeira tentativa de estimular o Poder Judiciário a incorporar a mediação e oferecer este método diretamente à população como forma de solução de problemas. Esta Resolução faz parte de um programa conhecido como “Movimento pela Conciliação”, que visa influenciar na mudança paradigmática da cultura do litígio para a cultura do consenso, estimulando a busca por soluções mediante à construção de acordos.

Para tanto a Resolução n.º 125/2010 dispõe sobre a rede para tratamento adequado dos conflitos, estabelecendo que cada tribunal deverá ter dois órgãos: i) o Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos; e ii) os Centros Judiciários de Solução de Conflitos. O primeiro órgão é responsável pelo fomento aos métodos consensuais naquele tribunal, criando políticas internas, qualificando a equipe técnica e multiplicando esta proposta. Já o segundo órgão deve funcionar como câmaras para administração propriamente dita dos conflitos. Visando a padronização da política pública no Poder Judiciário, a Resolução n.º 125/2010 estabelece os princípios da mediação e da conciliação no âmbito judicial, um Código de Ética para mediadores e conciliadores judiciais, bem como o conteúdo detalhado de um programa pedagógico de cursos de formação específica de mediadores e conciliadores judiciais.

Informa-se que esta Resolução, quando publicada ainda em 2010, inovou quando estabeleceu outras formas de administração de conflito, ao lado do processo

judicial, para garantir o acesso à justiça, sendo este a mediação judicial, que por sua vez evidencia-se como um processo justo, adequado, devido, com garantia a direitos e deveres, bem como com atenção à satisfação do jurisdicionado. Nesse sentido, *in verbis*:

Consolida-se no Brasil, então, com a Resolução 125/2010 a implantação do chamado Sistema Multiportas, sistema pelo qual o Estado coloca à disposição da sociedade, alternativas variadas para se buscar a solução mais adequada de controvérsias, especialmente valorizados os mecanismos de pacificação (meios consensuais), e não mais restrita a oferta ao processo clássico de decisão imposta pela sentença judicial. Cada uma das opções (mediação, conciliação, orientação, a própria ação judicial contenciosa etc.) representa uma “porta”, a ser utilizada de acordo com a conveniência do interessado, na perspectiva de se ter a maneira mais apropriada de administração e resolução do conflito. (CAHALI, 2013, p. 53)

Como evidenciado, o foco da Resolução n.º 125/2010 encontra-se atrelado à tentativa de atendimento do acesso à justiça, através da satisfação do público, com serviços de pacificação social. Assim, “estabeleceu-se que o acesso à Justiça não se confunde com acesso ao Judiciário, tendo em vista que não visa apenas a levar as demandas dos necessitados àquele Poder, mas realmente incluir os jurisdicionados que estão à margem do sistema para que possam ter seus conflitos resolvidos [por heterocomposição ou autocomposição].” (AZEVEDO, 2012, p. 29). Nota-se, pois, que o acesso à justiça está mais relacionado à satisfação do usuário (ou jurisdicionado) a despeito do resultado final do processo de resolução de conflito, do que com o mero acesso ao Poder Judiciário (personificado em uma relação jurídica processual ou ao ordenamento jurídico material aplicado ao caso concreto). (AZEVEDO, 2012, p. 29).

Vale evidenciar que a Resolução n.º 125/2010 influenciou bastante para o início da propagação de uma cultura de consenso e de diálogo voltada à resolução de conflitos, inclusive no interior do Poder Judiciário. Foi o primeiro passo para a transformação de paradigma. Todavia, nem todos os Tribunais iniciaram essa caminhada, de modo que esta Resolução encontrou forte resistência. Por ser uma resolução interna do Poder Judiciário e não uma lei federal, muitos tribunais se delongaram e não realizaram estas atualizações, de maneira que, em alguns Estados, esta não teve aplicabilidade.

O Novo Código de Processo Civil, por seu turno, encontra-se estabelecido na Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015 e também oferece especificações sobre a

mediação. Através deste diploma legal houve a institucionalização da mediação nos processos judiciais, conhecida como mediação judicial. O principal objetivo desta inovação é conferir celeridade à resolução dos conflitos. Nesse sentido, o Novo Código traz dentre as suas principais mudanças o amplo incentivo aos métodos autocompositivos (originariamente, como visto tópicos acima, executados em esfera extrajudicial).

De acordo com essa lei, todos os Tribunais deverão ter Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos, que deverão realizar sessões de mediação e conciliação, bem como desenvolver programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição. Vale dizer que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios também deverão instituir câmaras de mediação e conciliação, com funções semelhantes no âmbito administrativo. Estes centros irão contar com profissionais considerados, pela nova Lei, como auxiliares à Justiça, sendo estes o mediador e o conciliador judicial. (FRANCO, 2015).

A lei sancionada discrimina as diferenças entre as funções do conciliador e do mediador. De acordo com a lei, o conciliador tem a possibilidade de realizar sugestões de solução e deverá trabalhar preferencialmente nos casos em que não há vínculo prévio entre as partes ou uma relação continuada no tempo. O mediador, por sua vez, deverá atuar preferencialmente nos casos em que os conflitantes possuem uma relação permanente e não pode realizar sugestões. Tem como função precípua a restauração da comunicação entre as partes, para prevenção de novos conflitos e transformação da relação com restabelecimento dos vínculos. (FRANCO, 2015).

Cada Tribunal será responsável pela capacitação, ingresso, exclusão dos profissionais que irão integrar o Corpo de Mediadores e Conciliadores Judiciais. Existe inclusive a prerrogativa de que os Tribunais poderão operar este cadastro mediante a realização de concurso público de provas e títulos.

O grande desafio do Poder Judiciário, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios será capacitar profissionais para atuarem a partir da vigência da nova Lei, devendo ser estes bem dotados tecnicamente e harmonizados com as diversas esferas dos Direito.

É imprescindível dizer que a conciliação e a mediação judiciais deverão coexistir com modalidades extrajudiciais de mediação e conciliação, vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas por intermédio de profissionais independentes (além de outros métodos de solução de conflitos, como a arbitragem). (FRANCO, 2015).

O Novo Código de Processo Civil estabelece princípios da mediação e detalha, especialmente, sobre a confidencialidade. Esta deve recair sobre todas as informações transmitidas, para que as partes tenham a confiança de que nada que seja dito poderá ser utilizado contra elas em outras esferas. Sendo a mediação um processo baseado na comunicação, que deve ser aberta e produtiva, este é um princípio essencial para sua boa produtividade. Outro princípio basilar expressamente citado é a livre autonomia das partes, o que é fundamental para legitimar as decisões produzidas nas sessões pelos sujeitos envolvidos.

O Novo Código também dispõe que a conciliação e mediação devem ser estimuladas pelos Juízes, que deverão encaminhar casos para a resolução autocompositiva, esclarecer às partes e seus advogados sobre a relevância desse método, sendo um importante gerenciador de conflitos. Com efeito, os Juízes poderão encaminhar os casos para solução por mediação judicial (que poderá ocorrer em um dos centros judiciários de resolução consensual de conflitos, já disposto linhas acima).

Todavia, poderão as partes optar por realizar a mediação com profissional que não esteja cadastrado no Tribunal, efetivando-se, nesse caso, a realização de uma mediação extrajudicial. Dessa forma, através do Novo Código de Processo Civil a mediação sofre impactos positivos, tendo a oportunidade de ser difundida e tornar-se a primeira opção dos envolvidos para a solução de conflitos.

Nesse aspecto, nota-se que o Novo Código de Processo Civil objetiva estimular especialmente a conciliação e mediação judicial, como formas de solução autocompositivas de conflitos. Porém, este diploma, embora não rejeite, também não oferece estímulos significativos à realização da mediação extrajudicial.

A Lei n.º 13.140 de 2015 surge neste cenário para tratar sobre a mediação entre particulares (por via judicial ou extrajudicial) como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. A proposta, elaborada com a participação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), tem como uma das principais finalidades resolver conflitos de forma simplificada e rápida para ambas as partes e, com isso, reduzir a entrada de novos processos no Poder Judiciário. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015).

Sobre a disposição para solução de conflitos junto à Administração Pública, nota-se que esta conquista merece destaque, pois, de acordo com dados do Conselho Nacional de Justiça, o maior litigante do país e que, portanto, mais colabora para abarrotar o Poder Judiciário, é o próprio Estado, através dos entes da

Administração Pública direta (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) e indireta (fundações, autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista). (SENADO FEDERAL, 2015).

Na realidade, vale frisar, a mediação, por ser um processo que se baseia no diálogo, é permitida para todos os casos e pessoas que comportam resolução por negociação. A norma estabelece que poderão ser solucionados por meio da mediação os conflitos que versem sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação. Especialmente, quando existe entre eles uma relação jurídica pré-existente ao conflito (com perenidade no tempo), a mediação merece ser aplicada.

Esta, através do auxílio de um terceiro imparcial devidamente capacitado e aplicação de técnicas bem elaboradas, facilita o diálogo entre os envolvidos, trabalha com sentimentos e emoções (quando existentes), busca evidenciar os verdadeiros interesses, necessidades, anseios e receios, para que seja possível a criação, pelas próprias partes, de uma solução factível e sustentável no tempo e no espaço, que proporcione satisfação para ambas. Assim, intenta-se não apenas a produção do acordo (embora este seja o resultado culturalmente mais representativo de êxito), mas também a prevenção de novos conflitos, a inclusão social e a pacificação.

Este diploma legal define que a mediação pode ser feita por entes privados (como câmaras privadas de mediação), ou por entes públicos (através da criação de centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, pré-processuais e processuais).

Conforme a lei, há a possibilidade de que contratos privados tenham cláusula de mediação como opção prévia à abertura de processo judicial. Já na hipótese de demandas já judicializadas, caso a mediação venha a ser concluída antes da citação do réu, não serão devidas custas judiciais finais – o que estimula a adesão ao método consensual.

Evidencia-se no Marco Legal (Lei n.º 13.140/2015) que as partes estejam acompanhadas por advogados, para que tenham a exata consciência dos efeitos jurídicos do acordo assinado, podendo atuar com o devido consentimento informado. Este ponto é fundamental, afinal, a autodeterminação está atrelada diretamente ao conhecimento e à conscientização. Quando a mediação for judicial, estabelece a lei que a assistência por advogados ou defensores públicos é obrigatória. Porém, no que tange à mediação extrajudicial, a lei apenas recomendou a participação dos advogados, mas não condicionou à realização da sessão às suas presenças. Deste modo, a participação dos

procuradores é sugerida, mas não obrigatória. Na mediação extrajudicial, esta se torna obrigatória somente no caso de uma das partes comparecer à sessão devidamente assistida (quando então deve ser a sessão suspensa para que a outra parte tenha a possibilidade de se instrumentar com um procurador ou defensor).

Os critérios utilizados para qualificação do mediador judicial divergem daqueles referidos ao mediador extrajudicial. Estabelece-se que os mediadores extrajudiciais podem ser qualquer pessoa que tenha a confiança e credibilidade das partes, bem como a capacidade técnica necessária para fazer a mediação, independentemente de integrar qualquer tipo de conselho ou entidade de classe. Já o mediador judicial deverá ter graduação completa há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação, e que tenha obtido capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores, reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM). (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015).

Por fim, cumpre ressaltar que a grande novidade da lei de mediação é a prerrogativa de que ela poderá ser feita pela internet, ou por outro meio de comunicação que permita a transação à distância, desde que as partes estejam de acordo. (MEDIACAONLINE, 2015).

A partir desta lei, conhecida como Lei de Mediação ou Marco Legal da Mediação no Brasil, acredita-se que haverá uma expansão da utilização da mediação (no âmbito judicial e extrajudicial). Estima-se que a regulamentação (legalidade explícita) desse instrumento irá conferir maior segurança jurídica aos seus usuários, sem falar no fato de que sua utilização pelo Poder Judiciário conferirá às suas resoluções e termos de acordo um status jurídico (agora) inexorável.

Todavia, questiona-se, em contrapartida, se uma regulamentação e se uma incorporação pelo Poder Judiciário são de fato elementos capazes para conferir um “selo” de garantia de desempenho à mediação. De fato, não há que se discutir, estas são conquistas e circunstâncias relevantes. Porém, não se deve jamais esquecer ou afastar as verdadeiras raízes, origens e heranças da mediação: essencialmente extrajudicial, simples, ágil, particularizada e informal – como a mediação comunitária. Deve-se cuidar para que o Novo Marco Legal, na medida que proporcione a expansão, não o faça a respeito de uma “nova” faceta, por demais ritualizada, engessada, padronizada. Mas sim, que efetivamente, fortaleça o instituto como celebrado em sua essência.

Apesar dos imensos avanços e inovações apresentados pelos novos diplomas normativos já explicitados, existe na atualidade alguns pontos críticos que precisam ser enfrentados. O primeiro deles é a concepção de que a mediação presta-se ao desafogamento do Poder Judiciário. Observe que, de acordo com o explicitado acima, o legislador em todas as regulamentações, tentou reduzir o número de demandas judiciais. Porém, como sabido e desenvolvido, muito embora a mediação seja um método de resolução eficiente, esta não é a sua principal função.

A mediação presta-se à solução do conflito na essência, com estímulo à comunicação, restabelecimento dos vínculos, tratamento das diferenças, emoções, sentimentos. É um processo complexo e profundo que, ainda para manter a sua essência, merece ser feito minuciosamente, de forma individualizada e artesanal. Tenha-se que o termo artesanal não se refere a uma característica primitiva, mas sim a um atributo por demais qualificado e lapidado.

O grande receio é que os novos diplomas legais, quando manejados pelo Poder Judiciário, promovam uma massificação do processo de mediação, uma desqualificação dos seus profissionais e, por fim, uma “desacreditação” pelos usuários na sua eficiência. Enfim, que o processo de mediação seja demasiadamente desvirtuado. Por isso, ao invés de ampliar tanto a utilização da mediação pelo Poder Público, os novos diplomas deveriam ter se preocupado em estimular mais e garantir a satisfação do processo por meio de entes privados, já experientes no desenvolvimento das ações mediativas.

