

O lugar da juridicidade na mediação¹

*Etienne Le Roy**

O direito, como a guerra e seus generais, é muito importante para ser deixado com os juristas².

Resumo: O ato de se pensar na natureza e no conteúdo do direito supõe reconhecer nele representações do mundo e da sociedade, dando forma à pretensão de um monopólio estatal da violência legítima, ele mesmo fundamentado sobre uma relação de amor e de confiança no Estado. A mediação, contudo, é praticada em um campo próprio, bem ou mal identificado ou grosseiramente delimitado, entre o direito e o

¹ Artigo inspirado na comunicação feita pelo autor no COLÓQUIO “REVISITAR AS RELAÇÕES ENTRE JUSTIÇA ESTATAL E MEDIAÇÃO.” Organizado pelo Laboratório de Antropologia Jurídica de Paris. Universidade Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 6-7 jun. 2011. Disponível em: <<http://www.univ-paris1.fr/autres-structures-de-recherche/lajp/actualites/evenements-precedents/>>. Acesso em: 12 dez. 2012.

* Professor emérito de Antropologia de Direito. Doutor em Direito e Etnologia. Foi professor da Faculdade de Direito e Economia de Paris 1 (Panthéon-Sorbonne), pesquisador do Centro Nacional de Pesquisa Científica (CNRS). Diretor do Laboratório de Antropologia Jurídica de Paris. Foi professor visitante em várias instituições de ensino e pesquisa na França. Atua como conferencista, professor e pesquisador. E-mail: leroydeguise@orange.fr.

² Cf. CHANOK, Martin. Men, women and courts in colonial northern Rhodesia. In: HAY, Margaret Jean; WRIGHT, Marcia (Ed.). *African women and the law: historical perspectives*. Boston: The Boston University Press, 1982. (Col. Papers on Africa, n. 7, v. 14)

social não jurídico. Essa concepção, que multiplica perspectivas antropológicas, representa as sociedades humanas, passadas e presentes, que puderam desconfiar do direito e continuam a desafiá-lo sob a teoria implícita do direito, tida como universal para os ocidentais modernos, que não representam sequer dois terços da humanidade. Desse modo, tendo em vista essas e outras previsões, neste artigo, apresenta-se a seguinte pergunta: As formas e os procedimentos necessários à solução de controvérsias denominadas por seus usuários de “mediação” – não importando as variantes – devem ser, necessariamente, abrangidas pelo direito? A resposta apresentada, parcialmente negativa, introduz a hipótese de juridicidade.

Palavras-chave: Mediação. Direito. Social não jurídico. Juridicidade. Antropologia jurídica.

1 INTRODUÇÃO

A primeira preocupação com este estudo não é fazer o leitor descobrir outra concepção de mediação ou de direito. A tendência discutível dos juristas de se apropriar da mediação, além do relaxamento com o qual os mediadores se deixam levar pelas sereias do direito, as potencialidades oferecidas pela hipótese da juridicidade aplicada ao campo da gestão consensual e mutável dos desacordos, a tudo isso denominam “mediação”. Proponho examinar a afirmação segundo a qual quando a mediação é considerada um objeto jurídico, ela destaca mais a juridicidade que o direito. Entendamos as palavras anteriores antes de nos aprofundarmos nas implicações geradas pela complexidade contemporânea dos fatos da sociedade.

O termo “juridicidade” já existe e é empregado pela sociologia jurídica de forma marginal, como é destacado no *Dicionário*

Enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito, em que o termo é definido em particular como “[...] um instrumento de especificação do campo jurídico, distinto do direito e do social não jurídico”³, de onde buscamos critérios *a priori* ou *a posteriori*.

Isso supõe adotar uma leitura epistemológica da vida jurídica. Deve-se, primeiro, admitir que o direito não é aquilo que nos ensinaram, quer dizer, ele não é autônomo⁴ e menos ainda autopoiético ou universal nem isento de efeitos sociais. Ele é, na denominação de juridicidade de Pierre Bourdieu⁵, plenamente inscrito na história da modernidade ocidental, sendo dela um farol como outros “ismos”, a exemplo de capitalismo, estatismo e individualismo.

Para isso, deve-se aceitar a ideia de que possa existir um campo próprio, bem ou mal identificado ou grosseiramente delimitado, entre o direito e o social não jurídico, no qual se pratica a mediação. É necessário ao menos um pouco de imaginação, mas, sobretudo vontade e coragem para sair dos caminhos marcados, os quais reproduzem os mesmos esquemas há dezenas de anos, enquanto a sociedade e as normas já estão mudando.

Devemos ter uma concepção dedutiva do direito, tendo como base o axioma “[...] que não se pode definir o direito, mas somente

³ JURIDICIDADE. In: ARNAUD André-Jean (Coord.). *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*. 2. ed. Paris: LGDJ, 1993, p. 322. Obra publicada em português. ARNAUD André-Jean (Coord.) *Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999 (N.R.).

⁴ Cf. ARNAUD, 1994, p. 49; LE ROY, Étienne. Autonomia do direito, heteronomia da juridicidade. In: SACCO, Rodolfo (Ed.). *Le nuove ambizioni del sapere del giurista: antropologica giuridica e traducttologia giuridica*. Roma: Academia Nazionale dei Lincei, Atti dei convegni Lincei 253, 2009a. p. 99-133.

⁵ BOURDIEU, Pierre. Hábitos: o código e a codificação. *Atos da Pesquisa em Ciências Sociais*, v. 64: De qual direito?, p. 40-44, set. 1986.

pensá-lo”⁶. Ora, pensar na natureza e no conteúdo do direito supõe reconhecer que ele é a expressão de representações do mundo e da sociedade, dando forma à pretensão de um monopólio estatal da violência legítima⁷, ele mesmo fundamentado sobre uma relação de amor e de confiança no Estado⁸.

Em seguida, convém precisar o posicionamento adotado pelo pesquisador ao que se denomina *tópos*. Com essa exigência própria à antropologia política do direito, nossa abordagem deve ser “diatópica” devendo aceitar o encontro das concepções disciplinares diferentes do objeto de pesquisa e seu possível enriquecimento mútuo. Mas essa possibilidade deve também levar em conta os usos e práticas, para evitar os perigosos hibridismos metodológicos. Para tal cita-se o jurista e jornalista Jacques Caillosse, comentando a posição epistemológica adotada pela sociologia política do direito, que é, no campo das ciências sociais, nossa “prima alemã” ou nossa “irmã de leite”. Poderemos transportar à antropologia o que o jurista diz da sociologia:

Tanto as fronteiras disciplinares parecem esclerosantes e contra produtivas, como a vontade inocente de aboli-las sem sentido; ela deixaria ver um território intelectual desestruturado e desprovido de toda consistência. O essencial não deve ser esquecido: cabe a cada disciplina científica determinar seu assunto, o direcionamento das perguntas que ela faz e os métodos que privilegia para colocá-los em pauta. Não existe nenhuma razão para que a sociologia política do direito trabalhe seu conteúdo da

⁶ ROULAND, Norbert. Pensar o direito. *Direitos*, v. 10-1: Definir o direito, 1989. p. 77.

⁷ Cf. LE ROY, Étienne; TROTHA, Trutz von (Ed.). *A violência e o Estado*. Introdução de J. Lombard. Paris: L’Harmattan, 1993.

⁸ Cf. ALLIOT, Michel. *O direito e o serviço público: sob o reflexo da antropologia*. Paris: Karthala, 2003.

mesma forma que os juristas trabalham o seu. O direito da teoria jurídica não é assunto da sociologia, eis o que deve ser destacado na reflexão multidisciplinar⁹.

Podemos aceitar a concepção “canônica”, que afirma que o jurista não saberia esgotar a riqueza de uma “área jurídica”¹⁰, fato que leva em consideração a diversidade das experiências humanas no tempo e no espaço, principalmente se entendermos a resposta do projeto antropológico desenhado por Claude Lévi Strauss em 1955, sobre o “conhecimento global do homem” na diversidade histórica e geográfica “desde a cidade mais moderna até a menor tribo melanesiana”¹¹. Se ainda estamos muito distantes do conhecimento ideal que nos permitiria responder a essas perguntas, ao menos fizemos progresso multiplicando as perspectivas antropológicas que marcaram o número de sociedades humanas, passadas e presentes, que puderam desconfiar do direito e continuam a desafiá-lo sob a teoria implícita do direito, tida como universal para nós ocidentais modernos, que não representamos sequer dois terços da humanidade.

