

Entre Mediação e Direito¹: elementos para uma nova *ratio* jurídica²

Gilda Nicolau*

Resumo: Os diversos movimentos oriundos da sociedade civil, identificados na mediação, resultaram inicialmente de reação contra as exclusões sociais de determinados grupos da população. Enfatizando o elo social, a mediação permite retomar a ideia de interdependência das relações humanas e revisitar a maneira como as instituições que se dizem democráticas pensam e colocam em ação a solidariedade e a redistribuição. Com base na teoria do dom, desenvolvida pelo

¹ Neste trabalho, distingue-se Direito e Mediação como conceitos de suas manifestações instituídas segundo as quais, duas mais particularmente, servirão de padrão de identificação de distinções: as instâncias atuais da mediação de conflitos e as instâncias jurisdicionais (judiciais essencialmente). Neste artigo, tenta-se modular a maneira segundo a qual os processos jurídicos navegam entre as numerosas instâncias de produção normativa, sejam elas formalizadas ou não, onde todos os atores, tais como árbitros, conciliadores, mediadores, juízes e também jurisdicionados, fazem ajustes permanentes. Denominarei Direito o conjunto desses processos e produções jurídicas. Para uma concepção distinta, cf. LE ROY, Étienne. O lugar da juridicidade na mediação. Neste volume, p. 289-324.

² Meus sinceros agradecimentos a Franck Alvarez-Pereire, cujos amáveis diálogos ajudaram-me a tornar o texto mais inteligível, assim como a Leandro Varison e François Morvan, que realizaram o trabalho editorial no mesmo espírito.

* Professora de Antropologia do Direito na Universidade de Paris 1, Panthéon-Sorbonne. Diretora do Mestrado em Direito Comparado em Antropologia do Direito da mesma instituição. Diretora do Laboratório de Antropologia Jurídica de Paris (LAPJ). Doutora em Direito Privado pela Universidade de Bordeaux. Especialista em “Ethnometodologias e informática”. E-mail: gildanicolau@gmail.com.

Movimento Antiutilitarista em Ciências Sociais, neste artigo levanta-se a hipótese de que a mediação está no cerne de três domínios distintos: Estado, mercado e sociabilidade. A mediação intervém nos contratempos da sociabilidade e nas relações reais, quando os mediandos têm múltiplas filiações e participam de vários grupos sociais e, por conseguinte, de diversos referentes normativos. Ora, se os direitos produzidos pelo Estado ou pelo mercado, por causa de suas sofisticações, necessitam da experiência e da assistência de especialistas, o direito das relações interpessoais clama pela dependência ou pela necessidade de participação plena e integral na construção do projeto coletivo. Assim, as práticas de mediação visam à emergência de expectativas ocultas, tendo em vista a responsabilidade dos conflitos que ocorrem na comunicação do que circula, permitindo a elaboração dos elos e dos espaços sociais em outras escalas de grandeza.

Palavras-chave: Mediação. Teoria do dom. Movimento Antiutilitarista em Ciências Sociais (MAUSS).

Nós poderíamos ser criaturas incapazes de empatia, insensíveis à dor e à humilhação dos outros, indiferentes à liberdade e – não menos importante – incapazes de raciocinar; de argumentar; de concordar ou discordar... A forte presença desses traços na vida humana não nos diz qual teoria da justiça deve ser escolhida, porém ela nos diz que a busca pela justiça é difícil de aniquilar da sociedade humana, pouco importando que nós a façamos de maneira diferente³.

³ SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Paris: Flammarion, 2009, p. 490.