Um segundo ponto que merece destaque é a qualificação dos profissionais. Questiona-se sobre o fato de ser ou não suficiente um curso teórico de quarenta horas e um estágio para acompanhamento de apenas dez sessões – como estipulado na Resolução n.º 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça. Evidente que a qualificação para mediar requer muito mais do que o proposto, muito embora esta tenha sido a formatação de capacitação de mediadores judiciais. Outra importante ponderação é a necessidade de realizar um controle de qualidade e satisfação das mediações prestadas – ponto e preocupação silente nas normas comentadas.

Especialmente nos casos em que a participação no processo de mediação for determinada pelo Juiz, deveriam as partes ser convidadas a evidenciar se foram satisfeitas ou não e por quais motivos. Porém, até então, esta temática não está sendo discutida. Corre-se o risco de profissionais estarem mantendo e realizando conciliações, mas as apresentarem erroneamente, por imperícia ou negligência, como mediações.

Nesse sentido, há que se evidenciar que os diplomas legais não definiram como será a remuneração desses profissionais, que a princípio devem ser altamente especializados. As normas fixaram tal discricionariedade aos Tribunais. Logo, muitos deles estimam contar com mediadores voluntários, ou desviar funções de atuais conciliadores (não capacitados a mediar) – subvertendo a prerrogativa da realização de concurso público, já que este não se constitui em uma obrigatoriedade, mas sim em uma faculdade. Dentre as câmaras privadas, igualmente ainda existe uma inespecificidade quanto à cobrança de honorários no Brasil. Deste modo, não raro, as partes sentem-se inseguras quanto à cobrança de tais valores e, na prática, tenderão a utilizar as mediações judiciais (que aparentemente serão gratuitas). Ou seja, ocorre uma extrema ausência de exatidão sobre este tópico.

Outro aspecto crítico é a manifesta desorganização dos Tribunais para implantação da mediação judicial. Os prazos de *vacatio* são curtos, mas não existe uma movimentação concreta para a implantação dos centros de resolução de conflitos. Tudo ainda esta sendo especulado e as conquistas destas leis não podem deixar de ser implantadas. Ademais, é premente a ausência de investimento e de adequação da estrutura física necessária à mediação. No âmbito privado, em contrapartida, observa-se uma grande disseminação e pulverização de câmaras privadas. Porém, não se conhece os níveis éticos ou histórico de boas práticas de muitas destas novas pessoas e o campo pode se apresentar mais mercadológico e capitalista pela busca de clientes, do que sério e eficiente para operação com ética, qualidade e satisfação das demandas.

Um ponto igualmente relevante que precisa ser trabalhado é sobre a participação dos advogados. Muitos destes profissionais ainda mantêm ao extremo a cultura do litígio e estão desencorajados a participar deste processo ou recomendá-los aos seus clientes. Mais grave é que eles próprios não estão preparados para atuar de forma colaborativa nas sessões.

Com efeito, os novos diplomas e atualidades temáticas expressam avanços, mas igualmente críticas e dificuldades de implementação e prática. Não se deve abandonar a causa consensual por conta delas, mas necessita-se estar atento para poder aplicar ações que venham a solucioná-las. Os novos diplomas estão alinhados com as mudanças que precisam acontecer urgentemente no país – qual seja a transformação paradigmática da cultura do litígio para a cultura do consenso.

Conclui-se, pois, que as normas jurídicas negociais produzidas pela mediação comunitária, enquanto modalidade de mediação extrajudicial, encontra requisitos de validade em normas jurídicas superiores, especialmente na Constituição Federal. A edição de uma Lei de Mediação como a que está ofertada apresenta avanços apenas sob o prisma da perspectiva monista, – que busca legislar sobre todas as matérias, como igualmente tentar centralizar a disponibilidade da mediação aos Tribunais.

Acredita-se que uma Lei de Mediação seria mais útil e fiel ao processo de mediação se incentivasse, fortalecesse e estimulasse a mediação extrajudicial, haja visto que seus entornos e contornos se sobressaem e podem ser melhor empregados e absorvidos (pelas partes) em um processo que extrapola os muros do Poder Judiciário. Com a Nova Lei de Mediação (Lei n.º 13.140/2015) corre-se o risco das principais atividades de mediação serem direcionadas ao Poder Judiciário, estando a comunidade, mais uma vez, passível de ser vitimizada quanto ao acesso à justiça.

Com efeito, acredita-se que, na mediação comunitária a vigência quanto ao organismo competente está voltada à comunidade, fato que está possibilitado na Constituição Federal que indica ser o Brasil um Estado Democrático de Direito, sob o fundamento do pluralismo jurídico, que prevê a participação dos sujeitos de direito para tomada de decisões (especialmente particulares).

A matéria a ser tratada está igualmente evidenciada na Constituição Federal de 1988 quando esta vincula como monopólio apenas o exercício da jurisdição (e não todas as modalidades de resolução de conflito – ao que se reporta a mediação como método autocompositivo). Desta feita, todas as matérias que permitem autocomposição, permitem a solução por mediação – sendo este o devido processo autorizado (de base comunicativa, com princípios e etapas livremente organizados).

Vale ainda comentar que sendo os acordos produzidos na mediação exemplos factíveis de negócios jurídicos, a mediação e seus resultados podem e devem ser validados de acordo com as formalidades necessárias, fato que permitirá sua execução (no caso de descumprimento ou quanto previsto nas normas negociais). Assim é que a autonomia da vontade deve ser preservada, a capacidade civil dos responsáveis pela decisão, a limitação de objeto lícito, a forma defesa ou prescrita em lei do termo, bem como outros princípios, a exemplo da boa fé, relatividade, consensualismo, equilíbrio (analisados sobre o prisma do negócio jurídico no item anterior).

Sobre os novos diplomas legais (Resolução n.º 125/2010, Novo Código de Processo Civil e Lei n.º 13.140/2015), uma vez que abarcam ponderações especializadas à mediação, irão inevitavelmente ser utilizados como norma vertical de verificação de validade. Porém esta se presta em melhor adequação à mediação judicial, estando a mediação comunitária mais afastada dos requisitos de validade que assim impõem. A mediação comunitária nunca poderá ultrapassar, quando de sua aplicação, direitos e deveres constitucionalmente garantidos. Deve ela permanecer aberta, flexível, simples e eficiente, sendo confiada à satisfação de direitos e deveres particulares e individuais, atendendo ao bem comum e promovendo o bom funcionamento do ordenamento jurídico.

4.2.1.3 Validade formal sob o panorama da verticalidade normativa à luz de fundamentos do direito civil sobre negócios jurídicos

A mediação comunitária estrutura as soluções propostas pelas partes através da produção de acordos, que como visto no item anterior são exteriorizados na forma de contratos e, para tanto, necessitam obedecer aos requisitos de validade do negócio jurídico. (Muito embora a produção de acordos não seja o único objetivo da mediação, culturalmente, este ainda é considerado o resultado mais representativo de um processo exitoso).

De acordo com o direito civil, o contrato é selado pelo consensualismo ou a acordo de vontades (fundado na autonomia privada), sendo que este consentimento declarado ou exteriorização do negócio jurídico pode se manifestar pela palavra (dita ou escrita), pelo gesto ou pelo silêncio. O Código Civil estabelece que a validade jurídica normativa das normas negociais firmadas pelos sujeitos não dependerão de forma especial, exceto quando a lei assim o exigir. Por conseguinte, é livre a forma que se faz um negócio jurídico, entre os quais o contrato como melhor especialidade.

Desta feita, normas jurídicas negociais pactuadas na mediação comunitária poderão (como já é usualmente aplicado) assumir formas verbais ou escritas, sendo ambas sendo amas juridicamente vigentes, usufruindo de obrigatoriedade e executoriedade. Na mediação comunitária, estes acordos (ou contratos) podem ser verbais. Há que se falar que os acordos escritos produzidos pela mediação comunitária igualmente se estiverem compatíveis com as formalidades dispostas no Código Civil,

serão vigentes de acordo com a apuração da validade formal de negócios jurídicos ou contratos.

Oportunamente, interessa categorizar que o acordo produzido na mediação, diretamente pelas partes, perfaz-se na consolidação de um negócio jurídico, sendo indicado apresentar alguns conceitos primordiais deste instituto (muito embora não seja a proposta deste trabalho o esgotamento destas noções).

As concepções básicas da Teoria Geral dos Negócios Jurídicos encerram os conceitos de fato, ato e negócio jurídico. Fato representa qualquer ocorrência que interessa ou não ao universo jurídico, podendo ser estes respectivamente classificados como fatos jurídicos ou fatos não jurídicos. Os fatos jurídicos ocasionam sempre efeitos no âmbito jurídico, podendo ser eles fatos naturais ou humanos. Os fatos naturais (fato jurídico *stricto sensu*) não dependem do comportamento humano, mas repercute no âmbito jurídico. Já os fatos humanos (fatos jurígenos) são criados pela vontade ou conduta humana, podendo ser ilícitos ou lícitos (TARTUCE, 2010, p. 323-330).

Os fatos humanos lícitos, também chamados de ato jurídico *lato sensu* comportam as categorias do ato jurídico *stricto sensu* e o negócio jurídico²⁰. Nos atos jurídicos *stricto sensu* ocorre “a manifestação da vontade do agente, mas as suas consequências são as previstas em lei e não na vontade das partes, ausente qualquer composição volitiva dos envolvidos”. (TARTUCE, 2010, p. 330-331). Além disso, não existe a criação de um instituto jurídico próprio, visando regulamentar os interesses das partes.

Nos negócios jurídicos há a presença de “ação humana, de autonomia privada, com a qual os particulares regulam por si os próprios interesses, havendo uma composição de vontades, cujo conteúdo deve ser lícito” (TARTUCE, 2010, 332). Este é um ato destinado à produção dos efeitos jurídicos desejados pelas partes e tutelados pelo ordenamento jurídico.

De acordo com Miguel Reale (2001, p. 206-207) “negócio jurídico é aquela espécie de ato jurídico que, além de se originar de um ato de vontade, implica a declaração expressa da vontade, instauradora de uma relação entre dois ou mais sujeitos tendo em vista um objetivo protegido pelo ordenamento jurídico.” Vale evidenciar que no negócio jurídico, a manifestação da vontade tem finalidade negocial, fato este que

²⁰ Alguns autores ainda atribuem uma terceira modalidade, conhecida como ato-fato jurídico. Esta “pode se enquadrar no conceito de fato jurídico, no de ato jurídico ‘stricto sensu’, ou mesmo no de negócio jurídico. Desse modo cabe a análise caso a caso pelo estudioso do direito. O conceito é mutante, metamorfo ou nômade, podendo se enquadrar em outras categorias jurídicas”. (TARTUCE, 2010, p. 330).

abrange a aquisição, conservação, modificação ou extinção de direitos. (GONÇALVES, 2012, p. 230-231).

Sendo assim, vale dizer que a mediação apresenta-se como um instrumento para a exteriorização de negócios jurídicos quando um dos seus objetivos prevê a elaboração de um acordo de vontade entre as partes, devidamente declarado e expresso por elas, que irão regulamentar a relação protagonizada pelas mesmas. (Observe-se que a vontade não está livre de valores, mas deve ser pautada na satisfação e justiça entre os envolvidos.) Ademais, a mediação deve coexistir em plena conformidade com o ordenamento jurídico previamente estatuído e atualmente vigente (e não à margem dele), de modo que os acordos produzidos devem obedecer aos requisitos legais dos planos de existência, validade e eficácia dos negócios jurídicos.

Assim, quando se deseja oferecer aos acordos produzidos na mediação comunitária a condição de normatividade jurídica e efeitos jurídicos, devem-se cumprir requisitos legais mínimos como: capacidade do agente; validade da manifestação de vontade; idoneidade do objeto (sendo este lícito e possível, determinado ou determinável); e obter forma prescrita ou não defesa em lei²¹. Tais requisitos irão configurar legalidade e legitimidade aos acordos de vontade produzidos na mediação.

Atendendo, pois, aos requisitos mínimos de validade para constituição do negócio jurídico, deve-se frisar sobre a possibilidade da formalização do acordo em título executivo judicial ou extrajudicial. Nesse sentido, para os casos que desejam a formalização do acordo de vontades firmado na mediação, o ordenamento jurídico dispõe da possibilidade de reduzi-lo a termo, com assinatura de ambas as partes e duas testemunhas, para que este alcance a natureza jurídica de título executivo extrajudicial, conforme preleção do artigo 585, inciso II do Código de Processo Civil.

²¹ Nesse sentido, Gabriela Asmar (2005) esclarece que: “Por agente capaz entende-se: (i) existência de duas ou mais pessoas, já que o contrato é um negócio jurídico bilateral ou plurilateral; (ii) capacidade genérica das partes para praticar os atos da vida civil (se praticados por incapazes ou relativamente incapazes, os atos serão nulos ou anuláveis); (iii) aptidão específica para contratar [...]; e (iv) ausência de vício (erro, dolo, coação, lesão, estado de perigo, simulação ou fraude) na vontade das partes que contratam. Por objeto lícito e possível, determinado ou determinável, entende-se a obrigação constituída, modificada ou extinta pelo contrato, cuja validade depende: (i) de ser lícito e não contrário à moral, aos bons costumes e aos princípios de ordem pública; (ii) da possibilidade física ou jurídica do objeto; e (iii) da expressão de elementos necessários e suficientes para a determinação do objeto (gênero, espécie, quantidade). Para que o contrato seja juridicamente protegido, é preciso ainda que o objeto seja economicamente apreciável, i.e., que possa ser traduzido em termos financeiros. A forma prescrita ou não defesa em lei [...] é o conjunto de formalidades que se deve observar para que a declaração de vontade tenha eficácia jurídica. Atualmente o rigor da forma cedeu espaço à prevalência da intenção das partes. O art. 107 do Código Civil esclarece que: a validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.”