Para enriquecer nossos passos, exploramos a antropologia dogmática de Pierre Legendre, que propõe uma leitura nessa área levando em conta um objeto específico e uma funcionalidade. Nosso autor definiu esse objeto como “[...] a arte dogmática de juntar o social, o biológico e o inconsciente, para assegurar a reprodução da humanidade”. Ele complementa que a função

⁹ CAILLOSSE, Jacques. A sociologia política do direito e os juristas. *Direito e Sociedade*, v. 77, 2011.

¹⁰ LE ROY, Étienne. O que é um campo jurídico? In: TROTHA, Trutz von (Ed.) *Comunicação nos primeiros encontros franco-alemães dos antropólogos do direito: o direito numa perspectiva antropológica*. Universidade de Fribourg em Brisgau (RFA), Fribourg, 1988a

¹¹ LÉVI-STRAUSS, C. Lugar da antropologia nas ciências. In: _____. *Antropologia estrutural*. Paris: Plon, 1958. p. 389.

primordial é “instituir a vida” em sociedade¹². A essas duas proposições complemento duas outras funções: a ordem e a forma, pois instituir é colocar em ordem (faz surgir uma ordem particular comentando a fórmula *inordinem adducere*, de Cícero¹³ e codificar, no sentido genérico, como o indicava Pierre Bourdieu, é “colocar em forma e colocar formas).¹⁴

O risco da tautologia leva certos leitores a pensar que se não há vida jurídica sem a valorização de uma ordem e sem a mobilização de formas próprias; pode-se aceitar a ideia do ponto de vista antropológico, que estas formas foram, são, ou serão inteiramente absorvidas e determinadas pelo direito, portanto pelo Estado. Particularmente, parei de acreditar nisso há alguns anos¹⁵ e recoloquei em evidência minhas utilizações anteriores do termo “direito”. Como explicaremos posteriormente, propus-me reduzir a área do direito ao que os ocidentais denominam, há três séculos, “o direito” e empregam para tudo o que escapa à noção de juridicidade.

O fato de a juridicidade incluir o direito – donde se conclui que todo direito é uma manifestação particular da juridicidade – me faz aceitar facilmente a definição positivista que os juristas continuam a explorar com base nos trabalhos de Hans

¹²Cf. LEGENDRE, Pierre. *Sobre a função dogmática no Ocidente*. Paris: Fayard, 1999; _____. *A outra bíblia do Ocidente: o monumento romano canônico, estudo sobre a arquitetura dogmática das sociedades*. Paris: Fayard, 2009.

¹³Cf. LE ROY, Étienne. *In ordinem adducere, ou como tentar impor, pelo direito: “a” civilização. Organização da “justiça dos indígenas” e o discurso jurídico colonial na África negra francesa*. *Direitos*, v. 43-1, p. 199-219, 2006.

¹⁴BOURDIEU, Pierre. Hábitos: o código e a codificação. *Atos da Pesquisa em Ciências Sociais*, v. 64: De qual direito?, p. 40, set. 1986.

¹⁵Cf. LE ROY, Étienne. *O jogo das leis: uma antropologia dinâmica do direito*. Paris: LGDJ, 1999 (Col. Direito e sociedade, série antropológica); _____. O tripé jurídico: variações antropológicas sobre o “Direito flexível”. *O Ano Sociológico: ‘em torno do direito: a sociologia de Jean Carbonnier’*, Paris, v. 57, n. 2, p. 341-351. 2007b.

Kelsen¹⁶, desde que a teoria antropológica da juridicidade veio explicar soluções que escapam ao “direito puro” e que pareciam condenar grande parte da sociedade a viver fora de toda regularização jurídica, caso a definição de Estado moderno e de seu direito não se aplicassem. Assim, para o jurista, o direito é positivo ou não e só se pode denominar “direito” a área particular de normas “autônomas” determinadas e/ou reconhecidas pelo Estado, evitando as contradições e as confusões, a que o direito e os juristas têm horror¹⁷.

Deixando os juristas discutirem e comentarem as formas de determinação e de reconhecimento das normas, segundo eles, abrangidas pelo direito e o lugar direto ou indireto reconhecido pelo Estado, eu me reporto a uma definição das fronteiras do direito para me interessar pela competição que este direito e outras formas mais ou menos próximas, mas não reconhecidas por ele, assumem na reprodução da institucionalização da vida em sociedade. E nessa relação entre direito e sociedade procuro esclarecer as razões pelas quais o Estado deve ou não intervir na elaboração e na sanção das normas no campo jurídico considerado com certa pré-concepção de encontrar uma multiplicação das intervenções do Estado, justificando a epígrafe de Martin Chanock, destacada acima.

Tendo em vista essas explicações precisas, a pergunta que faço é a seguinte: As formas e os procedimentos necessários à regularização das diferenças denominadas por seus usuários de “mediação” – não importando as variantes – devem ser, necessariamente, abrangidas pelo direito?

¹⁶KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 2 ed. Tradução de Charles Eisenmann. Paris: LGDJ, 1999 [1. ed. 1934].

¹⁷Se a natureza tem horror ao vazio, o direito tem horror ao deixar ir semântico. Os adeptos da teoria antropológica da juridicidade esperam que seus colegas juristas “façam o trabalho” na sua terminologia esclarecendo o sentido dado ao “direito” nas suas expressões direito antigo, tradicional ou consuetudinário, natural, internacional ou direito romano.

Minha resposta será parcialmente negativa ao introduzir a hipótese de juridicidade, reservada à evolução das pesquisas em andamento¹⁸. Para avançar na argumentação, proponho-me retomar sucessivamente, três modelos já comprovados, para sugerir novas análises. O primeiro é um modelo do sistema que foi elaborado após um colóquio organizado por Edwige Rude Antoine sobre o tema de processos¹⁹, momento em que foi colocada em evidência uma experiência de formalização do regulamento das disputas que não tinham tratamento específico pela sociologia do direito e que foram ignoradas pelos teóricos da justiça. Esse modelo propunha o que poderíamos qualificar de elo entre a representação formalista da justiça repressiva e a mediação. Ele vai nos permitir desconstruir a imagem espontânea do direito da mediação que nossa formação/deformação jurídica nos legou. (2).

O segundo modelo ilustra um fenômeno novo, observado desde o início do século XXI, o fato de a mediação ter cessado de observar que só uma programação negociada pode se tornar mestra de um conceito que regula as sociedades contemporâneas. Ela revela uma polifonia insuspeita das mediações nas práticas de regulação e propõe uma leitura variada da complexidade dos processos contemporâneos (3).

Enfim, a análise dos processos de trabalho destaca o modelo conforme as leis do jogo²⁰ e indicarão a hipótese de a juridicidade enriquecer nosso conhecimento sobre as práticas da mediação (4).

¹⁸Cf. LE ROY, Étienne. Juridicidade como categoria intercultural no contexto de mundialização. Conferência no ENCONTRO NACIONAL DE ANTROPOLOGIA DO DIREITO (II ENADIR), 2. Universidade de São Paulo, ago. 2011a. Disponível em: <<http://enadir2011.blogspot.com.br/>>. Acesso em: 15 dez. 2012.

¹⁹Cf. LE ROY, Étienne. O desdobramento do processo: cerimônia de reconstituição do laço social. In: RUDE-ANTOINE, Edwige (Dir.). *O processo, a questão do direito, a questão da verdade*. Paris: PUF; Curap, 2007a. p. 13-30.

²⁰Cf. LE ROY, Étienne. *O jogo das leis: uma antropologia dinâmica do direito*. Paris: LGDJ, 1999 (Col. Direito e sociedade, série antropológica).