1 INTRODUÇÃO

A manifestação pública dos conflitos difundidos pelas mídias ou estudada em Ciências Humanas traz para os juristas um questionamento recorrente sobre a maneira como regulá-los. Mais profundamente, isso que está emergindo sob a denominação mediação procura proteger o elo social sem prejudicar os direitos fundamentais consagrados, podendo mesmo reforçá-los. As proposições cada vez mais diversificadas contribuem, de maneiras diferentes, com a justiça social, provocando parâmetros de interferência para a ação. Aos conflitos sociais agregaram-se dilemas trazidos pelas diferenças de cultura e valores reveladores da diferença entre as expectativas sociais em mutação e instituições que não podem responder a certas solicitações da justiça. Observaremos que essa desordem tem sua face virtuosa, numa preocupação dividida entre direitos e ciências humanas, para caracterizar os problemas emergentes e em particular quando eles resultam da aspiração por mais democracia e reconhecimento de liberdades e de direitos fundamentais. A capacidade de estabelecer um mundo comum mais justo, deixando espaço para a invenção cultural e a diversidade, encontra-se num campo de pesquisa que associa mais estreitamente ciências humanas e ciência jurídica. A pesquisa jurídica contribuiu para a manutenção de uma dicotomia entre o Estado e a sociedade, e para a instituição perene do indivíduo econômico, colocado sozinho diante do Estado personificado, garantidor dos seus “direitos subjetivos.

Os diversos movimentos, oriundos da sociedade civil identificados na Mediação resultaram, inicialmente, de uma reação contra as exclusões sociais e jurídicas de determinados grupos da população. Ao mesmo tempo, um movimento crítico se delineava diante da insuficiência e das limitações das respostas da justiça institucional no que se refere à criação, proteção e manutenção

dos elos sociais. É a essas funções que às vezes vão se anexar as instituições, práticas por vezes espontâneas, de formações e organizações em rede, sendo que o mais amplo na França é o Fórum da Sociedade Civil para a Mediação, representado, neste Colóquio⁴, por vários de seus membros.

Privilegiando as relações concretas entre as pessoas, a mediação permite retomar a ideia de interdependência das relações humanas e revisitar a maneira como as instituições que se dizem democráticas pensam e colocam em ação a solidariedade e a redistribuição. Colocando-se na linha antropológica do direito, que parte das expectativas, das necessidades humanas e das práticas sociais e, portanto, da diversidade cultural e dinâmica da obra, assistimos à configuração do que podemos chamar um “espírito da Mediação”, como existe desde longa data para os juristas um “espírito das leis”. É no sentido de articular as dificuldades desses desafios que neste artigo pretende-se “fazer Mediação”.

Direito e Mediação parecem ter sempre⁵ existido, embora tais conceitos tenham conhecido múltiplas variações ao longo do tempo e do espaço. As normas que são colocadas para enquadrá-los e caracterizar suas práticas se apoiaram, num primeiro momento, no sistema do direito oficial, cujas referências serviram de base

⁴ COLÓQUIO REVISITAR AS RELAÇÕES ENTRE JUSTIÇA ESTATAL E MEDIAÇÃO. organizado pelo Laboratório de Antropologia Jurídica de Paris (LAPJ). Universidade Paris I 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 (N.R.).

⁵ BONAFÉ-SCHMITT, Jean Pierre. Dossiê da mediação: apresentação: *Direito e Sociedade*, Paris, n. 29, p. 1, 1995. Disponível em: <<http://www.reds.msh-paris.fr/publications/revue/html/ds029/ds029-01.htm>>. Acesso em: 12 dez. 2012. No mesmo dossiê, LE ROY, Étienne. *A mediação*: modo de usar. Disponível em: <<http://www.reds.msh-paris.fr/publications/revue/html/ds029/ds029-04.htm>>. Acesso : 12 dez. 2012; FAJET, Jacques. A dupla vida da mediação. *Direito e Sociedade*, Paris, n. 29, 1995. Disponível em: <<http://www.reds.msh-paris.fr/publications/revue/html/ds029/ds029-03.htm>>. Acesso em: 12 dez. 2012.