Outra hipótese de formalização e executoriedade é a proposição do termo de acordo perante o Poder Judiciário, para a solicitação de sua homologação, tomando-se em conta o desejo de constituição de um título executivo judicial, segundo enunciado do artigo 585, inciso III do mesmo Código. Com a constituição dos títulos, as obrigações assumidas nos acordos produzidos poderão ser executadas mediante a interposição de processo judicial de execução, no caso de descumprimento.

Vale ainda dizer que alguns acordos não possuem a forma livre, de modo que para serem considerados normas jurídicas e produzir os respectivos efeitos jurídicos, irão necessitar de formalização indicada em lei. Exemplo muito comum é a celebração do divórcio. Logo, duas partes, enquanto ex cônjuges, podem comparecer ao centro de mediação comunitária e com o auxílio do terceiro imparcial capacitado (o mediador), entrar em consenso sobre o regime de guarda dos filhos menores, visitas, valores de pensão alimentícia, partilha de bens, entre outros. Muito embora este consenso seja importante para proporcionar pacificação e garantir direitos como a alimentação, a moradia, a alimentação (tendo em vista os ajustes de direitos e deveres) e, ainda, que as partes estejam cumprindo exatamente o que fora estipulado por elas mesmas – para atender ao raciocínio lógico jurídico elas somente estarão divorciadas quando este consenso for reduzido a termo, revisado pelo Ministério Público (enquanto fiscal da lei, já que no exemplo existe a presença de menores) e homologado pelo Poder Judiciário.

Assim, o ordenamento jurídico em diversas situações previamente estipula formalidades para a formação de efeitos jurídicos. Desta feita, muito embora no exemplo disposto tudo esteja acordado e sendo cumprido pelas partes, qualquer hipótese de inadimplemento não poderá ser exigida, a menos que todos os procedimentos legalmente previstos sejam respeitados. Trata-se, pois, da apuração da validade normativa sob o parâmetro da verticalidade das normas, existente no ordenamento jurídico brasileiro, em que negócios jurídicos devem ser realizados de acordo com disposições de normas superiores (constitucionais ou legais) sobre o agente competente, a matéria e o devido processo legal.

Por conseguinte, entende-se que na mediação ocorre o (re)estabelecimento de comunicação entre as partes que, abandonando o paradigma adversarial, conseguem promover juntas, por ato de livre de vontade e decisões, a produção de um acordo, que quando reduzido à termo e devidamente formalizado, nada mais é do que a exteriorização de um negócio jurídico – que visa à constituição de nova forma

relacional com delimitação de direitos e deveres de ambas. Assim, a mediação enquanto um processo dialógico compreende na sua essência a expressão de vontades, emitida em obediência aos seus pressupostos de existência, validade e eficácia, com o propósito de produzir efeitos admitidos pelo ordenamento jurídico, pretendidos pelo agente.

Por fim, há que se falar que dentre os negócios jurídicos, aquele considerado típico é o contrato, concebido como um negócio jurídico bilateral ou plurilateral que visa à criação, à modificação ou à extinção de direitos e deveres. “É necessário dizer que todo contrato constitui negócio jurídico sem exceção; o que justifica a importância da teoria geral do negócio jurídico na esfera contratual”. (TARTUCE, 2010, p. 332). Este ponto é essencial para entender que na mediação, o acordo produzido compreende um negócio jurídico bilateral que, tipicamente, pode ser classificado como contrato.

4.2.2 Validade social ou eficácia normativa das normas jurídicas negociais produzidas pela mediação comunitária

A eficácia constitui-se no “atributo normativo que designa a possibilidade concreta de produção dos efeitos jurídicos”. (SOARES, 2009, p. 34). Vale dizer que a produção desses efeitos no campo da eficácia aproxima-se a efetiva realização da norma, ou seja, da sua execução e aplicação mediante a conduta humana. Neste aspecto, pois, distingue-se da validade formal ou vigência da norma, que busca averiguar os requisitos de validade para a norma jurídica produzir (no sentido existir) efeitos no mundo jurídico. Quando se trata de eficácia, esses efeitos não são meras proposições; mas sim são verdadeiras concretudes da conduta humana. Nesse sentido:

a eficácia se refere, pois, à aplicação ou execução da norma jurídica, ou por outras palavras, é a regra jurídica enquanto momento da conduta humana. A sociedade deve viver o Direito e como tal reconhecê-lo. Reconhecido o Direito, é ele incorporado à maneira de ser e de agir da coletividade. Tal reconhecimento, feito ao nível dos fatos, pode ser o resultado de uma adesão racional deliberada dos obrigados, ou manifestar-se através do [...] ”assentimento costumeiro”, que não raro resulta de atos de adesão aos modelos normativos em virtude de mera intuição de sua conveniência ou oportunidade. O certo é, porém, que não há norma jurídica sem um mínimo de eficácia, de execução ou aplicação no seio do grupo. (REALE, 2001, p. 104).

Assim, é muito comum que existam normas vigentes (portanto aptas para produção de efeitos no mundo jurídico), mas que pelo fato de não serem aplicadas ou executadas pelos sujeitos de direito, não se convertem em comportamentos concretos e,

por isso, não estão dotadas de eficácia. Já, todavia, quando uma norma é revogada ou perde vigência, ela ainda pode continuar produzindo comportamentos, fato que lhe confere eficácia. (REALE, 2001, p. 104-106).

No que tange às normas jurídicas produzidas pela mediação comunitária pode-se dizer que elas são altamente eficazes. Isto porque este processo de produção de normas é desenvolvido com vistas a promover o empoderamento dos sujeitos, para que estes se sintam capazes criar e optar por soluções, bem como que se sintam responsáveis pelo cumprimento de suas decisões. Tendo em vista que foram as próprias partes que produziram a resolução do conflito, espera-se que a satisfação delas seja o maior incentivo para o seu cumprimento. Assim, “a observância do acordo independe de qualquer força executiva, visto que, tendo sido o conflito tratado pelas partes e por ela solucionado, o seu cumprimento é consequência natural”. (SALES, 2004, p. 41).

Com efeito, a constituição do acordo em título executivo (judicial ou extrajudicial) é uma faculdade das partes (exceto quando normativas jurídicas pré estabelecidas impõem formalidades para produção de efeitos jurídicos – como no exemplo citado do divórcio).

Note-se que quando a mediação é exitosa, independente da formalização do acordo, o conflito (e não apenas o litígio) já deve estar dirimido – pela participação ativa das partes ao longo do processo, mediante da autonomia da vontade, com administração de diálogo e exposição de questões, interesses e sentimentos. Desta feita, para a solução do conflito e pacificação entre as partes, a formalização do termo de acordo é dispensável e, quando se apresenta, representa simplesmente uma consequência desta satisfação. Logo, não é a formalização que imputa alguma obrigação à parte, mas tão somente a sua própria decisão, livre e informada. Desta feita, na mediação comunitária a eficácia das suas normas são consentidas e determinadas pelos próprios sujeitos de direito.

A ordem dos eventos para promoção de eficácia é, portanto, diversa daquela que se apresenta nas fontes estatais (processo legislativo e atividade jurisdicional). Nestas, em primeiro lugar, ocorre a formalidade da norma jurídica, para então ser criada uma obrigação. Na mediação comunitária primeiro cria-se a obrigação, para que esta possa (se assim as partes desejarem) ser formalizada²². Em virtude desta inversão é que

²² Vale dizer que o processo de mediação, por ser realizado no seio da comunidade, por lideranças comunitária, sendo de natureza autocompositiva tem sua eficácia constantemente refutada por operadores do Direito. Afinal, em função do paradigma monista, tem-se a

na mediação comunitária a eficácia é mais precisa, visto que não é um processo preocupado com burocracias ou procedimentos rígidos. Em verdade, ele está focado no interesse expressado pelas próprias partes, que quando criam suas obrigações recíprocas, nada mais estão fazendo do que estipular sua nova forma de relação. O alvo, por conseguinte, está no que efetivamente as partes pretendem e conseguirão assegurar.

Vale dizer que na mediação comunitária o mediador pode aplicar uma técnica que visa resguardar a eficácia das soluções produzidas, sendo esta denominada “teste da realidade”. Através desta a parte é convidada a analisar a viabilidade prática das propostas. É comum por exemplo, nos casos de divórcio, que as partes por não conseguirem definir sobre a partilha de bens tentem estipular que ambas irão continuar residindo na mesma casa, mas cada uma em um piso ou em determinados cômodos. Porém, questiona-se a elas sobre a eficácia desta solução, no caso, por exemplo, de um dos ex cônjuges iniciar uma nova relação amorosa e comparecer com este a sua residência. Em geral, ambas as partes percebem que a eficácia seria baixa.

Logo, optam por continuar a trabalhar a respeito de uma nova solução, já que não atenderá aos seus interesses realizar um acordo que não possa ser cumprido, dando ensejo a novos conflitos. Com efeito, a mediação a todo tempo busca uma solução definitiva e eficaz para os conflitos apresentados, a partir da satisfação real de ambos os envolvidos. Corrobora-se, portanto, que o Direito autêntico não deve ser apenas aquele declarado, mas especialmente aquele reconhecido, vivido pela sociedade, como algo que se incorpora e se integra na sua maneira produzir comportamentos. A regra de direito deve, por conseguinte, ser formalmente válida e socialmente eficaz (REALE, 2001, p. 104).

Outrossim, vale enfatizar que a eficácia, por ter um caráter experimental, pode expressar o “cumprimento efetivo do Direito por parte de uma sociedade, ao

imaginação de que pelo fato das normas jurídicas produzidas não serem oriundas de uma fonte estatal, estará ela sujeita ao descrédito e ao inadimplemento. Contudo, ambas as partes envolvidas na contenda possuem o interesse em solucionar o conflito (de forma célere e amigável), bem como perceberam a sua condição para a tomada de decisão, o que reforça a responsabilidade pelo êxito no cumprimento do acordo (SALES, 2004). Nesse sentido: o processo de mediação é essencialmente informal. A informalidade significa que não existem regras rígidas nas quais o processo de mediação deve ser baseado. Não há uma forma pré-determinada, já que os objetivos desejados podem ser alcançados sem formalismos; deve haver simplicidade dos atos. A mediação não está submetida às regras de Direito processual, daí porque muitas vezes os operadores do Direito, acostumados com tantas regras processuais, questionam a efetividade da mediação de conflitos. Vale ressaltar que a exceção de países em que a mediação é regulada em lei, como em França, na Argentina, nos Estados Unidos e Espanha. Mesmo nesses países, no entanto, as regras que envolvem a mediação de conflitos carregam a simplicidade como característica. (SALES, 2004, p. 50).

“reconhecimento” [...] do Direito pela comunidade, no plano social, ou mais particularizadamente, aos efeitos sociais que uma regra suscita através de seu cumprimento”. (REALE, 2001, p. 106).

Nesse sentido é que a noção de eficácia social da mediação comunitária ultrapassa as barreiras na eficácia das normas jurídicas negociais estritamente por ela produzidas (avençadas entre as partes), para apresentar uma eficácia no plano comunitário, com ênfase do desenvolvimento democrático da atuação dos sujeitos de direito.

Assim é que será analisada a eficácia social da mediação como um processo capaz de garantir o exercício democrático, sendo reflexo da desenvoltura dos seus procedimentos as possibilidades que as partes possuirão de se comportarem em um ambiente político como detentoras de poder – especialmente se organizadas em centros de poder comunitários. De maneira genérica, pode-se dizer que a democracia se baseia na vontade do povo (seja para eleição de representantes, utilização de instrumentos de democracia semi direta ou participação direta mediante a organização em grupos sociais), e visa a concretização de direitos e deveres fundamentais.

Do mesmo modo, a mediação comunitária, enquanto processo de resolução extrajudicial de conflitos, baseia-se na vontade das partes e destina-se, além da resolução de conflitos, à satisfação de direitos e deveres do ser humano. Nesse sentido, em busca da percepção da eficácia social da mediação comunitária, como reflexo no âmbito para além dos limites particulares e individuais das normas especificamente produzidas, vale examinar estes dois pilares correspondentes entre mediação e democracia, quais sejam: vontade das partes e satisfação de direitos e deveres.

Primeiramente, a respeito do caráter voluntário da mediação, deve ser o mesmo entendido em sua expressão máxima. “Significa garantir as partes o poder de optarem pelo processo [...], administrar o conflito, [...] e total liberdade de tomar as próprias decisões durante ou ao final do processo” (BRAGA NETO; SAMPAIO, 2007, p. 35). Autores como Lília Maia de Moraes Sales (2004) ainda elencam a voluntariedade das partes como um dos princípios definidores da mediação, a exemplo do princípio da liberdade das partes e o princípio do poder de decisão das partes.

Por sua vez, a liberdade das partes somente pode ser atendida por meio da comunicação entre as partes, estabelecida na mediação através do diálogo. Não é possível o encontro de decisão justa e satisfatória se houver sem a igualdade de condições de diálogo. Nesse aspecto, a participação do mediador é fundamental, pois o

mesmo será responsável por otimizar esse vínculo dialógico entre as partes, de cunho informativo e transformativo.

O diálogo é o veículo que promove a transmissão de informações e assim capacita as partes sobre a questão em que estão envolvidas, bem como as disposições legais que versam sobre o assunto. A intenção é que com conhecimento e consciência as partes sejam capazes de formular suas próprias soluções. E que, devidamente empoderadas estejam elas aptas a se responsabilizarem pelas decisões tomadas, de forma autônoma e independente.

Por outro lado, o atendimento dos direitos e deveres através da mediação compreende um dos seus objetivos mais relevantes, qual seja, a inclusão social. Assim, tem-se que “a mediação é um mecanismo preocupado com a garantia efetiva de direitos. Mesmo que não haja acordo ao final do procedimento, deve haver desde o início a promoção do exercício da capacidade comunicativa dos participantes, possibilitando a consolidação da democracia e o acesso à justiça [...]” (DIAS, 2010, p. 49). Ou seja, ainda que a mediação não tenha como desfecho a produção de acordo, sua realização pode ter um saldo positivo, haja vista que as partes já finalizam o processo com consciência sobre direitos e deveres e as possíveis formas de obter sua concretização.