2 A INFLUÊNCIA DO DIREITO NUMA APROXIMAÇÃO COM A MEDIAÇÃO

Consideremos a definição proposta por Michèle Guillaume-Hofnung sobre a mediação. Essa definição tem autoridade e resulta de um trabalho de negociação entre os práticos para chegar a um consenso. Ela é produto de uma mediação, geralmente, aplicada sem deixar marcas para discussão sobre esta ou aquela expressão ou a escolha de um adjetivo, mas questiona sobre o espírito de sua formulação:

De um modo geral a mediação se define antes de tudo como um processo de comunicação ética, apoiada na responsabilidade e na autonomia dos participantes, dos quais um terço – é imparcial, independente, sem poder consultivo ou de decisão, com a única autoridade que lhe conferem os mediadores – é agraciado pelas entrevistas confidenciais, sobre o restabelecimento do laço social e a prevenção ou o regulamentação da situação em causa²¹.

Os principais temas da definição acima são de origem jurídica ou com forte conotação jurídica: *autoridade, autonomia, responsabilidade, imparcialidade, independência, poder de decisão ou consultivo, prevenção ou regulamentação*. Cada um deles é utilizado ou retrabalhado na especialização ou na negociação, contanto que a mediação apareça normativamente compatível com a ideia dominante da justiça. E desde que a concepção positivista do direito impeça identificar um fundamento normativo contrário, na sua equivalência, ao da lei, minha coirmã considera, como eu, que só a ética pode aportar à mediação a “punição simples” (*infra*) que faz um registro simbólico ou juridicamente reconhecível e válido.

²¹ GUILLAUME-HOFNUNG, Michele. *A mediação*. 5. ed. Paris: PUF, 1995. [Collection Que sais-je?]

Essa aproximação, geralmente, é aceita pelos práticos. No entanto, pode-se notar que tal interpretação não reconduz à essência da mediação, pelo menos para a mediação social ou comunitária (pergunta da terceira parte²²), que se depara com um falso conjunto de dados disponíveis. Para solucionar isso, destacamos as diferenças dos parâmetros com base nos diversos modos de regulação das diferenças, para depois nos concentrarmos em nossas reflexões sobre o grau de autonomia das mediações.

2.1 Principais parâmetros que diminuem a diferença entre mediação e os outros modos de resolução de controvérsias (prise en charge des différends)

O seguinte quadro foi elaborado em 2006, por ocasião de um seminário que coordenei, à época, no Mestrado em Antropologia do Direito, concebido com base em 15 critérios, tanto no que se refere às análises quanto ao que as publicações precedentes permitiram privilegiar²³.

²²Cf. LE ROY, Étienne. Contribuições da África à mediação comunitária: quando o conflito deve ficar “entre si”. In: IULA, Emmanuele; MORINEAU, Jacqueline (Org.). *Face ao conflito: os recursos antropológicos, sociológicos, teológicos da mediação*. Colóquio abr. 2011. Paris: Centro Sèvres Faculdades Jesuitas de Paris, n. 163, 2011c.

²³Observo, aqui, a relação inicial dos trabalhos de Claude Amiel e Antoine Garapon que colocam em paralelo a justiça de Gabinete, chamada “burocrática”, e a justiça ritual, chamada também de tradicional” (cf. AMIEL, Claude; GARAPON, Antoine. Justiça imposta e justiça negociada no direito francês da infância. *Atos da Pesquisa em Ciências Sociais*. Vaucresson, v. 27, p. 17-42, 1987). A análise deles foi recuperada e ampliada num relatório comum ao Ministério da Justiça preparado sob minha direção. [Cf. LE ROY, Étienne (Ed.). *A conciliação: instância no regulamento dos litígios: questão profissional e institucional*. Paris: LAJP, 1988b. p. 243 *et seq.*]

QUADRO 1

O sistema “francês” de resolução de conflitos

Modelo “francês” de solução dos conflitos	Processo tipo 1 Justiça imposta Socialidade	Processo tipo 2 Justiça negociada socialização	Mediação Solução aceita Sociabilidade
Objeto	Litígio	Desvio/conflito	Controvérsias
Motivo da intervenção	Restauração de um vínculo social	Educação/ <i>educare</i> Conduzir para ou à	Pacificação/ recondução do laço social
Objetivo	Atribuir a cada um o que ele merece	Manter ou inscrever num coletivo	Perpetuar a relação
Meio	Dividir as reivindicações relacionadas aos direitos ou às obrigações de cada um	Dividir os interesses comuns	Dividir os laços
Critério	Falta e culpa	Obrigações sociais, morais, profissionais, etc.	Existência de relações anteriores ou potenciais
Sanção: o que se torna obrigatório	Punição/condenação	Compromissos	Acordo
Cerimonial	Justo e obrigatório, mas equitativo	Adaptável, aberto à oralidade	Excluídos
Agenda	Agenda imposta	Agenda negociada por ser passível de ser aceita	Agenda aceita após negociação
Fundamentos da juridicidade	Lei/Normas Gerais e pessoais	Modelos de conduta e comportamento	Sistema de disposições duradouras
Justiça	Tribunal	Jurisdição (<i>iuris dictio</i>) Tipo de Conselho de Ministros	Local aprovado pelas partes

Personagem	Terceiro neutro/ garantia da Lei	Terceiro envolvido garantia de uma solução	Terceiro envolvido, mas exterior às questões
Debate	Ritualizado	Dirigido por terceiros	Aberto às duas partes
Questão	Variedade principalmente penal	Respeito às obrigações/ estatuto	Respeito pelo outro alteridade
Decisão	Autoridade da lei	“Contrato” aceitação da solução	Aplaudir ou outro gesto
Resultada Reconstituição?	Reproduzir as hierarquias na sociedade	Impor uma ordem interna ou ao grupo/corporação	Gerenciar as relações

A proximidade relativa das concepções da mediação e da justiça nos autoriza a tratá-las como elementos de um modelo antropológico comum, respondendo à propriedade fundamental que propõe uma “representação simplificada, porém global” de um sistema, de um fenômeno ou de um processo que é a resolução de controvérsias²⁴ após serem aplicados os procedimentos lógicos que estão associados à modelagem. A modelagem permite, de maneira decisiva, formular perguntas necessárias para o avanço da pesquisa.

Os três dispositivos (das colunas de 2 a 4, assim identificadas) baseiam-se, cada um, em critérios originais que proíbem considerar solução dupla ou a reprodução de outra, em particular, com a diferença de que na definição de Michèle Guillaume-Hofnung, já comentada, considera-se que a mediação deve emprestar seus elementos de definição à justiça, até mesmo ao direito. Uma

²⁴Cf. LE ROY Étienne. Antropologia [da justiça]. In: CADIET, Loïc (Ed.). *Dicionário da justiça*. Paris: PUF, 2004. p. 42-47.

primeira observação pode ser tirada desse fato: a mediação não é justiça, nem mesmo de forma amena (*même douce*)²⁵.

Uma segunda observação pode ser formulada: recorrendo aos *habitus*, depois aos sistemas de disposições duráveis (*systemes de dispositions durables*), privilegiando o gestual e as técnicas do corpo para formalizar a solução, a mediação não precisa do direito para dispor de formas adaptadas para resolução de controvérsias. Ela dispõe de seus próprios suportes.

Enfim, podemos fazer uma terceira observação: a mediação não responde a todos os problemas nem a todos os litigantes. Em primeiro lugar, ela responde a um problema de sociabilidade, de reconhecimento de uma relação social que reproduz, onde a sociabilidade, no processo clássico (coluna 2), constata uma apropriação social sem observar as implicações; a socialização da coluna 3 tem por missão “educativa” fazer acontecer ou restaurar uma relação. Apesar de solucionar as controvérsias, ela não interfere num conflito, num litígio, que exige para ser tratado, e em razão de sua periculosidade, de uma neutralidade potencial declarada. Se ela é particularmente adaptada à gestão das relações sociais deterioradas ou em vias de desestabilização, ela é menos indicada para intervir nos problemas patrimoniais ou no caso de violência declarada.