Portanto, a mediação de fato se constitui em um processo que visa a obtenção da justiça social, uma vez que as partes são educadas sobre os direitos, sobre a administração de conflitos, especialmente futuros, sobre a participação no desenvolvimento da sociedade, sendo uma oportunidade para estabelecer novos vínculos nestas esferas, oportunizando um crescimento. Assim, o que mais contribui para a satisfação de direitos e deveres através do processo de mediação é a sua característica educacional.

Após perceber a voluntariedade das partes na mediação, bem como a sua atenção aos direitos fundamentais e inclusão social (sendo estas premissas comuns ao conceito de democracia), deve-se evidenciar qual a característica essencial da mediação que oportuniza o exercício dessa vontade, dessa nova postura das partes e dos novos conhecimentos adquiridos (em especial relativos às disposições legais sobre direitos do homem). Esta especificidade da mediação consubstancia-se na participação ativa e direta das partes ao longo do processo de mediação.

A mediação é um processo democrático, pois que é um processo participativo. Esta participação é que possibilita as partes a manifestarem suas vontades e exercer novos conhecimentos e direitos. A participação ativa e direta das partes na

mediação ocorre durante o processo, de modo que as mesmas são responsáveis por expor seus conflitos, desejos, anseios e objetivos, além do que são estimuladas a criar soluções e assumir decisões e posições. As partes comportam-se como independentes e responsáveis pelo seu destino, pelo cumprimento de suas obrigações e satisfação de seus interesses. Durante a mediação, o indivíduo é o protagonista e responsável pelas soluções e, observando que a participação deste é fundamental para o êxito da mediação, conclui-se pela sua característica democrática.

Então, nota-se que as partes na mediação são sujeitos ativos no processo de construção de normas/decisões que serão por elas seguidas. Através desta participação, busca-se a “restauração do centro de valor e poder da parte para que esta esteja apta a melhor dirimir os futuros conflitos e a emancipação dos indivíduos, que exercem sua capacidade de autonomia crítica e de interação dialógica para o julgamento da questão. (DIAS, 2010, p. 55).

É justamente a participação ativa do sujeito na mediação, a característica que se repercute em participação social do cidadão na sociedade. Assim, a mediação comunitária estimula o conhecimento, a conscientização, o empoderamento, com vistas a garantir uma participação efetiva do cidadão para solucionar, a princípio um conflito de ordem pessoal. Contudo, esta nova postura do sujeito (agora um cidadão empoderado), reflete-se em conflitos de ordem social.

Na medida em que oportuniza a conscientização das partes sobre seus direitos e deveres, a mediação favorece a participação ativa dos cidadãos nas decisões sobre os seus conflitos e nas questões da comunidade, inclusive políticas, devendo ser considerada como um instituto absolutamente alinhado aos fundamentos constitucionais, pois representa um processo democrático e garante o efetivo acesso à justiça.

Uma vez realizada por mediadores, que são membros da própria comunidade e por considerar a realidade local, a mediação comunitária estimula os indivíduos a pensarem como conjunto e não mais como pessoas separadas. A solução de um conflito é boa quando satisfatória para as partes e para todos aqueles presentes no contexto do conflito. Aprende-se a valorizar o bem comum em detrimento do bem privado; a importância de uma atuação solidária e colaborativa – apesar dos interesses divergentes; a atuação com boa fé e valores morais. A democracia efetivamente ocorre quando os mediadores comunitários esclarecem à comunidade sobre o seu poder de decisão, o seu interesse pelo bem estar social. (SALES, 2004, p. 138)

Nesse sentido, pode-se dizer que

através da mediação o indivíduo passa a participar mais ativamente da vida política em comunidade sob dois aspectos: quando possui a responsabilidade de resolver e prevenir conflitos (mediador) e ainda quando se tem a certeza de que existe um local, próprio da comunidade, direcionado a resolver as controvérsias que apareçam (mediados). (SALES, 2004, p. 137).

Assim, a mediação comunitária possui como consequência a organização da comunidade em busca da eficácia social, tendo sua razão de ser na ação de sujeitos coletivos que, conscientes e mobilizados num espaço cotidiano de conflituosidade, onde identificam as principais carências, percebem a possibilidade de reivindicar, através de formas múltiplas de pressão, a satisfação de suas necessidades humanas fundamentais.

Por conseguinte, consciência das carências e necessidades acabam concretizando reivindicações por direitos básicos para a sobrevivência de grandes parcelas da população, articulados por setores comunitários, representados, sobretudo, pelos movimentos sociais organizados. (WOLKMER, 1997, p. 82)

A efetivação de direitos fundamentais formalmente vigentes a nível de normas programáticas, sem efetividade prática, na maioria das vezes só são conseguidos ou assegurados através de um processo lutas comunitárias e conflitos coletivos pela concretização dos direitos através do diálogo, da comunicação e da argumentação. Ou seja, para serem atendidos, necessitam da elaboração de um processo democrático.

Parece evidente, portanto, que a mediação comunitária fortalece o cidadão diante dos seus conflitos particulares e sociais. Nesta última acepção, o cidadão encontra-se como participante ativo de sua comunidade, a qual se apresenta como centro de poder já que compreende questões sociais atinentes à realidade regional. Conforme informa Antônio Carlos Wolkmer (1997, p. 225), a idéia estática de comunidade, constituída por sujeitos abstratos de direito evoluiu para formas contemporâneas de ordem social dinâmica e participativa. Daí a importância de se legitimar à comunidade como espaço público pulverizado pelas (novas) forças sociais, que em exercício da alteridade e especificidades torna-se capaz de gerir e reivindicar o atendimento (estatal ou não) de suas necessidades identificadas.

Vale enfatizar que, por ocorrer em localidades marginalizadas em relação à própria sociedade, muitas vezes sem atendimento às necessidades básicas, a mediação comunitária acaba proporcionando a democratização da justiça, que agora se espalha, ganhando maior extensão, proporcionando a inclusão social. Em outra palavras, “o

‘direito de acesso’ é o que possibilita a efetivação dos demais direitos, tendo em vista que não basta existir a idealização de um direito, é preciso que ele seja demandado para se concretizar.” (DIAS, 2010, p. 54).

Nesse sentido, nota-se que a inclusão social e a democracia tem uma relação de reciprocidade intensa. Da mesma forma que a democratização da justiça resulta em inclusão social, tendo em vista que a primeira possibilita a efetivação de direitos e deveres, da inclusão social resulta-se a democracia, pois favorece o exercício da participação social. Vale conferir o ensinamento de que

a democracia se configura em um processo em que a participação é elemento central, instrumento legítimo para acentuar a cidadania e lutar contra a exclusão social, a disseminação das práticas aqui retratadas [incluindo-se mediação] se afigura como fundamental, pois provê a continuidade dos esforços empreendidos pelos parceiros na construção de uma sociedade mais justa, calcada na ênfase dos valores comunitários.” (FOLEY, 2006, p. 7).

Assim, conclui-se que a mediação constitui-se numa forma de democratização da sociedade, de democratização do acesso à justiça, na medida em que conscientiza os cidadãos sobre os seus direitos, resgata a autonomia destes estimulando a participação ativa na resolução dos seus conflitos e nos movimentos sociais, com vistas a garantir a efetivação desses direitos e deveres, sendo promotor de desenvolvimento de justiça social. Portanto, a mediação contribui na promoção da inclusão social, cidadania, ampliação do acesso à justiça, democracia e pacificação social, de forma que remete a sociedade a importância da emancipação social – do “despertar no indivíduo o cidadão capaz de intervir/atuar na realidade e assim, ter acesso/ser incluído na sociedade” (DIAS, 2010, p. 54-55).

Com efeito, o direito à democracia fertiliza em ambientes de desenvolvimento de mediação comunitária, uma vez que esta apresenta-se como um processo democrático, baseado na vontade das partes e na participação ativa e direta destas. Outrossim, essas novas possibilidades e acessos contemplados pelo exercício da mediação garantem a ela uma eficácia social, conveniente, sobretudo, para aproximar o direito vigente de populações marginalizadas de justiça social. Desta forma, a mediação comunitária representa um laboratório para que o sujeito de direito aprenda a se comportar como cidadão, titular de direitos fundamentais, capaz de atuar e forma participativa em um contexto social comunitário e no contexto político da sociedade.

4.2.3 Validade ética ou fundamento valorativo das normas jurídicas negociais produzidas pela mediação comunitária

Toda norma jurídica, além de válida, necessita apontar para a realização de uma tábua de valores, visando possibilitar a consecução do bem comum para os sujeitos e para a sociedade. Ricardo Maurício Freire Soares (2009, p. 35) esclarece que a validade ética, denominada por ele como legitimidade “é o atributo normativo que designa a correlação da norma jurídica com o valor socialmente aceito de justiça. A norma jurídica é considerada legítima, quando a maioria da sociedade a considera justa, em dada circunstâncias históricas sociais”.

A carga valorativa é considerada como fundamento, por representa o sentido daquela norma existir. “O fundamento é o valor ou fim objetivado pela regra de direito. É a razão de ser da norma, ou *ratio júris*.” (REALE, 2001, p. 106-107). Desta feita, não é suficiente avaliar a condição de validade da norma jurídica, já que esta está atrelada às concepções formais da norma. Há que se verificar sua condição valorativa, para se ter noção se a mesma fundamenta e justifica a existência da norma jurídica. Logo,

[...] não basta somente ao jurista verificar se a norma jurídica apresenta validade, por ter sido produzida de acordo com a normatividade jurídica superior, conforme os parâmetros imputativos de validade material e de validade formal que regulam a sua criação, ao estabelecer o que deve ser prescrito (conteúdo) quem deve prescrever (competência) e como deve ser prescrito (procedimento) o comando normativo. [...] Nesse sentido, além do exame técnico da validez formal da normatividade jurídica, é indispensável que o jurista vislumbre a dimensão axiológica do direito, de modo a constatar se o fenômeno jurídico se revela justo, por apresentar algum grau de legitimidade. (SOARES, 2009, p. 37).

O ideal de justiça é complexo, já que esta noção, muito embora esteja atrelado ao Direito, a ele não se limita, estando conectada a circunstâncias históricas, culturais, religiosas, morais, políticas, entre outras. Avaliar, portanto, a justeza de uma norma significa verificar o contraste entre o mundo real e o mundo ideal, em uma dimensão axiológica, a fim de atender às expectativas sociais. Logo, neste estudo, não se intenta aprofundar as noções de justiça, mas tão somente suscitar uma intersecção entre esta e as normas jurídicas negociais, no que tange à almejada justiça contratual.

Para tanto, serão observados os valores apresentados pela Teoria Geral dos Negócios Jurídicos (que repercute no entendimento da Teoria Geral dos Contratos).

Muito embora não se vise a depuração destas teorias, será buscada a análise dos principais valores elencados pela teoria geral contemporânea dos contratos e a capacidade que a mediação comunitária possui, enquanto instrumento processual de produzir acordos (ou contratos) que sejam fundados e capazes de asseverar as bases axiológicas destas teorias. Vale ainda observar que muitos destes valores assumem a condição jurídica de princípios gerais, fato que não traz implicações a este estudo, uma vez que se objetiva demonstrar os valores em que devem se fundar as normas jurídicas negociais quando produzidas pela mediação comunitária.

Passando, portanto, a leitura dos pressupostos da concepção contemporânea dos contratos deve-se falar que, na atualidade, estes não são percebidos pelo direito civil como simples acordos de vontades divergentes. Na verdade, os contratos são considerados vínculos de colaboração, em que a cada parte são atribuídas obrigações recíprocas para o objetivo comum de proceder ao desenvolvimento de uma relação (NALINI, 2004). Nesse sentido, “deixando no passado a ideia de oposição, antagonismo e contrariedade entre as partes, chega-se à percepção da necessidade de atuação cooperativa entre os polos de uma relação contratual, pois ambas tem interesses em jogo dependentes da atuação recíproca” (BORGES, 2007, p. 104).

O princípio da cooperação (repcionado pelo Direito Civil), estabelece um valor cooperativo, pode ser também identificado na mediação comunitária²³. Isto porque a mediação para ocorrer, tendo em vista a busca pelo consenso, pauta-se na participação de ambas as partes, com colaboração recíproca, já que juntos deverão produzir uma solução que satisfaça o interesse de ambas e assim ser considerada exitosa. Negociações adversariais ou barganhas distributivas, que buscam a maximização de ganhos individuais e se estabelecem por processos competitivos não são favorecidas pela mediação, de modo que se alguma das partes almeja este objetivo, deverá ela optar por outros métodos resolutivos. A mediação é capaz de maximizar ganhos individuais, mas

²³ O princípio da cooperação entre as partes está traduzido na Lei n.º 13.140/2015 como princípio do consenso, já que para que este seja alcançado, ambas as partes precisam cooperar. Cooperar significa que as partes necessitam abandonar as suas posições iniciais a qual estão fixadas, focadas nas pessoas e nos problemas, para focar nos seus interesses e possíveis soluções. Na mediação, pois, não se trabalha com fatos passados e análise da culpa (como no processo judicial, por exemplo, o que justifica a apresentação de provas). Assim é que neste processo autocompositivo trabalha-se com a visão prospectiva do conflito, para se entender como as partes gostariam de se relacionar e quais obrigações pretendem assumir reciprocamente, a partir naquele momento daquele momento presente, em uma aceção voltada para o futuro (ou, em uma linguagem coloquial, o que se pretende estabelecer “daqui para frente”). (AZEVEDO, 2015).

o fará a partir de negociações colaborativas, com soluções que sejam capazes de atender aos interesses de ambas (sejam estes comuns ou divergentes).

Prosseguindo, há que se falar que quando se entende do contrato contemporâneo como vínculo de colaboração, proporciona-se à concretização da sua funcionalidade social. Da mesma forma, a mediação comunitária quando preza pela busca do consenso ou do senso comum, consegue atender a uma coletividade. Outrossim, pode-se dizer que a função social do contrato – atrelada ao valor da funcionalidade – (no direito civil e na mediação) é objetivada, sobretudo em função dos ditames constitucionais, que buscam regar a atividade contratual com valores morais e socialmente justos como a boa fé, a solidariedade e a justiça (como norte superior) (DEZORZI, 2007).

A boa fé contratual, típica da acepção contemporânea dos contratos, estabelece que as partes contratantes devem atuar com eticidade e probidade. (BORGES, 2007, p. 109). Sobre a boa fé no direito civil, faz-se necessário citar a diferenciação entre boa-fé subjetiva e objetiva. A boa-fé subjetiva refere-se aos elementos psicológicos, inerentes ao sujeito, sob cuja ação se baseia sua crença e intenção ao agir. Já a boa-fé objetiva está atrelada à fidelidade e lealdade de um determinado comportamento. Trata-se de uma regra ética e um princípio jurídico de não abusar da confiança alheia (AYRES, RODRIGUES, 2010). Na mediação a boa fé pode ser percebida pela aplicação do princípio da colaboração, afinal para que esta aconteça, aquela é um requisito indispensável.

A solidariedade é contraposta ao individualismo típico de métodos competitivos. A possibilidade de contratar no direito civil deve servir a um contexto social em que prevalece o princípio da dignidade da pessoa humana e outros pilares axiológicos. Na mediação, igualmente, a solidariedade é um dos pilares para sua efetivação. Isto porque a solidariedade representa a oportunidade de se criar vínculo efetivos, como reconhecimento de que as decisões individuais, sejam elas benéficas ou malélicas influenciam no todo, e que, por conseguinte, a responsabilidade do sujeito para tomar decisões e agir não se limita a uma esfera individual, uma vez que repercute numa esfera social. A mediação, por conseguinte, é um espaço para com o outro, se produzir a diferença, ou seja, para criar soluções socialmente responsáveis.

Conforme ensinamentos de Luís Alberto Warat (2001, p. 47),

a mediação é, assim, uma forma alternativa (com o outro) de intervenção nos conflitos. Falar da alteridade é dizer muito mais coisas que fazer referência a um procedimento cooperativo, solidário, de mútua auto-composição. Estamos

falando de uma possibilidade de transformar o conflito e de nos transformar no conflito, tudo graças à possibilidade assistida de poder nos olhar a partir do olhar do outro, e colocarmos-nos no lugar do outro para entendê-lo a nós mesmos. Isso é o duplo olhar no outro; o olhar duplamente direcionado para o outro.

No caso da mediação comunitária (caracterizada por conflitos de pequena complexidade em comunidades marginalizadas socialmente) esta característica torna-se mais evidente, pois o indivíduo concebe a esfera social como o outro. Ou seja, na mediação comunitária o outro não se limita aquele indivíduo com quem está em conflito de interesses e se estendo ao todo, como um outro sujeito muito mais amplo e indeterminado. Aqui, o todo se referi a sua comunidade, aquela com a qual se identifica e sob a qual ele se desenvolve.

A mediação se desenvolve sob um processo comunicativo que finda a restauração o diálogo e uma boa convivência entre os membros de uma comunidade, possibilitando novos vínculos de sociedade. Assim sendo, concordando com a autora Lília Sales, (2004, p. 154) “a base do processo de mediação é o princípio da solidariedade social”. A mediação comunitária, por conseguinte, estabelece, mesmo que indiretamente, uma nova ordem com base na solidariedade humana.

A solidariedade, por sua vez, é um princípio importante para ser exercido na busca da efetivação do acesso à justiça contratual. Isto porque representa um limite as liberdades individuais, que agora não mais se afirmam sob uma ótica individualista e egoísta, mas sim sob uma ótica social que intenta, sobretudo, oferecer a garantia de direitos em respeito aos direitos e deveres constitucionais, a ambas as partes envolvidas (ou seja, a credor e devedor). Assim, a solidariedade estimulada pela mediação favorece o cumprimento a garantia e respeito de direitos e deveres pelos próprios membros da sociedade, sendo esta uma forma de democratização do acesso à justiça e transformação social²⁴.

²⁴ Fatalmente que, por exemplo, a reconciliação entre vizinhos irá favorecer a promoção da paz em uma vizinhança; que crianças com paternidade espontaneamente reconhecida e fixação de pensão de alimentos definida irão constituir em avanços em relação ao protagonismo juvenil na comunidade, reduzindo a necessidade de assistência estatal; que conflitos quanto à proteção do meio ambiente devidamente administrados favorecerão a harmonização comunitária e crescimento sócio econômico. Estes exemplos são casos corriqueiros de contratos celebrados através da mediação em comunidades, de baixa complexidade e protagonizado por cidadãos comuns. Logo, inevitavelmente, a mediação favorece a construção de contratos capazes de cumprir a função social (externa) dos contratos, em especial no que tange à promoção de pacificação e harmonização social.

Outro aspecto que favorece a justiça contratual na mediação é a sua informalidade. Esta é evidenciada pela ausência de regras e etapas rígidas inerentes ao procedimento, que se apresenta em verdade flexível e adaptável a cada caso. Nota-se que a simplicidade é atributo da mediação, de maneira que alguma formalidade necessária não deve implicar em burocratização do processo.

A mediação comunitária, enquanto processo informal, pautado no diálogo direto, livre e transparente favorece à relativização da burocratização como sinônimo de segurança. Em verdade, por sua oralidade, transparência, diálogos diretos, favorece à acessibilidade e satisfação dos envolvidos (proporcionada pelo alcance do sentido de justiça, obtida pelas concepções dos envolvidos, inseridos em determinada localidade). Vale também reforçar que a formalidade contratual já foi muito cultivada para ofertar segurança jurídica. Todavia, como dito, atualmente o axioma mais valorizado nas relações contratuais ou nos negócios jurídicos é a justiça contratual (BORGES, 2007, p. 104). Esta não é garantida por uma forma rígida, mas sim pela real e efetiva participação das partes para a tomada de decisões, tal como é proporcionado pela mediação²⁵.

Vale enfatizar que esta pauta de princípios introduzem novos valores à concepção contemporânea dos contratos, quando esta abandona o paradigma estrutural, em busca do novo paradigma funcional. (BORGES, 2007, p. 107). Na concepção moderna, a função era apenas individualista e a forma era demasiadamente protegida e burocratizada, em busca da segurança jurídica, para se proteger interesses da burguesia ascendente. Ademais, o conteúdo era por assim dizer essencialmente patrimonial, de modo que o contrato era responsável por consolidar riquezas. Logo, existia uma preocupação preponderante com as formas contratuais, limitando-se sua titularidade e domínio por uma única classe.

²⁵ Outrossim, muito embora seja vulgarmente fomentado que a informalidade pode ensejar algum tipo de insegurança jurídica (o que não se entende neste trabalho), vale dizer que os acordos de vontade firmados na mediação comunitária (quando reduzidos a termo e, portanto, categorizados como contratos), são passíveis de revisão pelo Poder Judiciário. Este por sua vez não deve se atentar para a revisão das vontades, mas sim para criar mecanismos capazes de executar as pretensões anteriormente consagradas. A finalidade é reequilibrar o contrato e satisfazer os verdadeiros interesses jurídicos. Ou seja, o que se busca é possibilidade de revisão e cumprimento equilibrado. (BORGES, 2007, p. 109). Por conseguinte, a informalidade da mediação favorece ao alcance substancial das avenças estabelecidas no contrato contemporâneo. Na hipótese de qualquer desequilíbrio as partes podem proativamente proceder a sua equalização, através de novas sessões de mediações ou buscar acionar o Poder Judiciário.

Já a concepção funcional não há apenas administração de interesses de agentes antagônicos (como credor e devedor), mas sim a busca da delimitação de relações e o alcance dos objetivos comuns aos participantes, ainda que cada um deles assuma obrigações diferentes. Logo a mediação não serve a uma categoria de negociadores, mas a todos que pretendem estabelecer relações e soluções através do diálogo e consenso. O que merece relevo é que estes contratos, enquanto negócios bilaterais reduzidos a termo, certamente serão preenchidos por uma funcionalidade e socialidade, já que o objetivo máximo na mediação é o restabelecimento de uma relação sócio jurídica, com o tratamento adequado de conflitos sócio jurídicos.

Desta feita, o contrato como vínculo de cooperação passa a evidenciar cada vez mais: a boa fé contratual, a função social, a solidariedade e a preleção do valor de justiça contratual. Estes valores (que encerram pautas axiológicas) são desenvolvidos ao longo do processo de mediação comunitária, de modo que os acordos obtidos através desta modalidade autocompositiva guardam condições de validade ética ou legitimidade.

4.3 BREVES INTERSECÇÕES DAS EXPERIÊNCIAS EM MEDIAÇÃO NOS ESTADOS UNIDOS E NO BRASIL

Devido à informalidade e simplicidade da mediação, este apresenta alta exportabilidade, sendo explorado em diferentes países, a exemplo dos Estados Unidos, cuja experiência neste processo é antecedente ao Brasil. Vale dizer, inclusive, que a construção do sistema de mediação judicial iniciada pela publicação da Resolução n.º 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça foi inspirada na organização do sistema de mediação judicial da cidade de Nova Iorque. Desta feita, em virtude desta importância, buscou-se neste estudo analisar e comparar brevemente as experiências de mediação comunitária destes países.

Assim, inicia-se reportando que as primeiras aparições da mediação, em meados dos anos 60, foram detectadas nos ambientes comunitários, nos quais se buscava resolver conflitos de pequena complexidade em espaços protagonizados por grupos, em especial judeus ou indígenas. Assim, na ocorrência de um conflito, o sujeito poderia buscar uma solução simples junto ao seu clã, sem a necessidade de acionar o Poder Judiciário. (ALVES; MARTINS; BARROS, 2014).

Apenas na década de 70 foi que a mediação começou a ser teorizada enquanto processo autocompositivo na Universidade Havard, sendo sua destinação, neste caso, primeiramente relacionada à tratativa de conflitos comerciais. A mediação teve sua primeira apresentação como método estruturado de solução de disputa na Conferência de Roscoe Pound, sobre a insatisfação da administração da justiça, na qual se discutiam oportunidade de melhorias para o processo legal norte-americano. Então é que a mediação inicialmente praticada em contextos extrajudiciais começa a ser examinada na perspectiva judicial. (ALVES; MARTINS; BARROS, 2014).

Tendo-se em conta a tradição anglo-saxã deste país, nota-se que o seu ordenamento jurídico organiza-se de acordo com o *common law*. Desta feita, ao mesmo tempo que este sistema apresenta mais abertura para a produção de normas por outras fontes que não a legalista (como as negociais), por outro atrela a concentração das a uma das suas principais fontes de direito, qual seja, a jurisdicional. Deste modo, ocorre a tentativa de centralizar o novo processo alternativo – qual seja a mediação – à modalidade judicial. Muito embora a produção jurídico normativa da mediação judicial ainda seja do tipo negocial, pois que é tomada pelas próprias partes (em virtude da autonomia da vontade), observa-se que o patrocínio de câmaras de mediação se amplia no ambiente judiciário de forma um tanto absorvente.

Incorpora-se à corte norte-americana a oportunidade do sistema *multi-door* (ou multi portas). Através deste, o juiz deveria se posicionar como um gerenciador de conflitos, que ao receber uma ação, deveria direcionar para o método resolutivo que melhor pudesse ser aplicado para solucionar o caso em questão. (AZEVEDO, 2012). Esta conjuntura ofereceu espaço para a instalação, dos *smallclaimscourts* (tribunais de pequenas causas), na cidade de Nova Iorque, com o objetivo de proporcionar uma justiça mais simples, mais rápida e menos custosa. (GHISLENE, 2012). Nesse sentido, nota-se que:

A mediação cresceu de maneira significativa como um método informal muito difundido no setor comunitário, em que o governo financia Centros de Justiça de Vizinhança [*Neighborhood Justice Centers - NJCs*], que proporcionam serviços de mediação gratuitas ou a baixo custo, muito deles tendo se convertido em programas judiciais oficiais da cidade, do tribunal ou do distrito. (GHISLENE, 2012).

Pautados no sistema legal, estes Centros de Justiça de Vizinhança, então patrocinados pelo estado, apresentam-se como mais uma forma de proteção dos interesses individuais dos cidadãos Vale dizer, todavia, que diferente das raízes da

mediação comunitária, quando esta modalidade é desenvolvida com excesso de participação do Poder Judiciário, o programa esbarra em algumas peculiaridades que serão determinantes na definição de seu funcionamento como: o diagnóstico dos conflitos a serem tratados, a receptividade para o centro de mediação, a legitimação do processo perante as partes, as fontes de financiamento de custos, a forma de captação de casos, e o enfoque comunitário e social (não apenas individual à aplicação daquele centro). (VEDANA, 2003).

Vale evidenciar que nos Estados Unidos cada Estado é responsável pela criação de suas próprias leis. Todavia, por meio do *Alternative Dispute Resolution Act* (1996-1998), os meios consensuais de conflito fazem parte da política de administração judicial e em 2001, houve a criação do *Uniform Mediation Act*, onde houve uma uniformização. Desta feita, o caminho percorrido para implementação de uma lei foi de cerca de trinta anos.

No Brasil, a mediação surgiu na década de 1990, com a influência de profissionais estrangeiros que ministraram cursos sobre mediação no território nacional. Assim como nos Estados Unidos, o emprego da mediação foi viabilizado no princípio em comunidades marginalizadas de justiça social e acesso à justiça, sendo esta uma realidade recente (e mais ainda a possibilidade de realização de mediação judicial). Porém, é notável o surgimento no país de iniciativas por parte de organizações comunitárias. Uma dessas experiências exitosas ocorre no Estado da Bahia, mediante o trabalho desenvolvido pelo Instituto Direito e Cidadania (IDC), que constitui-se em uma Organização da Sociedade Civil de Interesse Público²⁶.