Essa última observação reflete minha posição doutrinária nos meados da década de 1990²⁶ e o trabalho do LAJP com o Fórum Europeu para a Segurança Urbana em 1995. Mas “tudo muda e a única coisa que não muda é que tudo muda”.

²⁵Contra, Bonafé-Schmitt. (Cf. BONAFÉ-SCHMITT, Jean-Pierre. *A mediação: uma justiça doce (une justice douce)*. Paris: Syros, 1992.

²⁶Cf. LE ROY, Étienne. Mediação: modo de emprego. *Direito e Sociedade*, v. 29, p. 39-55, 1995.

2.2 A mediação, um modo “alternativo” ou “dialógico” de resolver controvérsias?

É importante levar em consideração a origem latina de mediação. *Médium* designa sucessivamente o meio, o centro, o lugar acessível a todos, à disposição de todos e o lugar exposto aos olhares de todos²⁷. Na cena do escudo de Aquiles, da *Iliada* de Homero, canto XVIII, este senta num círculo e é ele que tem sabedoria para encontrar a solução a mais coerente, tendo em vista a circulação da palavra.

A função do mediador é a de se fixar no centro de uma disputa, algumas vezes no meio de um conflito, não para separar, mas para reunir os combatentes em torno de uma solução comum. Já constou neste trabalho a idéia de divisão como princípio de adesão. Contudo o apaziguamento é preferível ao regulamento. Mas existem muitas escolhas?

Desde que sua existência e seu lugar na agenda jurídico-judiciária foram identificados, no final da década de 1980²⁸, a mediação foi vista, de maneira imprópria, como um modo alternativo de resolução dos conflitos, provavelmente sob a influência de trabalhos americanos da época. Ora, a noção de alternativa só é excepcionalmente aplicável porque a raiz latina *alter*, traduzida por um dos dois, supõe que devemos escolher entre uma ou outra fórmula, enquanto na experiência francesa, diferentemente dos países anglo-saxões, onde a aplicação da lei se negocia, aqui o culto do Estado e do seu direito impunha, até recentes reformas da década de 1990, a primazia da via judiciária. A opção da mediação era, então (e ficou por muito tempo), considerada como uma exceção arriscada. Tudo levava a crer,

²⁷MÉDIUM. In: GAFFIOT, Henri. *Dicionário ilustrado latim-francês*. 2. ed. Paris: Hachette. 1963. p. 959. (1. ed. 1934)

²⁸Cf. LE ROY, 1995.

paradoxalmente, que um mau processo valia mais que uma boa negociação.

Se o congestionamento dos tribunais, a complicação dos procedimentos, as exigências dos negócios e a mudança da cidadania valorizaram o papel da mediação, na França ela não perdeu seu *status* ancilar, ficando submissa a um ponto de vista que poderá ser qualificado de judiciário-centrado.

No entanto, durante a década de 1990, observou-se que a mediação, por não ter um modelo específico de solução de controvérsias (a influência monopoliza a via judiciária), tornou-se uma gestão gerencial (*gestion managériale*), uma forma de se inscrever numa dada discussão, num diálogo, a fim de participar de uma situação compartilhável. Via-se, então, aparecer dois traços fundamentais: a pesquisa do consenso, preferida a um modo imposto, e sua ligação com um projeto de vida ou da sociedade, preparando a adesão e a participação numa reprodução mimética e dócil. A mediação parecia tornar-se um meio de responder à crise da democracia, tornando-a participativa²⁹.

As coisas, no entanto, não são tão simples, pois a gestão do meio social é o suporte indiscutível da mediação nas “sociedades de indivíduos”: é a sua institucionalização que vai causar problema, em particular, no lugar do terceiro/mediador, ligado à importância que acordamos ao ideal da neutralidade na resolução de controvérsias e dos modelos judiciários “na nossa casa”, mas somente na nossa casa, e de maneira inapropriada³⁰, o que deixa a generalização intercultural discutível.

²⁹Cf. LE ROY, 1995.

³⁰Cf. LE ROY, 2011c.

3 UMA POLIFONIA DAS MEDIAÇÕES

Se a submissão da mediação a uma leitura jurídica é uma característica inerente do período pós-moderno, ela assume, porém, formas diferentes, fazendo comparações muito delicadas que trazem dúvidas sobre a sabedoria do uso do mesmo termo com empregos ou funções diversos.

3.1 Primeiro balanço

Em 2002, eu fazia também um balanço de quinze anos de evolução:

Em primeiro lugar existem dois grandes tipos de mediação; de acordo com a solução, deve vir um terceiro totalmente exterior e imparcial (exemplo da mediação familiar) ou emergir no meio do grupo em que nasce a controvérsia (mediação escolar, mediação do bairro). Em seguida, existem mediações cujo objeto é avaliar uma norma ou uma decisão (mediação penal), de ratificar a disfunção de uma organização (mediação da República, mediações nos conflitos de trabalho) e outras cujos papéis são de reconstruir, regenerar o meio social (mediação nos conflitos de vizinhança, falta de civilidade, conflitos de consumo). Enfim, se o número de intervenções do terceiro são gratuitos e gratuitos, certos mediadores são profissionais remunerados por uma administração ou uma empresa (mediador de imprensa), de fato os ‘mediadores’ passam a ser ‘clientes’ exigindo prestação de serviços caros (mediações familiares, certas mediações civis pelo conselho de advogados)³¹.

³¹LE ROY, Étienne. A mediação como “dialogia” entre as agendas de regularização social. In: YOUNÈS, Carole; _____. (Ed.). *Diversidade cultural e mediação para qual sociedade?* Paris: Karthala, 2002. p. 83.

A mediação pode ser:

- criativa de relações sociais e de representação do outro;
- renovadora das relações tensas ou afetadas por um conflito;
- preventiva de perturbações potenciais; e
- curativa, portanto, penal em certos contextos.

Foi a mediação penal que, a partir da década de 1990, passou a desorganizar as análises que até aquele momento tinham “a beleza da pureza”. Jacques Faget tinha mostrado, em 1997, numa síntese centrada na política penal, que os magistrados, em razão “[...] de uma forma de condução egocêntrica de sobrevivência que anima a vida judiciária, mas que em nenhum caso constrói um projeto intelectual e um desejo de articulação com os outros sistemas sociais de regulamentação”,³² tinham mudado a direção da mediação de sua função pacificadora para transformá-la numa ferramenta de cura. Num quadro cheio de interesses³³, ele explicava como a mediação, modelo conciliador, encarregada de negociar, numa base contratual, um conflito, tinha se associado a três outros dispositivos: o modelo retributivo, fundado sobre a culpa e a punição; o modelo terapêutico, sobre a necessidade de cuidado; e o modelo restitutivo ou compensador, ligado ao reconhecimento de um prejuízo a reparar. Enfim, Jacques Faget considerava o lugar respectivo que ele denomina de “processus” (imposto, negociado e aceito) e que nossos serviços no Juizado de Menores nos tinham levado a tratar como princípios de organização judiciária (justiça negociada e justiça imposta em 1985, como “ordens sociais” (imposição, negociação, aceitação em 1989) e por fim, como responsabilidades sociais.

³²FAGET, Jacques. *A mediação*: ensaio de política penal. Ramonville Saint Agne: Érès, 1997 (Col. Trajets, p. 78).

³³Cf. FAGET, 1997, p. 80, reproduzido em LE ROY, 2002, p. 84.

Trabalhando em 1995 no Fórum Europeu de segurança urbana adicionando uma responsabilidade, contestei a quarta dimensão da análise. Em 1999, em *O jogo das leis*³⁴, a mediação ficou associada a compromissos negociados dos quais ela é um dos utensílios mais preciosos. Foi preciso esperar pelo Colóquio de 2000 para fazer um complemento e considerar a mediação como um conceito-pivô e diagonal da regulação global das sociedades³⁵. Esse colóquio foi organizado no LAJP por Carole Younès.

3.2 Um novo modelo para observar a formação “reitora” (*rectrice*) e diálogo da mediação

Depois de um trabalho realizado por cerca de quinze anos, percebemos que a mediação se multiplicou e passou de uma ordem inicial negociada, como consideravam Claude Amiel e de Antoine Garapon³⁶, a um modelo aceito; esse deslocamento levou em consideração a mudança do *status* da mediação de uma ordem negociada para uma ordem aceita. Mas percebemos, também, que essa multiplicação tira a mediação do quadro da resolução de conflitos, onde ela é suscetível a ficar submissa à Justiça, para preencher novas missões onde, sem dúvida, haverá a questão das controvérsias não necessariamente de solução, mas de regulação.

A mediação tornou-se um instrumento de políticas públicas (para “abrir” as negociações salariais na função pública) ou de gestão privada de um conflito de trabalho ou licença. Supõe-se introduzir uma dose de humanidade no poder autoritário, inscrito no contexto de uma programação imposta. Paralelamente, ela pode ser reivindicada pelos sindicatos ou por movimentos trabalhistas

³⁴Cf. LE ROY, Étienne. *O jogo das leis: uma antropologia dinâmica do direito*. Paris: LGDJ, 1999 (Col. Direito e sociedade, série antropológica).

³⁵LE ROY, 2002, p. 86.

³⁶AMIEL; GARAPON, 1987.

para abrir negociações que, do contrário, recorrendo-se a uma oposição frontal, estaria fadada ao fracasso.

Esquema n. 1

Um modelo de fenômeno: o deslocamento da mediação da ordem negociada a um conceito-reitor central da regulação jurídica

Agendas (*Ordonnancements*)

Imposta

Negociada – MEDIAÇÃO – Aceita

Contestada³⁷

Esse esquema tem por mérito revelar as ambiguidades de uma mediação que, deixando sua função restrita ao agendamento negociado (*ordonnancement négocié*), vai ser utilizada pelo agendamento imposto (*ordonnancement imposé*), quer dizer, pela justiça, para aceitar a intervenção do magistrado ou uma decisão da justiça. Tal “recuperação” confirma que

o mediador penal é um agente de aplicação de uma decisão judiciária, que fica sob o controle do magistrado. Ele é a personificação da lei para o delinquente. Por estas razões, devemos nos interrogar sobre a possibilidade de continuar a utilizar a mediação para caracterizar uma realidade que destaca não a mediação propriamente dita, mas outra forma de justiça³⁸.

Para aplicar as restrições que a experiência de intervenções entre o Juizado de Menores e as famílias de migrantes de

³⁷Cf. LE ROY, 2002.

³⁸LE ROY, 2002, p. 90.

primeira, segunda e terceira gerações, iniciada pelo Laboratório de Antropologia Jurídica de Paris, em 1996, nos Juizados de Menores da região parisiense, a mediação mudou de denominação, passando de uma “mediação intercultural” para uma “intermediação cultural nos círculos judiciários”³⁹. Na medida em que o intermediador é a sombra do magistrado na família africana, latino-americana ou asiática, ele não é o elemento neutro do dogma da mediação e, eticamente, sua posição é insustentável em caso de dúvida das funções. No entanto, afora esse caso, nosso desejo de preservar o uso do termo mediação nas situações onde o mediador dispõe de uma autoridade própria e uma distância suficiente, no que toca às instituições, não foi entendido.

A mediação penal se porta tão bem que apaga a eficácia de outras formas de mediação menos conhecidas ou mais difíceis de serem realizadas por outras instituições, como também pela mediação escolar. Não esqueçamos a influência crescente do *Janus* da mediação familiar, que tem duas vantagens: uma, de poder ser facilmente operacionalizada, portanto burocratizada; e a outra, facilmente remunerada, a ponto de ter criado um mercado informal no campo das questões patrimoniais importantes, como no caso de divórcio dos pais.

Esse modelo evidencia uma nova complexidade ligada à reinterpretação do quadro cognitivo da mediação, pois a reapropriação dos outros contextos supõe mobilizar um terceiro tipo de modelo, dito processual (*processus*), que vou emprestar ao *Jogo das leis*⁴⁰.

³⁹Cf. LE ROY, Étienne. A marcha de intermediação cultural: uma experiência no Juizado de Menores. Paris, 1996-2002. In: DERPAD. *Proteção da infância e diversidades europeias*. Paris: Petite Capitale, 2003. p. 299-310; _____. LE ROY, Étienne. A intermediação cultural judiciária. In: TESSIER, Stéphane (Ed.). *Famílias e instituições: culturas, identidades e imaginários*. Toulouse: Érès, 2009b. p. 199-208 (Col. Práticas do campo social).

⁴⁰Cf. LE ROY, 1999.

4 AS REGRAS DO JOGO DA MEDIAÇÃO E A JURIDICIDADE

No *Jogo das leis*⁴¹ eu experimentei um modelo de análises dinâmicas, permitindo compreender como os dispositivos de regulação mudam e quais consequências os atores tiram dela, tendo em vista melhor orientar as políticas de reformulação de nossas instituições. As principais variáveis levadas em consideração são o *status* dos atores, seus recursos, suas condutas, suas lógicas de racionalização para a ação e, depois, para as escalas espaciais, os processos temporais, as arenas (fóruns) de confrontação e de negociação, pondo em evidência os compromissos sociais, as questões e, enfim, as regras do jogo.

Os primeiros trabalhos que consagramos à conciliação, em 1988, trataram sobre o tipo de mediação experimentado e colocaram em evidência algumas questões de acordo com as escalas espaciais já marcadas pela globalização e as lógicas da dialogia (*dialogie*), como o estabelecimento de relações diferentes e aqui tidas como complementares:

Constatamos que todas as tentativas de reformas tinham concebido a negociação a partir da instância judicial (núcleo duro do sistema) em função das práticas e do ritual da justiça imposta, e pelas referências ao modelo anterior da justiça de paz;

As análises que desenvolvemos mostraram que a negociação se manifesta, institucionalmente ou não, sob três planos, se deslocando do ‘núcleo duro’ da instituição judiciária para o mundo dos negócios e para a escala da economia mundial:

⁴¹Cf. LE ROY, 1999.

- uma justiça de gabinete (*justice de cabinet*) que se situa no meio da instituição judiciária;
- a conciliação (e a mediação penal no sentido francês) se situa nas margens da instituição e à sombra dos tribunais;
- a mediação (do ponto de vista norte-americano), ou arbitragem é uma alternativa mais ou menos autônoma e atualmente largamente subavaliada na França.

Essas três ‘vias’ não são necessariamente concorrentes, pois respondem por funções teoricamente complementares. Uma política judiciária preocupada em revalorizar a justiça negociada deve apoderar-se delas cumulativamente e não subestimar as necessidades do mundo dos negócios cujos centros de decisão se internacionalizam à medida em que se opera a interpretação dos capitais e dos centros de decisão⁴².

Dez anos depois, são as lógicas dos atores e uma interpretação tecnocrática que parecem prevalecer.

No capítulo 34 do *Jogo das leis*⁴³, consagrado à justiça e à mediação penal, cito essa observação de Pierre-Henri Jeudi quanto à deriva institucional das políticas de mediação as quais merecem ser retomadas:

A mudança simbólica não pode ser objeto de uma gestão tecnológica. É aqui que aparece a contradição das semânticas institucionais, que não cessam de gerar suas próprias impulsões. Elas não medem o tempo dos acontecimentos, elas o destoem na sucessão dos conceitos que definem a realidade social e que comandam

⁴²LE ROY, 1988a, p. 261-262.

⁴³Cf. LE ROY, 1999.

o seu desenvolvimento. Assim o conceito de mediação é apresentado como sintoma e como remédio para a crise. O que permite institucionalizar o sintoma e o conceituar. Esse grau de racionalidade [...] se equilibra pelo aumento da desatenção administrativa [...] com o risco de recuperações ou de desvalorizações. Essa desatenção administrativa foi favorecida por um culto excessivo ao direito, que exigiu a uniformização de dispositivos de intervenção dividindo a grande maioria de atores franceses da mediação e candidatos de mediações penais, como os magistrados ou clientes da mediação penal⁴⁴.