Esta é uma organização conhecida e reconhecida como centro de referência no trabalho de sensibilização dos seres humanos e na transformação dos mesmos em

²⁶²⁶ O IDC é uma representação da sociedade civil organizada, alimentada pela comunidade do Baixo Sul da Bahia, que reforça a promoção de serviços e políticas voltados para a estimulação e resgate da cidadania regional. O IDC nasceu em 27 de maio de 2004, com a missão de organizar e fortalecer o capital social no Baixo Sul da Bahia, criando circunstâncias e oportunidades favoráveis para o exercício pleno da cidadania – e, com ele, o seu serviço de mediação. IDC é parte integrante do Programa de Desenvolvimento Integrado e Sustentável do Mosaico de Áreas de Proteção Ambiental do Baixo Sul da Bahia (PDIS), instituído pela Fundação Odebrecht que possui o objetivo de desenvolver a região do Baixo Sul da Bahia em seus quatro capitais (humano, social, produtivo e ambiental). O desafio é tornar próspera e dinâmica uma área rural com grande patrimônio ambiental, ficando os jovens talentos no campo. Para tanto, o PDIS estrutura-se sob um Modelo de Governança que ocorre mediante a atuação conjunta do Primeiro, Segundo e Terceiro Setores.

cidadãos ativos, responsáveis e conscientes do seu papel na construção coletiva da identidade regional e na promoção do desenvolvimento de sua comunidade. A sua missão é desenvolver atividades que visam à promoção de condições favoráveis para o exercício pleno da cidadania, com foco na organização e fortalecimento do capital social e humano – sendo a mediação comunitária um dos seus principais serviços e instrumentos.

Vale evidenciar, a princípio, que o Instituto Direito e Cidadania, de fato, representa um centro de poder comunitário. Logo, será informado sobre o processo histórico para seu surgimento. Em verdade, esta instituição, antes de ser institucionalizada e legalizada como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, representava a reunião e articulação da comunidade do Baixo Sul da Bahia, para promoção de ações sociais, em um projeto conhecido como PDC (Programa Direito e Cidadania).

Por este programa foram realizados na região atividades como: organização de Comissões Pró Cidadania (CPC) – com objetivo de discutir os principais problemas e prioridades da comunidade, influenciando na deliberação de políticas públicas; capacitação de Conselhos Municipais (de Saúde, de Educação, de Assistência Social, de Direitos da Criança e do Adolescente e Conselho Tutelar); e execução de quatro campanhas de amplitude regional, sendo estas: Campanha da Paternidade Responsável, Campanha Paz no Trânsito, Campanha de Combate à Violência Sexual e Campanha Baixo Sul Conta Sua História.

Assim, exatamente no momento de consecução da “Campanha da Paternidade Responsável”, o IDC, ainda sem a roupagem institucional de que hoje se reveste, obteve o primeiro contato com a mediação de conflitos. Esta Campanha foi realizada em parceria com o Ministério Público do Estado da Bahia, representado pelos promotores atuantes na região do Baixo Sul da Bahia e as Secretarias de Educação Municipais. Esta campanha promoveu inicialmente o diagnóstico dos alunos da rede pública municipal que não possuíam o nome do pai anotado no Registro Público de Nascimento. Seu escopo visava a sensibilização e conscientização destes pais (e mães), a respeito da importância (para a criança) e necessidade (para a nação) da paternidade responsável, publicamente registrada.

Esta campanha contou com a adesão de cerca de 100 (cem) voluntários, que se disponibilizaram a participar como mediadores dos conflitos e, portanto, receberam capacitação específica para sua atuação – a qual foi oferecida pela Juspopuli –

Escritório de Direitos Humanos²⁷ (organização não governamental e instituição parceira do IDC). Desta ação, por conseguinte, foram formados mediadores populares por toda região do Baixo Sul da Bahia, dos quais alguns despontaram como verdadeiras lideranças comunitárias, que dois deles, até os dias atuais, apresentam-se como colaboradores de ações do IDC e encontram-se diretamente alocados na Instituição, assumindo a função de mediador de conflitos.

Esta ação obteve grande representatividade, o que se comprova pelos resultados gerados, os quais totalizam mais de 5.000 (cinco mil) casos mediados com êxito. Ademais, foram vivenciadas experiências como a recuperação de laços familiares antes desestruturados, atendimento aos filhos menores e até reconciliação entre casais.

Portanto, quando ocorreu a institucionalização do IDC, a mediação foi logo apontada como serviço que deveria ser prestado, em virtude da sua função social, verificada durante a Campanha. Logo, a Campanha da Paternidade Responsável, atividade pontual de grande repercussão regional, evoluiu para constituir-se em um serviço permanente de mediação de conflitos, que abarca não apenas a paternidade responsável, mas também outros conflitos familiares e cíveis. O que, vale enfatizar, acompanhou a estruturação do PDC (Programa Direito e Cidadania) em IDC (Instituto Direito e Cidadania).

A partir do ano de 2004 deu-se continuidade ao serviço de mediação, nas unidades fixas e itinerantes do IDC, em busca da consolidação do serviço e pacificação da comunidade. A instituição desenvolve suas atividades com foco Nesta fase, os acordos eram, em sua maioria, celebrados de forma verbal e em menor escala reduzidos a termo. Esta fase demonstrou que a mediação, enquanto método comunicativo de solução de conflitos, se bem aplicada, apresenta altos índices de eficácia social, pois o serviço foi sendo cada vez mais procurado, exigindo cada vez mais qualificação profissional, de modo que a quantidade crescente de pessoas atendidas refletia a relação com a satisfação das mesmas. O nível de descumprimento dos acordos era considerado inexpressivo. A mediação comunitária, bem como as normas jurídicas negociais, portanto, apresentavam eficácia social mesmo sendo um processo simples, leve e pouco burocrático. Seu atrativo era a celeridade, a gratuidade, a proximidade geográfica e a possibilidade de resolver algo de maneira amigável – atrelada à efetividade.

²⁷ O Juspopuli, organização sem fins lucrativos, se propõe a contribuir para a construção de uma cultura de direitos humanos e para o fortalecimento da cidadania. Realiza atividades de educação em direitos humanos e coordena uma rede de Escritórios Populares de Mediação de Conflitos e Orientação sobre Direitos. Presta assessoria a organizações públicas e não-governamentais.

Desta feita, no ano de 2010, o Instituto Direito e Cidadania foi identificado para firmar uma parceria com o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, a fim de que os acordos celebrados (embora válidos e eficazes), pudessem adquirir a condição de título executivo judicial, quando tratassem de conflitos familiares. Esta parceria resultaria proveitosa para ambas as partes pois: a população teria uma facilidade para acessar o Poder Judiciário quando os conflitos necessitassem de formalidades para ser considerados válidos ou vigentes, o que favorece a ampliação do acesso à justiça e ao Poder Judiciário; já o Tribunal de Justiça poderia se valer do processo e da atuação profissional já instrumentalizada da equipe para reduzir o número de demandas judiciais e ampliar a satisfação do jurisdicionado.

A mediação comunitária nestas regiões teve impacto, justamente, por ser uma via de solução de conflitos para pessoas que não tinham nenhum acesso à justiça, tendo em vista que alguns municípios não se constituem em comarcas, recebendo representantes do Poder Judiciário numa frequência mínima e condições de vida de pobreza e marginalidade social. O Instituto Direito e Cidadania representa, portanto, uma alternativa para a construção da cidadania por promover a facilitação do acesso à justiça, à inclusão social e o resgate da identidade, autoestima, autonomia e democracia, contribuindo para construção de uma sociedade mais isonômica, solidária e plural.

A mediação comunitária se fez importante por ser vista como uma maneira preventiva de conflitos mais graves, que e detém a violência. Como enuncia Lília Sales (2004, p. 144): “agentes comunitários distribuídos nas comunidades, resolvendo os conflitos antes que terminem em sangue, significa justiça chegando ao caso concreto, quer dizer, justiça alcançando os excluídos. Exercer essa atividade é exercer a cidadania e ajudar na promoção da paz social.” Vale dizer que além desses exemplos, existem outros bem sucedidos espalhados pelo país como a organização não-governamental Viva Rio que também trabalha com mediação comunitária nas favelas do Rio de Janeiro e as Casas de Mediação Comunitária, no Ceará que atinge as comunidades das mulheres rendeiras.

Ademais, vale enfatizar o que o Poder Público também tem desenvolvidos projetos institucionais para o desenvolvimento de programas de mediação comunitária. Dentre estes pode-se citar o “Balcão de Justiça e Cidadania”, titularizado pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, desde o ano de 2003, por meio da Resolução n.º 01/2003 deste Tribunal. Este projeto se constitui na criação e instalação de “balcões de justiça” em diversos bairros das comarcas da capital e do interior do Estado, que oferecem

serviços de mediação e orientação jurídica, inteiramente gratuitos, à população economicamente menos favorecida e juridicamente marginalizada. Visa-se, pois, através deste, a democratização da justiça e a descentralização das ações do Poder Judiciário.

A solução dos conflitos ocorre na fase pré-processual, o que atenua a multiplicação das demandas judiciais, já que filtram impasses que seriam levados ao Poder Judiciário. A Resolução nº 5/2006 estabelece que compete aos Balcões oferecer orientação, assistência jurídica, conciliação e mediação de conflitos de interesses nas questões cíveis de menor complexidade (descritas no artigo 3º, da Lei nº 9.099/95, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais). Excluem-se desta competência as questões de natureza fiscal, de interesse da Fazenda Pública e as relacionadas com acidentes de trabalho. Na prática, a grande maioria das mediações versa sobre questões de natureza familiar, sendo também comuns os conflitos recorrentes aos problemas entre vizinhos, composição de dívidas e questões relacionadas aos direitos do consumidor. Agentes e líderes comunitários são admitidos na execução das atividades, sobretudo na divulgação do Projeto. Logo, apesar de ser titularizado pelo Poder Público (que centraliza os resultados), o mesmo é executado (de forma pulverizada) por agentes da sociedade civil, devidamente identificados, que atuam voluntariamente.

Nesse sentido, vale evidenciar que o amadurecimento do Projeto Balcão de Justiça Cidadania possibilitou alguns reconhecimentos das atividades pelas comunidades beneficiadas e pelo próprio universo jurídico. Dentre estes pode-se citar: i) a inclusão, em 2007, do Projeto BJC no “Guia das Melhores Práticas da Gestão Judiciária”, no qual a Associação de Magistrados do Brasil (AMB) e o Conselho Nacional de Justiça elegeram 33 (trinta e três) iniciativas inovadoras desenvolvidas pelos Tribunais de Justiça brasileiros; ii) a inclusão do Projeto, em 2009, no Planejamento Estratégico do CNJ, no item “Acesso ao Sistema de Justiça”, servindo como referência para outros Tribunais do País; e iii), por fim, no ano de 2010, no IV Encontro Nacional do Judiciário, realizado na cidade do Rio de Janeiro, o BJC recebeu o “I Prêmio Conciliar é Legal”, instituído pelo CNJ (junto a 4 (quatro) outras práticas adotadas por tribunais de justiça brasileiros, sendo que, ao todo, foram inscritos 101 (cento e uma) práticas).

Um fator que contribui e comprova a relevância de se desenvolver a prática da mediação comunitária é a constatação de que o Plano Nacional de Direitos Humanos III (PNDH III), - estabelece diretrizes para efetivação dos Direitos Humanos a fim de se

alcançar melhores condições de justiça e suprimento de direitos básicos, não usufruídos pela maioria da população – apresenta como “objetivo estratégico III” a utilização de modelos alternativos de solução de conflitos. Dentre estes, como ações programáticas inclui “a) Fomentar iniciativas de mediação e conciliação, estimulando a resolução de conflitos por meios autocompositivos, voltados à maior pacificação social e menor judicialização”. Pretende-se com este objetivo apoiar a criação de serviços de orientação jurídica gratuita, a exemplo dos balcões de direito e dos serviços de disque-denúncia, assim como o desenvolvimento de programas de formação de agentes comunitários de justiça e de mediação de conflitos.

O caráter emancipatório de um projeto não se estabelece pela natureza da entidade que o implementou, mas pelos princípios que o regem. Portanto, não há razão na assertiva que confere legitimidade exclusiva aos programas de justiça comunitária levados a sério por entes não estatais. Se há prevalência da dialógica e detrimento da retórica-persuasiva, da coerção e da burocracia verticalizada, se os conhecimentos locais são respeitados como parte do processo de aprendizagem, se o conflito é transformado em oportunidade de empoderamento individual e social e, se as atividades são voltadas para transformar os conflitos sociais em possibilidades de criação de solidariedade e paz social a justiça é do tipo comunitária e, como tal, ostenta vocação para a prática transformadora. (FOLEY, 2006, p. 20).

Nesse sentido é que vale apresentar também o programa Justiça Comunitária desenvolvido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal, que surgiu no ano 2000 com o objetivo de democratizar a realização da justiça, ampliando o acesso à justiça àquelas pessoas que não possuem informação adequada e meios necessários, restituindo ao cidadão e à comunidade a capacidade de administrar seus próprios conflitos. O programa implica uma transformação do modo de ação institucional por incorporar as dimensões e problemáticas comunitárias em suas ações. O conhecimento do papel principal da comunidade na construção da justiça promove a responsabilidade ativa e cidadã e proporciona a apropriação por parte da própria comunidade do processo de transformação e superação de estigmas, combatendo, pois, a exclusão social. (FOLEY, 2006, p. 9).

Para tanto, o programa articula ações de disseminação de informação jurídica, mediação de conflitos, e animação de redes sociais, tendo como protagonistas e parceiros a própria comunidade, os agentes comunitários engajados e o poder público local. O serviço de informação jurídica é uma atividade pedagógica, tendo em vista que

ensina e orienta os cidadãos sobre os seus direitos e deveres, com a finalidade preventiva de evitar conflitos, empoderar-se sobre decisões em um processo de mediação ou reunir condições necessárias para buscar soluções junto ao Poder Judiciário, de forma que acesso ao conhecimento é também acesso à justiça.