A questão da relação do direito, que nos remete ao reconhecimento da juridicidade, é de delicado trato, em face da crença dos concidadãos, para quem as supostas virtudes institucionais parecem indiscutíveis. Após a análise de Camila Nicácio⁴⁵, relacionada ao Fórum da Sociedade Civil sobre a Mediação (FSCM) dos últimos quinze anos, podemos fazer as seguintes observações:

Primeiramente, é inconcebível que no Estado do direito as práticas de mediação entrem em conflito com as garantias contidas na Carta Europeia dos Direitos Humanos, integrados com a nossa lei. Camila Nicácio cita, também, a frase de Michèle Guillaume-Hofnung “(Se) a mediação permite alguma flexibilidade com relação a certas regras do direito, ela não autoriza, no entanto, o esquecimento do direito, principalmente a forma mais eminente na nossa sociedade européia, os direitos do homem”⁴⁶. Mais ao fazer

⁴⁴JEUDI, Pierre-Henri. Políticas da mediação. *Le Monde*, p. 12, 14 jun. 1997 *apud* LE ROY, 1999.

⁴⁵Cf. NICÁCIO, Camila Silva. A mediação: um projeto da sociedade?: às origens do Fórum da Sociedade Civil sobre a Mediação (FSCM). *Cadernos de Antropologia do Direito*, 2010: práticas cidadãs de direito, Paris, p. 193-212, 2011.

⁴⁶GUILLAUME-HOFNUNG, 2011, p. 198 n. 1.

isso a ênfase é menor na regra do direito que no procedimento dos princípios gerais de proteção dos direitos do indivíduo contra os excessos de todo poder, quer seja familiar, político, profissional, religioso ou judicial, os quais devem ser privilegiados.

Em seguida, os textos correspondentes à mediação nos termos o direito positivo, então por mim considerados os únicos para atender ao direito de acordo com meu postulado inicial; são em número limitado; foram adotados recentemente; são pouco conhecidos e, menos ainda, aplicados. Mas eles existem e uma parte da mediação é efetivamente inscrita no direito positivo. Segundo Camila Nicácio “[...] a lei de 4 de janeiro de 1993 introduz a reparação da mediação penal no processo do Juizado de Menores e do Juizado de Maiores em todos os Estados. [...] igualmente a Lei de 23 de junho de 1999, e a circular de 16 de março de 2004, visando aperfeiçoar e unificar o recurso à mediação”⁴⁷, mas essa lista não pretende ser exaustiva.

Porque a maioria da produção normativa é um tipo de técnica especial, o código profissional ou o guia do ator, aplica a lógica do *Canadá Dry*, essa bebida que nos relatava a publicidade, lembrava o álcool, mas não era álcool. Os guias e os códigos têm um valor legal para seus signatários, mas só para eles, de acordo com o princípio de que “[...] os acordos livremente formados têm valor de lei para aqueles que os praticarem” (art. 1.134 CC)⁴⁸, tentando aumentar o uso e a relação de respeito a todos ou a uma parte dos usuários em questão. O estudo de Camila Nicácio é extremamente precioso, ao citar, em seguida, Michèle Guillaume-Hofnung:

⁴⁷NICÁCIO, 2011, p. 198, n. 3.

⁴⁸Cf. FRANÇA. *Código civil francês*. Disponível em: <www.ligiera.com.br/estrangeira_9.html>. Acesso em: 2 dez. 2012.

Quatro textos fundadores como a Carta do Centro Nacional da Mediação (CNM) [...] elaborado em 1988 da qual o caráter geral não deixa escapar a ambição ética e social; o texto do Conselho Nacional Consultivo da Mediação Familiar (CNMF) de 2002 [...] ou as terceiras figuras do processo são designadas como os dois principais critérios da mediação; o seminário de Créteil de 2000, tratando principalmente sobre a mediação social e intercultural, que se tornou o texto de referência em todos os campos da mediação, e, finalmente, o boletim da Corte de Cassação de 2006 [...] uma espécie de vade-mecum da mediação para esses atores (os magistrados).⁴⁹

Acrescenta, ainda, a elaboração do *Código Nacional de Deontologia do Mediador*, dando continuidade, em 2009, ao Código Europeu de Conduta para a Mediação, “[...] que tornou-se antigo e perfectível”⁵⁰.

Essas diferentes iniciativas manifestam uma preocupação comum, aproximando-as do direito, cujo objetivo é “[...] promover o que tem sido apresentado como ‘a unidade básica de mediação’”⁵¹. Trata-se da preocupação de alguns partidários da mediação da obsessão, a qual poderia conduzir diretamente, se não houver cuidado, à unificação, depois à uniformização e, enfim, à submissão às normas estatais. Por outro lado, a marcha sintética do Fórum da Sociedade Civil sobre a Mediação nos aproximaria mais do espírito da juridicidade, entendida na introdução acima:

(A) mediação tentaria suplantando a adjudicação⁵² como forma de resolução e/ou administração dos conflitos. De acordo com

⁴⁹GUILLAUME-HOFNUNG *apud* NICÁCIO, 2011, p. 197-198.

⁵⁰NICÁCIO, 2011, p. 199.

⁵¹NICÁCIO, 2011a, p. 199.

⁵²Interpretado pelos ingleses, como tratamento judicial de litígios.

os termos de Michel Marcus⁵³ [...] ‘seria necessário inverter os mecanismos: o processo autoritário (polícia/justiça) que só deveria intervir em caso de insucesso da mediação’, sendo esta por excelência ‘um processo não autoritário crescente’⁵⁴.

Isso corresponderia a uma visão dialogal do mundo e poderia se inscrever na teoria da juridicidade, em vias de construção.

4.1 Uma teoria da juridicidade em vias de construção

Minha caminhada retoma as análises de Jean Carbonnier, completando-as. De acordo com esse autor, “[...] o direito é maior que as fontes formais do direito”⁵⁵ “[...] e o direito é menor que o conjunto das relações entre os homens”⁵⁶, ao que eu acrescentei em 2007 um terceiro teorema: “A juridicidade é maior que a concepção do direito desenvolvido pelas sociedades ocidentais modernas, incluindo-as no todo”⁵⁷.

Eu os comento da seguinte forma:

‘Duas proposições são deduzidas imediatamente’

Por um lado e retomando a expansão para além das fontes formais do direito do primeiro teorema, eu abordo a juridicidade como além da concepção do direito positivo, excedendo sua ligação substancial (com o monopólio estatal de violência legítima).

⁵³Michel Marcus, antigo magistrado, um dos fundadores e presidente do Fórum Europeu para a Segurança Urbana.

⁵⁴NICÁCIO, 2011, p. 203.

⁵⁵CARBONNIER, Jean. *A hipótese do não direito: direito flexível: para uma sociologia do direito sem rigor*. 8. ed. Paris: LGDJ, 1995. p. 20.

⁵⁶CARBONNIER, 1995, p. 22.

⁵⁷LE ROY, 2007b, p. 345.

Por outro lado, eu considero o direito como um subproduto da juridicidade, ou mais exatamente, uma aplicação particular de um mesmo princípio de estrutura de áreas diferentes. Como um *folk Law* [...], como uma produção exótica e folclórica passível das mesmas operações lógicas e práticas (etnográficas) que as utilizadas e colocadas em prática para observar e analisar as outras manifestações da juridicidade.

E na instauração do direito devemos interpretá-lo como a passagem de tudo que é instituído na esfera da juridicidade, isto é, organizado com certa estabilidade, com a institucionalização que vai assegurar, pelo ângulo do direito, a perenidade, a legitimidade e a autoridade do órgão beneficiado por ele⁵⁸.

Nessa perspectiva e seguindo Norbert Rouland⁵⁹, não procuramos mais definir o direito, mas a juridicidade. Propomos, também, definir um traço diacrítico dividido pelo direito e pela juridicidade, que é a sanção que reconhece o caráter obrigatório da norma invocada em autoridade, momento em que é estabelecida e se torna invocável e palpável. Depois nos livramos dos princípios de estrutura aplicáveis nos seus respectivos campos, permitindo identificar suas especificidades e contribuindo para um processo comum, que é a regularização do processo de reprodução das nossas sociedades; o que Pierre Legendre denomina de maneira lapidar e admirável após os Romanos, “*vitam instituere*/instituir a vida”⁶⁰. Especifiquemos.

4.1.1 Normas sancionadoras

A juridicidade assegura, de maneira positiva, funções reconhecidas em negativo do “não direito” elaborado por Jean

⁵⁸Cf. LE ROY, 2011a.

⁵⁹Cf. ROULAND, 1989.

⁶⁰Cf. LEGENDRE, 1999, *supra*.

Carbonnier; o não direito que esse autor analisa “[...] como o movimento do direito ao não direito, o abandono, pelo direito, de um terreno que ele ocupava ou que teria tido a competência de ocupar”⁶¹. Não pressupondo na juridicidade um abandono, mas uma ocupação do terreno, inscrevo os costumes, os usos reconhecidos como sancionados, os hábitos das nossas tradições, o *li* e o *fa* chinês, o *dharma* indu, os supostos “costumes” africanos ou oceânicos e, sobretudo, procuro todos esses regulamentos, que, como guias dos códigos acima, aparecem como novas respostas às diversas globalizações que escapam à intervenção do Estado pelos processos de transbordamento a montante ou a jusante⁶².

4.1.2 Alguns princípios comuns ao direito e à juridicidade

A juridicidade é mais ampla que o direito e o abrange. Ela divide com o direito quatro propriedades extraídas do *Jogo das Leis*:

a) Esses dois conjuntos normativos correspondem a mundos próprios, os quais exprimem uma visão particular, uma visão de mundo institucionalizado com o direito e mundos diferentemente regularizados numa grande proporção que pode ser multiplicada⁶³, mas que em todo caso, escapa a toda programação.

b) Direito e juridicidade dividem os mesmos fundamentos sobre as mesmas bases normativas que são as normas gerais e impessoais (NGI), modelos de condutas e de comportamentos (MCC) e os sistemas de disposições duráveis ou (SDD). Segundo as montagens originais, não somente entre direito (que prefere o NGI) e

⁶¹CARBONNIER, 1995, p. 25.

⁶²LE ROY, 2009a, 2011a.

⁶³Cf. ALLIOT, 2003.

a juridicidade, mas nesses dois conjuntos, o direito civil e o *common law* ficam de um lado e o chinês *li* e os *habitus* africanos de outro.

c) Eles organizam de maneira original a montagem dos quatro ordenamentos jurídicos que reconhecemos no esquema 1 acima. Se o direito se apoia num modo imposto em razão de sua concepção de ordem jurídica como instância particular autônoma⁶⁴, a heteronomia da juridicidade e a da diversidade das funções que podem preencher os limites do social, do religioso ou da economia privilegiarão a ordem aceita, mas a ordem imposta na experiência confucionista dará continuidade à pesquisa de um ordenamento negociado na caminhada causuística da juridicidade muçulmana.

d) Enfim, mas sem estar no fim, a juridicidade e o direito se apoiam na convenção como modo comum de elaboração da norma/solução. Se na experiência jurídica ocidental de um direito largamente codificado, o princípio do art. 1.134 citado representa mais um modo marginal que intervém primeiro na ausência de uma regra legislativa ou regulamentar e as normas gerais e impessoais são raras ou secundárias como “comandos do príncipe”, o acordo convencional de vontades é a regra (é o costume), mesmo que a modificação seja forçada ou controlada.

4.1.2 Onde procurar a juridicidade na mediação?

Proponho procurar a juridicidade em três dimensões complementares de experiência de mediação.

Primeiramente, podemos descobri-la nos objetivos que se fixam nos mediandos (mediados, segundo a parte mais ou menos ativa da decisão que eles tomam nas controvérsias) resolvendo

⁶⁴Cf. LE ROY, 2009a.

problemas (de vida quotidiana, de coabitação, de violências psicológicas, etc.) que numa condenação judiciária não pode satisfazer ou invocar normas. Por essa razão, é preciso interrogar os hábitos, os modelos de conduta e de comportamentos e confrontar aqueles que são usualmente mobilizados num contexto e os que foram efetivamente utilizados. Do reconhecimento de um erro, de um problema ao qual somente os mediadores/mediados poderão dar uma resposta nasce a possibilidade de um diálogo.

Em segundo lugar, a juridicidade na mediação pode ter procedimentos típicos mobilizados para avançar a resolução do problema. Lembro que, desde os trabalhos sobre a negociação na justiça africana e no Tribunal de Menores, propus distinguir três fases, mobilizando o paradigma da argumentação para conseguir a paz procurada. Eu tinha utilizado uma taxonomia inspirada na história das instituições gregas para sublinhar a especificidade do *modus operandi*: teoria ou exposição de problemas e de argumentos, crises, confrontação de diferentes versões para prevalecer a verdade dos fatos e *catarse*, pacificação para a purificação de uma controvérsia dominada ou regulada.

Enfim, a terceira dimensão da juridicidade poderia ser associada aos resultados obtidos, ou seja, mais a uma conciliação/reconciliação que a uma condenação. A mediação não é um tribunal, então não equivale atribuir a cada um o que ele merece.

5 CONCLUSÃO

Num colóquio tendo por objetivo “revisitar as relações entre justiça e mediação” abordando-a como “uma questão social”, os argumentos que apresentei sucessivamente podem ser conduzidos a quatro ideias simples.

Lembrei, primeiramente, que a mediação não é justiça, nem mesmo de forma amena (*même douce*). É preciso ser convencido

de que, quando tratamos de relações entre justiça e mediação, estamos diante de paralelas que, por definição, não se sobrepõem nunca; foi isso o que quis mostrar meu primeiro modelo.

Em seguida, submeter a mediação ao direito é não somente inútil, mas redundante, pois dispomos da juridicidade para moldar e colocar formas nas relações sociais. Só se deve mobilizar o direito (no sentido positivo) quando as questões da vida em sociedade o exigem.

Isso porque muito direito mata o direito, e muito imposto mata o imposto. Um direito mal aplicado, desviado ou contornado, mesmo sobrecarregado como sugerido acima, destrói no espírito do cidadão o respeito e a confiança que deve ter na autoridade institucional, o Estado.

Enfim o direito mal mobilizado pode ser liberticida, e os índices se multiplicam, contanto que a ideologia de gestão que reconhecemos, valorizando a simplificação, a uniformização e a unificação, continue a se espalhar em todos os campos da função pública a justiça. Inscrita naturalmente numa aproximação do pluralismo jurídico, experimentando no cotidiano as exigências de dinamismo e de complexidade inerentes à vida jurídica contemporânea, a mediação é uma solução especialmente adequada a certos tipos de questões, porém inútil, além de perigosa em outras situações.

Não tememos abordar a verdadeira natureza da questão da sociedade com a qual trabalhamos durante esses dois dias; uma questão que é política ou, mais exatamente, cidadã. A mediação é, primeiramente, uma escola de cidadania com senso de responsabilidade, de conhecimentos de competências, de respeito pelo outro e de gosto pela decisão. Parafraseando o *slogan* de recrutamento do exército colonial francês, eu poderia propor às jovens gerações o seguinte objetivo: “Envolvam-se e trabalhem na mediação; vocês descobrirão novas experiências de altivez e darão prova de altruísmo.”

The role of law in mediation

Abstract: The act of thinking of nature and content of law presupposes to acknowledge that the thinking process reflects representations of the world and society, thus giving shape to a state monopoly over legitimate violence, and which is itself based on a loving and trusting relationship with the State. Mediation, however, is practiced in a particular field, rightly or wrongly identified or roughly bounded between Law and the social fields unrelated to it. This conception, which multiplies anthropological perspectives, represents human societies, past and present, that might distrust the law and continue to challenge it under the implicit theory of law, taken as being universal by modern Westerners, which do not even represent two-thirds of humanity. Therefore, given this and other consideration, this paper poses the following question: Must the forms and procedures needed for settling the differences by users of “mediation” – no matter the variant – necessarily be covered by the law? The partially negative answer introduces the assumption of legality.