A mediação de conflitos, por sua vez, é utilizada para a resolução e prevenção de conflitos de maneira criativa e solidária, através da razão dialógica para a construção de um consenso. O mediador é um agente comunitário local que, embora seja um terceiro imparcial em relação aos interesses dos participantes, consegue identificar os valores locais para a tomada da decisão e alcança a visualização dos principais conflitos que existem na sua comunidade, despertando para “necessidades comunitárias”. Portanto, a mediação comunitária possibilita o reconhecimento das vocações e carências da comunidade, passando as mesmas a se tornem oportunidades de mobilização social, tornando-se o agente comunitário - o mediador - em um articulador de rede cidadã.

A mediação comunitária apresenta experiências práticas exitosas, que demonstram ser este processo uma fonte do direito, pois foi desenvolvido por sujeitos de direitos dotados do poder de autonomia da vontade, para tomada de decisões, inseridos em um centro de poder, qual seja o comunitário, que através de um processo autocompositivo denominado mediação, foram capazes de construir normas jurídicas negociais (particulares e individuais), com validade jurídica, eficácia social e fundamento axiológico. Através desse processo, além da solução de conflitos é possibilitada a satisfação de direitos e deveres, vigentes no ordenamento jurídico, o que favorece a construção uma sociedade mais justa, digna e igualitária. Por conseguinte, a prática a mediação comunitária é muito útil e importante, de maneira que merece continuar sendo disseminada. Muito embora em alguns casos o projeto pertença ao Poder Judiciário, deve-se manter a essência do processo como natureza extrajudicial, já que nessa vertente é fortalecida a atuação do sujeito e o exercício da democracia.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho foi desenvolvido com a intenção de identificar se a mediação comunitária – enquanto instrumento processual – está capacitada para integrar a pluralidade de fontes do direito. O objetivo é fortalecer a mediação comunitária, na medida em que esta se configura como um processo legitimado pela comunidade e por apresentar eficiência na satisfação dos direitos e deveres fundamentais dos cidadãos.

As fontes do direito representam processos ou meios através dos quais se produzem normas jurídicas. Para tanto, a sua caracterização encerra o preenchimento de dois requisitos, quais sejam: i) a existência de um centro de poder de decisão; e, ii) a efetiva possibilidade de opção pelas normas jurídicas que serão produzidas. Logo, para identificar as fontes do direito é necessário ponderar sobre quais serão os centros de poder que efetivamente terão a capacidade de tomar decisões necessárias para estipular e optar sobre normas jurídicas, dispondo de processos próprios para vinculá-las ou positivá-las.

Historicamente, evidenciou-se que com a admissão do Estado Moderno, o paradigma monista dominou a construção do direito, sendo o Estado considerado o único centro capaz de monopolizar as fontes do Direito. Esta concepção foi reforçada pelo positivismo e impactou no constitucionalismo e nas codificações. A escola monista do Direito admite a existência de apenas um sistema de Direito, derivado do exercício do poder estatal – atributo através do qual decorrem seus princípios de estatalidade, unicidade e positividade.

Todavia, o Estado de Direito por diversas circunstâncias históricas evoluiu para o Estado Democrático de Direito, o qual se funda no princípio da soberania popular e impõe a participação efetiva do povo na coisa pública, fato que não se exaure na simples formação das instituições representativas. Possui como objetivo máximo a construção de um Estado de justiça social, baseada na dignidade da pessoa humana, realizado pela prática dos direitos sociais inscritos na Carta Magna (rígida, emanada da vontade popular, dotada de supremacia, especialmente em relação aos poderes públicos) e pelo exercício de instrumentos que oferecem cidadania. Neste cenário observa-se uma passagem para o neoconstitucionalismo e a abertura para o pós positivismo.

Toda essa conjuntura estimula o rompimento com o paradigma monista e, em consequência, a transição para um paradigma pluralista. O pluralismo jurídico pressupõe a existência de uma pluralidade de centros de poder. Este não aceita a

centralização absoluta do poder em um único ente – o Estado, fato que “abre portas” para a participação ativa e democrática dos indivíduos associados e organizados, que preencherão a nação de uma pluralidade de opiniões, discussões, debates e decisões (agora tomadas pelos diversos grupos de poder, em função dos mais diversos interesses), a ponto de se fortalecer o direito à democracia. Outrossim, o pluralismo não admite, como sugerem os neoliberais pós modernistas, a centralização do poder no indivíduo singularizado, isolado e desempossado de força para lutar por seus direitos, sendo contrário ao atomismo. O pluralismo pressupõe a coexistência de centros de poder unificados pelo Estado, que continuará tendo a função de harmonização social.

A despeito da abordagem pluralista do Direito, fato é que a principal discussão neste trabalho reside em torno da pluralidade de fontes de produção social normativa. Assim, nota-se que quatro são os centros de poder e, por conseguinte, quatro são as fontes de direito (enquanto processos de produção de normas), quais sejam: o Poder Legislativo, que desenvolve a fonte do processo legislativo, que gera normas legislativas; o Poder Judiciário, que se expressa através da jurisdição e produz normas jurisdicionais; o poder social, que por processos decisórios anônimos do povo são capaz de exprimir normas fundadas em usos e costumes jurídicos; bem como o poder negocial, que mediante processos fulcrados na autonomia privada são suficientes para editar normas negociais.

As fontes negociais são em regra bilaterais ou plurilaterais, fundadas em processos autocompositivos, podendo ser administrada por indivíduos que estejam diretamente vinculados aos interesses a respeito dos quais busca-se tutelar consensualmente. Este poder negocial dos particulares é ainda delimitado por normas estatais pré estabelecidas, que regulam a manifestação de vontade dos particulares. As fontes negociais são responsáveis pela produção de normas jurídicas negociais, as quais são exteriorizadas, em regra, por negócios jurídicos, como os contratos, a saber.

A mediação comunitária é um processo essencialmente extrajudicial e voluntário, pois as partes devem decidir livremente se irão resolver determinado conflito pela mediação e, igualmente, serão responsáveis por criar, definir e assumir espontaneamente as soluções capazes de dirimir a contenda. Logo, a voluntariedade na mediação está intimamente relacionada com a capacidade das partes para tomarem decisões – afinal de contas, apenas pessoas capazes de exercer suas decisões são pessoas capazes de gozar do exercício da sua voluntariedade.

Esta capacidade para tomada de decisões deve necessariamente ser estimulada pelo mediador ao longo da mediação. E isto deve ocorrer em virtude do repasse de informações sobre o processo de mediação; esclarecimento de direitos e deveres estabelecidos no ordenamento; e da catalisação da comunicação entre as partes, com construção de novas conexões e desenvolvimento do diálogo. É desta forma, a partir da aquisição destes conhecimentos, que as partes poderão atuar de forma diferenciada, com consciência, empoderamento, auto estima e determinação. Ou seja, é a partir da disseminação de informações na mediação (por meio do veículo do diálogo), que as partes encontram plena possibilidade de exercitar sua autonomia (reconhecida em uma acepção mais técnica como autonomia privada, que é o poder das pessoas de auto regulamentar suas próprias ações e consequências jurídicas, em uma forma admitida e reconhecida pelo Direito), estando definitivamente aptas a propor soluções com expressão de suas voluntariedades.

Nesse sentido, vale reunir as noções de que os centros comunitários disponibilizam para os seus membros, para a solução de conflitos, o processo de mediação – sendo este um método consensual, capaz de produzir normas negociais jurídicas (individuais e particulares). A mediação comunitária, por seu turno, para se desenvolver, vale-se da existência do atributo da autonomia privada conferido aos indivíduos, para negociarem e decidirem sobre suas vidas e suas relações. Assim, o centro de poder comunitário para produzir normas jurídicas negociais vale-se do poder negocial (ou poder de autonomia do sujeito de direito), que é canalizado ou catalizado pelo processo negocial conhecido como mediação (sendo este um método autocompositivo). Desta feita, nota-se claramente que a mediação comunitária deve ser considerada uma fonte negocial do direito.

Nesse sentido, cumpre enfatizar sobre a validade das normas jurídicas negociais produzidas pela mediação comunitária. Deve-se ter em vista que não basta que uma regra jurídica se estruture, já que na verdade é indispensável que ela satisfaça a requisitos de validade, para que seja, de fato, uma norma obrigatória. A validade normativa de uma norma de direito precisa ser examinada sobre três parâmetros: validade formal ou técnico-jurídica (referente à vigência); validade social (relativa à eficácia ou efetividade); e validade ética (correspondente ao seu fundamento valorativo).

A validação formal (ou vigência) das normas jurídicas negociais produzidas pela mediação comunitária considera disposições de normas superiores para definir: (i)

uma entidade competente, qual seja a comunidade, que através de profissionais capacitados disponibiliza como serviço o processo de mediação comunitária; (ii) as matérias tratadas ao longo do processo, que devem tratar de conflitos cuja natureza permita a resolução por autocomposição, abarcando diversas modalidades (cível, comercial, ambiental, familiar, dentre outros), com algumas raras exceções; e, iii) em enuncia sobre o devido processo legal, por apresentar procedimentos, princípios, etapas, objetivos e competências do mediador. A validade formal sob o panorama da verticalidade normativa das normas jurídicas negociais produzidas pela mediação é garantida em vista do atendimento dos preceitos constitucionais, legislação especializada e normas gerais de direito civil.

A validade social no que tange às normas jurídicas produzidas pela mediação comunitária pode-se dizer que elas são altamente eficazes. Isto porque este processo de produção de normas é desenvolvido com vistas a promover o empoderamento dos sujeitos, para que estes se sintam capazes criar e optar por soluções, bem como que se sintam responsáveis pelo cumprimento de suas decisões. Tendo em vista que foram as próprias partes que produziram a resolução do conflito, espera-se que a satisfação delas seja o maior incentivo para o seu cumprimento. Assim, a observância do acordo independe de qualquer força executiva, visto que, tendo sido o conflito tratado pelas partes e por ela solucionado, o seu cumprimento é consequência natural.

Assim é que será analisada a eficácia social da mediação como um processo capaz de garantir o exercício democrático, sendo reflexo da desenvoltura dos seus procedimentos as possibilidades que as partes possuirão de se comportarem em um ambiente político como detentoras de poder – especialmente se organizadas em centros de poder comunitários. De maneira genérica, pode-se dizer que a democracia se baseia na vontade do povo (seja para eleição de representantes, utilização de instrumentos de democracia semi direta ou participação direta mediante a organização em grupos sociais), e visa a concretização de direitos e deveres fundamentais.

A validade ética das normas jurídicas negociais produzidas pela mediação foram definidas em virtude da aproximação destas com as noções da Teoria Geral dos Contratos, no direito civil, estando atreladas à justiça contratual. Este valor se consubstancia quando se percebe o vínculo de cooperação entre as partes, a boa fé contratual, a função social, a solidariedade e a preleção do valor de justiça contratual. Estes valores (que encerram pautas axiológicas) são desenvolvidos ao longo do

processo de mediação comunitária, de modo que os acordos obtidos através desta modalidade autocompositiva guardam condições de validade ética ou legitimidade.

Por sua vez, cumpre dizer que a voluntariedade das partes favorece ao pluralismo pois, a partir dela, cria-se uma pluralidade de soluções para aquele conflito e, especialmente, promove-se a participação ativa do membro da comunidade para solução de contendas (inicialmente pessoais, que logo se repercute na atuação diante de questões sociais). A respeito da pluralidade de soluções, deve-se evidenciar que a mediação, apesar de ser uma prática antiga, tem se alastrado na atualidade como um novo modo de potencializar a aproximação e eficácia do direito junto à sociedade, que muitas vezes se encontra preterida dos serviços judiciários, e de resgatar canais de comunicação e cidadania. Na mediação, o direito é formado mediante a linguagem, o diálogo e obtém a sua legitimidade por meio da participação e da aceitação social. Os indivíduos participam na construção das normas que serão por eles seguidas, o que ocasiona a emancipação e empoderamento dos mesmos. Esta emancipação ocorre, por sua vez, quando as partes conseguem exercer uma autonomia crítica e interação dialógica para o julgamento e deslinde da questão.

A pluralidade de soluções, por conseguinte, aponta para a direção do pluralismo normativo – que necessariamente não deve se contrapor ou estar superior às normas estatais (sendo o Estado o centro de poder uniformizador ou integrador). O que ocorre é que, tradicionalmente, a prática de normas jurídicas no Brasil cabe ao Poder Judiciário ou Legislativo, sendo, por consequência, de responsabilidade destes órgãos a resolução para a maioria dos litígios. Contudo, segundo este modelo (que merece ser ultrapassado), os anseios sociais não são verdadeiramente atendidos, pois o mesmo não possibilita às partes (aos cidadãos), nenhuma forma de autonomia diante de suas contendas.

Logo, pode-se dizer que a latente crise do Direito fundamentado no paradigma monista reforça o pluralismo, de modo que se percebe na atualidade uma necessidade de redefinição das relações entre o poder de regulamentação do Estado e o esforço desafiador de auto-regulação dos movimentos sociais, grupos populares e associações profissionais. Contempla-se, pois, uma série de manifestações de normatividade paralela, institucionalizadas ou não, de cunho legislativo ou jurisdicional, "dentro" e "fora" do sistema estatal positivo.

A mediação comunitária se desenvolve no seio de um (novo) centro de poder, qual seja, os centros comunitários de mediação, mantidos com a participação e

trabalho de membros da comunidade. Ademais, o processo de mediação (em si mesmo), por seus princípios e objetivos, em especial pela sua intrínseca voluntariedade, favorece o fortalecimento deste novo centro de poder – tanto em relação à criação do direito, quanto no que diz respeito a aplicação do direito. As soluções criadas, ou seja, “as normas concretas ou abstratas” elaboradas brotam dos cidadãos e não do Estado (enquanto poder Judiciário ou Legislativo).

Desta feita, a mediação comunitária perfaz-se em um instituto processual hábil e útil para efetivação do paradigma pluralista. Representa, por assim dizer, uma expressão do pluralismo quando este pode ser patrocinado por via extrajudicial, privada e socialmente organizada, ou seja, independente da participação do Estado (como exclusivo centro de poder). Com efeito, a mediação comunitária não representa uma oposição ao Poder Estatal, mas aponta para um novo método de resolução pacífica de problemas e efetivação de direito e deveres – que caminha e se desenvolve com força e valor ao “lado” do Estado. Por conseguinte, esta pulverização de acesso à justiça e a direitos por entes não estatais, representam, na prática, a efetivação (imediata) do pluralismo jurídico e (mediata) do pluralismo político – de maneira que garante o exercício pleno do direito ao pluralismo.

Por conseguinte pressupondo o pluralismo existente na nossa sociedade, os meios dialógicos (como a mediação) devem ser estimulados para a resolução de conflitos, pacificação e integração social, como (ao menos) uma tentativa de intercompreensão entre as pessoas, que se estendam para além das questões de direito positivo. Mediante mediação comunitária permite-se propor um direito que ultrapasse as barreiras burocráticas e unidimensionais, para se estruturar um direito criado e legitimado pelos próprios participantes do procedimento, transcendendo à esfera estatal e de acordo com os princípios morais, sociais, humanos e plurais.

REFERÊNCIAS

ALVES, Jessica Souza. MARTINS, Dayse Braga. BARROS, Maria do Carmo. **Análise comparativa da mediação de conflitos no Brasil e nos Estados Unidos da América face à disparidade entre as culturas jurídica de cada ordenamento.** In: _____. Compendio do III Encontro Internacional de Direitos Culturais. Fortaleza, 2014. Disponível em: <file:///C:/Users/Juliana/Downloads/AN%C3%81LISE_COMPARATIVA_DA_MEDIA%C3%87%C3%83O_DE_CONFLITOS_NO_BRASIL_E_NOS_ESTADOS_UNIDOS_DA_AM%C3%89RICA_FACE_%C3%80_DISPARI DADE_ENTRE_AS_CULTURAS_JUR%C3%8DDICA_DE_CADA_ORDENAMEN TO.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2015.

AMORIM, Simone; LEONELLI, Margareth; LEONELLI, Vera; NASCIMENTO, André Luís. **Guia de Mediação Popular.** Salvador: Juspopuli, 2007.

ASSMAR, Gabriela. **Legislação brasileira no que tange à mediação de conflitos.** In: Mediare: diálogos e processos decisórios. 2007. Disponível em: <http://www.mediare.com.br/08artigos_09legislacaobrasileira.html>. Acesso em: 07 nov. 2015.

AZEVEDO, André Gomma. **O Processo de Mediação: Teoria e Técnicas.** 2002

AZEVEDO, André Gomma (Org.). **Manual de Mediação Judicial.** Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNDU. Brasília: 2012.

AYRES, Beatriz Flores; RODRIGUES, Mariana Andrade. **A proibição do comportamento contraditório no direito brasileiro.** In: E-civitas Revista Científica do Departamento de Ciências Jurídicas, Políticas e Gerenciais do UNI-BH Belo Horizonte, vol. III, n. 1, jul-2010. ISSN: 1984-2716. Disponível em: <www.unibh.br/revistas/ecivitas/ e.mail de contato: ecivitas@unibh.br> Acesso em: 07 ago. 2015

BARBOSA, Júlio César Tadeu. **O que é JUSTIÇA.** 3. ed. São Paulo: Brasiliense S.A., 1984.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito.** Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 05 nov. 2015.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política.** Volumes I e II. Editora Universidade de Brasília. 5. ed. São Paulo. 2000.

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do Direito.** [Trad.: Denise Agostinetti]. 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Direito Constitucional.** 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Contrato: do clássico ao contemporâneo. A reconstrução do conceito.** In: ASSIS, Araken de; ALVIM, Eduardo Arruda; NERY JR., Nelson et ali. Direito Civil e processo. São Paulo: RT, 2007. P. 100-111.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional.** 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

BRAGA NETO, ADOLFO. **Mediação: uma volta às origens.** Os métodos alternativos de solução de conflitos cada vez ganham mais força no Brasil e no mundo, reavivando velhas práticas pacificadoras como a mediação: depoiment. Publicação em jan. 2009. 13ª edição. São Paulo: Revista Getúlio. Disponível em: <<http://biblioteca.digital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/7031/Ed.%2013%20-%20Entrevista%20%28site%29.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 07 nov. 2015.

BRAGA NETO, Adolfo; SAMPAIO, Lia Regina Castaldi. **O que é Mediação de Conflitos.** São Paulo: Brasiliense, 2007.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.** Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 out.1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 07 nov. 2015.

_____. **Lei n.º 13.140, de 26 de junho de 2015.** Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.ht>. Acesso em: 09 out. 2015.

_____. **Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015.** Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 09 out. 2015.

_____. **Resolução n.º 125, de 29 de novembro de 2010.** Conselho Nacional de Justiça. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12243-resolucao-no-125-de-29-de-novembro-de-2010>>. Acesso em: 09 out. 2015.

_____. **Lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995.** Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm>. Acesso em: 09 out. 2015.

CAIRO JR, José. **A crise do estado e o pluralismo jurídico.** In: Diké – Revista Jurídica do Curso de Direito da UESC, Departamento de Ciências Jurídicas. Ilhéus: Editus, 2001. p. 11-29.

CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem: resolução CNJ 125/2010 (e respectiva emenda de 31 de janeiro de 2013): mediação e conciliação**. 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5 ed. Lisboa: Almedina, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro; BRYANT, Garth. **Acesso à Justiça**. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. Reimpresso: 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Irresponsáveis?** Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1989.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 20.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Com apoio do CNJ, Lei da Mediação é sancionada pelo Executivo**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79761-com-apoio-do-cnj-lei-da-mediacao-e-sancionada-pelo-executivo>>. Acesso em: 09 out. 2015.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2008.

DEZORZI, Diego. **A crise da noção clássica do contrato: a emergência da função social**. In: Revista Justiça do Direito v. 21, n. 1, 2007, p. 40-54. Disponível em: <file:///C:/Users/Juliana/Downloads/2164-8145-1-PB.pdf>>. Acesso em: 07 nov. 2015.

DIAS, Maria Tereza Fonseca (Coord.). **Mediação, Cidadania e Emancipação Social**. A experiência da implantação do centro de mediação e cidadania na UFOP e outros ensaios. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2010.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria geral do processo e processo de conhecimento. 11. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à ciência do direito: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica**. 25ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ESCOLA DE MEDIADORES. **Manual de Referência**. Teoria da Mediação. Projeto 2002.

FARIAS, Juliana Guanaes Silva de Carvalho. **A Mediação Como Forma de Acesso à Justiça**. 2007. 106 f. Monografia (Graduação em Direito) – Curso de Graduação em Direito, Universidade Salvador (UNIFACS), 2007, Salvador/BA.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 5ª Ed. 2ª reimpr. São Paulo: Atlas, 2007.

FRANÇA. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 2 de outubro de 1789**. Assembléia Nacional. Disponível em: <www.dhnet.org.br/direitos/anthist/dec1789.htm>. Acesso em: 07 nov. 2015.

FRANCO, CINTIA. Publicação de artigos científicos. **A solução consensual de conflitos no novo Código de Processo Civil**, mar. 2015. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9012/A-solucao-consensual-de-conflitos-no-novo-Codigo-de-Processo-Civil>>. Acesso em: 09 out. 2015.

FOLEY, Gláucia Falsarella. **Justiça Comunitária: Uma experiência**. Brasil: Ed. Ministério da Justiça, 2006.

GAGLIANO, Pablo Stolze; Pamplona Filho, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil – Contratos – teoria geral**. v. 4., t. 1. São Paulo: Saraiva, 2014. 16. ed., rev. e atual.

GHISLENI, Ana Carolina. **A mediação enquanto política pública no tratamento de conflitos: a teoria e a prática em face da análise do projeto existente em Santa Cruz do Sul**. In: _____. Mediação enquanto política pública. O conflito, a crise da jurisdição e as práticas mediativas. Org.: Fabiana Marion Splenger, Theobaldo Spengler Neto. 1.ed. Santa Cruz do Sul : EDUNISC, 2012. Disponível em: <http://www.unisc.br/portal/upload/com_editora_livro/mediacao.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. V. 1: Parte Geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2009.

LIMA, Fernanda Maria Dias de Araújo. ALMEIDA, Maurício Vicente Silva. **A mediação harvardiana e a mediação transformativa**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, 83, 01/12/2010 [Internet]. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8622>. Acesso em: 30 nov. 2015.

LUBISCO, Nídia M. L.; VIEIRA, Sônia Chagas. **Manual de Estilo Acadêmico**. Monografias, Dissertações e Teses. Salvador: EDUFBA, 2003.

MACHADO NETO, A.L. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

MARTINEZ, Sérgio Rodrigo. **Mediação para a paz: ensino Jurídico na era medialógica**. 2002. Artigo. Disponível em: <jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6863>. Acesso em: 30 out. 2011.

MEDIACAOONLINE. **A Nova Lei da Mediação (Lei 13.140/2015)**. Disponível em: <<http://www.mediacaoonline.com/#!A-Nova-Lei-da-Media%C3%A7%C3%A3o-Lei-131402015/cz9e/55c383210cf26ee10880559b>>. Acesso em: 09 out. 2015.

MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque. **O declínio da lei e a ascensão dos princípios na doutrina das fontes do direito**. In: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia. Nº 14. Salvador: Edufba, 2007.1. p. 171-205.

MONTORO, André Franco. **Introdução à Ciência do Direito**. 30ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NALIN, Paulo. **Do Contrato: Conceito Pós-Moderno**. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2004. P. 103-258.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Editora Método, 2010.

PAES DE CARVALHO, A.K.P.C.M. **A mediação comunitária como instrumento de prática da cidadania e da democracia: a experiência do Estado do Ceará**. In: I Conferência Nacional de Políticas Públicas contra a Pobreza e a Desigualdade, 2010, Natal/RN/Brasil. I Conferência Nacional de Políticas Públicas contra a Pobreza e a Desigualdade. Natal/RN/Brasil : Universidade Federal do Rio Grande do Norte, 2010. v. 1. p. 1-13.

ROCHA, Olímpio Moraes. **Pluralismo jurídico: o novo paradigma contemporâneo?** In: _____. Revista Datavenia. Universidade Estadual da Paraíba. V. 3, ano 3, 2010. Disponível em: <<file:///C:/Users/Juliana/Downloads/1382-6815-1-PB.pdf>>. Acesso em: abr. 2015.

ROBLES, Tatiana. **Mediação e Direito de Família**. 2 ed. rev. e amp. São Paulo: Ícone, 2009.

REALE, Miguel. **Fontes e modelos de direito: para um novo paradigma hermenêutico**. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. **Lições Preliminares de Direito**. 25ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

SALES, Lília Maia de Moraes. **A Mediação Comunitária: Instrumento de Democratização da Justiça**. 2003. Artigo. Disponível em: <<http://www.ces.uc.pt/ficheiros2/files/miguel%20reale%201.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2015.

_____. **Justiça e Mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Ed. Delrey, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela Mão de Alice**. 4. ed. São Paulo: Cortez, 1997.

_____. **A Crítica da Razão Indolente. Contra o Desperdício da Experiência**. São Paulo: Cortez, 2007.

SANTOS, Ricardo Goretti. **Acesso à justiça e mediação: ponderações sobre os obstáculos à efetivação de uma via alternativa de soluções de conflitos.** 2008. 265f. Dissertação (Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais) – Faculdade de Direito de Vitória, Vitória. Disponível em: <[http://www.fdv.br/mestrado/dissertacoes/Ricardo%20Goretti%20 Santos.pdf](http://www.fdv.br/mestrado/dissertacoes/Ricardo%20Goretti%20Santos.pdf)>. Acesso em: 07 nov. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. **Os Direitos Fundamentais nos Paradigmas Liberal, Social e Pós-social – (Pós-Modernidade Constitucional?).** Rio de Janeiro: Manual, 2001, p. 375-414.

SCHNITMAN, Dora Fried. **Novos Paradigmas na Resolução de Conflitos.** In: SCHNITMAN, D. F.; LITTLEJOHN, S. (Orgs). **Novos Paradigmas em Mediação.** Tradução: Jussara Haubert Rodrigues e Marcos A. G. Domingues. Porto Alegre: Artmed Editora, 1999. p. 17-28.

SENADO FEDERAL. **Lei da Mediação entra em vigor em seis meses.** Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/06/29/lei-da-mediacao-entra-em-vigor-em-seis-meses>>. Acesso em: 09 out. 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** São Paulo: Malheiros, 2008.

SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. **Pós-Positivismo.** In: Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo. Nova Série. Ano 14. vol. 28. jul.-dez. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SOUSA, Lilia Almeida. **A utilização da mediação de conflitos no processo judicial.** 2004. Artigo. Disponível em: <jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6199>. Acesso em: 30 out. 2015.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Curso de introdução ao estudo do Direito.** Salvador: Juspodivm, 2009.

_____. **Elementos da teoria geral do direito.** São Paulo: Saraiva, 2013.

STRECK, Lenio Luis. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica.** Uma nova Crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil, 1: Lei de introdução e parte geral.** 6ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense / São Paulo: Método, 2010.

TRAPAGA, Roseane. **Escolas de Mediação.** 18 jan 2011. Disponível em: <<http://mediadoradeconflitos.blogspot.com/>>. Acesso em: 09 nov. 2015.

VEDANA, Vilson Marcelo Malchow. **O perfil da mediação comunitária: acesso à justiça e empoderamento da comunidade.** In: AZEVEDO, A. G. (Org.). Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação. Vol. 2. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003.

WARAT, Luís Alberto. **Ecologia, Psicanálise e Mediação.** Em nome do acordo. Tradução: Julieta Rodrigues. 2. ed. Argentina: Almed, 1999.

_____. **O Ofício do Mediador.** Florianópolis: Ed. Habitus, 2001.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Plurarismo Jurídico: Fundamentos de uma nova cultura no Direito.** 2.ed. São Paulo: Ed. Alfa Omega, 1997.

_____. **Prova do Sofrimento: Pluralismo jurídico: novo paradigma de legitimação.** 2009. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 20 nov. 2015.