Keywords: Mediation. Law. Social aspects not related to Law. Legality. Anthropology law.

REFERÊNCIAS

ALLIOT, Michel. *O direito e o serviço público: sob o reflexo da antropologia*. Paris: Karthala, 2003.

AMIEL, Claude; GARAPON, Antoine. Justiça imposta e justiça negociada no direito francês da infância. *Atos da Pesquisa em Ciências Sociais*, Vauresson, v. 27, p. 17-42, 1987.

ARNAUD, André-Jean (Ed.). *Dicionário enciclopédico de teoria e sociologia do direito*. 2. ed. Paris: LGDJ, 1994.

BONAFÉ-SCHMITT, Jean-Pierre, *A mediação: uma justiça doce (une justice douce)*. Paris: Syros, 1992.

BOURDIEU, Pierre. Hábitos: o código e a codificação. *Atos da Pesquisa em Ciências Sociais*, v. 64: De qual direito?, p. 40-44, set. 1986.

CAILLOSSE, Jacques. A sociologia política do direito e os juristas. *Direito e Sociedade*, v. 77, p. 199-206, 2011.

CARBONNIER, Jean. *A hipótese do não direito: direito flexível: para uma sociologia do direito sem rigor*. 8. ed. Paris: LGDJ, 1995. p. 23-44.

CHANOK, Martin. Men, women and courts in colonial northern Rhodesia. In: HAY, Margaret Jean; WRIGHT, Marcia (Ed.). *African women and the law: historical perspectives*. Boston: The Boston University Press, 1982. (Col. Papers on Africa, n. 7, v. 14).

FAJET, Jacques. *A mediação: ensaio de política penal*. Ramonville Saint Agne: Érès, 1997 (Col. Trajets).

FRANÇA. *Código civil francês*. Disponível em: <www.ligiera.com.br/estrangeira_9.html>. Acesso em: 2 dez. 2012.

GUILLAUME-HOFNUNG, Michele. *A mediação: o que eu sei?* 5. ed. Paris: PUF, 1995 (3. ed. 2005).

JEUDI, Pierre-Henri. Políticas da mediação. *Le Monde*, 14 jun. 1997.

JURIDICIDADE. In: ARNAUD André-Jean (Coord.). *Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de Charles Eisenmann. Paris: LGDJ, 1999 [1. ed. 1934].

LE ROY Étienne. Antropologia [da justiça]. In: CADJET, Loïc (Ed.). *Dicionário da justiça*. Paris: PUF, 2004. p. 42-47.

LE ROY, Étienne (Ed.). *A conciliação: instância no regulamento dos litígios, questão profissional e institucional*. Paris: LAJP, 1988b. 296 p.

LE ROY, Étienne A mediação como “dialogia” entre as agendas de regularização social. In: YOUNÈS, Carole; _____. (Ed.). *Diversidade cultural e mediação para qual sociedade?* Paris: Karthala, 2002. p. 77-100.

LE ROY, Étienne. A intermediação cultural judiciária. In: TESSIER, Stéphane (Ed.). *Famílias e instituições: culturas, identidades e imaginários*. Toulouse: Érès, 2009b. p. 199-208 (Col. Práticas do campo social).

LE ROY, Étienne. A marcha de intermediação cultural: uma experiência no Juizado de Menores. Paris, 1996-2002. In: DERPAD. *Proteção da infância e diversidades europeias*. Paris: Petite Capitale, 2003. p. 299-310.

LE ROY, Étienne. A terra do outro: uma antropologia dos regimes de apropriação de terra: Paris: LGDJ. 2011b.

LE ROY, Étienne. Autonomia do direito, heteronomia da juridicidade. In: SACCO, Rodolfo (Ed.). *Le nuove ambizioni del sapere del giurista: antropologica giuridica e traducttologia giuridica*. Roma: Academia Nazionale dei Lincei, Atti dei convegni Lincei 253, 2009a. p. 99-133.

LE ROY, Étienne. Contribuições da África à mediação comunitária: quando o conflito deve ficar “entre si”. In: IULA, Emmanuele; MORINEAU, Jacqueline (Org.). *Face ao conflito: os recursos antropológicos, sociológicos, teológicos da mediação*. Colóquio abr. 2011. Paris: Centro Sèvres Faculdades Jesuítas de Paris, n. 163, 2011c.

LE ROY, Étienne. *In ordinem adducere, ou como tentar impor, pelo direito: “a” civilização*. Organização da “justiça dos indígenas” e o discurso jurídico colonial na África negra francesa. *Direitos*, v. 43-1, p. 199-219, 2006.

LE ROY, Étienne. Juridicidade como categoria intercultural no contexto de mundialização. Conferência no ENCONTRO NACIONAL DE ANTROPOLOGIA DO DIREITO (II ENADIR), 2. Universidade de São Paulo, ago. 2011a. Disponível em: <<http://enadir2011.blogspot.com.br/>>. Acesso em: 15 dez. 2012.

LE ROY, Étienne. Mediação: modo de emprego. *Direito e Sociedade*, v. 29, p. 39-55, 1995.

LE ROY, Étienne. O desdobramento do processo: cerimônia de reconstituição do laço social. In: RUDE-ANTOINE, Edwige (Dir.). *O processo, a questão do direito, a questão da verdade*. Paris: PUF; Curap, 2007a. p. 13-30.

LE ROY, Étienne. *O jogo das leis: uma antropologia dinâmica do direito*. Paris: LGDJ, 1999 (Col. Direito e sociedade, série antropológica).

LE ROY, Étienne. O que é um campo jurídico? In: TROTHA, Trutz von (Ed.) *Comunicação nos primeiros encontros franco-alemães dos antropólogos do direito: o direito numa perspectiva antropológica*. Universidade de Fribourg en Brisgau (RFA), Fribourg, 1988a.

LE ROY, Étienne. O tripé jurídico: variações antropológicas sobre o “Direito flexível”. *O Ano Sociológico: em torno do direito: a sociologia de Jean Carbonnier*. Paris: Presses Universitaires de France (PUF), v. 57, n. 2, p. 341-351. 2007b.

LE ROY, Étienne. Violência da função simbólica e institucionalização do direito: contribuição para uma antropologia da juridicidade e do pluralismo normativo. In: INHENTVEEN, Katharina; KLUTE, Georg. *Begegnungen und Auseinandersetzungen: Festschrift für Trutz von Trotha*. Köln: Rüdiger Köppe Verlag, 2009c. p. 12-30.

LE ROY, Étienne; TROTHA, Trutz von (Ed.). *A violência e o Estado*. Introdução de J. Lombard. Paris: L’Harmattan, 1993.

LEGENDRE, Pierre. *A outra bíblia do Ocidente: o monumento romano canônico, estudo sobre a arquitetura dogmática das sociedades*. Paris: Fayard, 2009.

LEGENDRE, Pierre. *Sobre a função dogmática no Ocidente*. Paris: Fayard, 1999.

LÉVI-STRAUSS, Claude. Lugar da antropologia nas ciências. In: _____. *Antropologia estrutural*. Paris: Plon, 1958. p. 377-418.

MÉDIUM. In: GAFFIOT, Henri. *Dicionário ilustrado latim-francês*. 2. ed. Paris: Hachette, 1963 (1. ed. 1934).

NICÁCIO, Camila. A mediação: um projeto da sociedade?: às origens do Fórum da Sociedade Civil sobre a Mediação (FSCM). *Cadernos de Antropologia do Direito, 2010: práticas cidadãos de direito*, Paris, p. 193-212, 2011.

RÉGNIER, André. Matematizar as ciência do homem? In: JAULIN, Robert; RICHARD, Philippe (Ed.). *Antropologia e cálculo*. Paris: UEG, 1971, p. 15-37. 10-18 col. 7

ROULAND, Norbert. Pensar o direito. *Direitos*, v. 10-1: Definir o direito, p. 77-80, 1989.

VEYNE, Paul. *Quando nosso mundo se torna cristão (312-394)*. Paris: Albin Michel; Biblioteca das Ideias, 2007.

Enviado em 7 de outubro de 2012.

Aceito em 11 de dezembro de 2012.