para a elaboração de alternativas. Ultrapassada essa etapa, trata-se de repensar essas diversas maneiras de fazer direito uma ou outra podendo ocorrer de acordo com os conflitos e as culturas do paradigma dominante. Doravante é possível recuar. Assim, os trabalhos de campo e as experiências de quarenta anos atestam que esses campos normativos coexistem e alteram-se ou interpenetram-se mutuamente. As práticas da mediação se desenvolvem na Europa e na América desde a década de 1970 e seu campo de aplicação não para desde então de se expandir⁶ graças ao contato e, em grande parte, em oposição ao direito das instituições estatais, cuja produção seria muito monológica e autoritária. Ao mesmo tempo, o Estado e as instituições supraestatais procuram controlar as manifestações e as derivas “selvagens”, tanto para justificar o poder normativo estatal quanto para assegurar as relações sociais e garantir aos cidadãos jurisdicionados seus direitos já adquiridos. Nessas situações de concorrência e, sobretudo, se essas se encontram do mercado do direito, a “recuperação” parece ainda ter um preço elevado por uma redução e por uma instrumentalização da mediação, de fato, por uma harmonia imposta⁷. Perseverar o esforço de conceituar visa, assim, contribuir com a clareza e a valorização das “boas práticas”, qualquer que seja a fonte, no sentido de sua adequação e de sua eficácia para uma boa convivência.

Mas agora está claro que a vulgata do sucesso do termo mediação permitiu qualificar todo tipo de situação em que se

⁶ FAGET, Jacques. *Mediações: as oficinas silenciosas da democracia*. Toulouse: Trajets Érés, 2010. p. 14; PIQUET, Hélène. A mediação popular na China: acesso à justiça ou harmonia imposta? Neste volume, p. 141-180.

⁷ PIQUET, 2012; GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. A mediação uma escolha a fazer. Neste volume, p. 439-454. Igualmente, NADER, Laura. Harmonia coerciva: a economia política dos modelos políticos. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, n. 26, p. 18 *et seq.*, out. 1994.

interpõe um terceiro, por diversas razões, entre pessoas presentes ou ausentes, em relações vivenciadas ou não. De início, abordar o conceito da mediação nas suas relações com a justiça, tomando o conflito como referência, conforme eu faço, permite excluir do campo deste estudo as práticas de mediações corporais (medicinais ou “alternativas”), culturais (museus)⁸, culturais (entre os deuses e os quase-homens (*hommes-quoique*) – embora os rituais de justiça guardem os traços históricos), ou aqueles que se desenvolvem no domínio das mídias e da arte...⁹. Por tudo o que foi dito, longe de limitar a Mediação ao tratamento de um dos aspectos ou de uma das dimensões do conflito, como sua tradução em termos econômicos, por exemplo, nosso propósito é examinar as dificuldades desses desafios, para obter uma visão mais global das patologias do social.

O que proponho situa-se no campo da justiça francesa ou de outros países europeus e refere-se ao tratamento das questões de justiça, quer sejam geradas pelas problemáticas recorrentes, quer estejam em constante renovação. Conflitos nas e entre as empresas, desajuste no trabalho, dependência econômica dada a perda das raízes, abusos institucionais (familiar, escolar, hospitalar...), conflitos intercomunidades..., todos clamam pela necessidade de ajustes cognitivos e normativos quando a dominação inter-

⁸ Embora a expressão mediação cultural caracterize igualmente situações de conflitos interétnicos ou intercomunidades, sobre atribuições de fundo, recuos e reivindicações de identidade, que interessam à Mediação dita social.

⁹ Pouco espaço será dado à psicanálise sobre o assunto, se bem que uma comparação com a Mediação e a prática da mediação dos conflitos pareça impor, mas eu lhe emprestaria expressões mais felizes. A mediação baseia-se muito certamente também sobre os desejos recalcados, ocultos atrás de outras solicitações (de ordem jurídica, por exemplo) e precisará trazer uma atividade de linguagem. O conflito pode existir já na(s) pessoa(s), principal(ais) interessada(s). Como processo de emergência do direito, ela é, antes de tudo, um terço de duas instâncias mais exógenas: o outro, ou mediando personificado por seus grupos de referência e o grande Outro, mundo do comum, representado pelo Estado, o Cosmos, Deus, a vida...

relacional se torna insuportável e prejudicial. Por ser consubstancial (nada de conflito fora do elo vivido ou virtual), o conflito permite recolocar a produção e a realização do direito no cerne da relação ao outro (pessoal ou institucional), e, por conseguinte, reintroduzir a questão do Outro no fundamento do direito¹⁰.

Assim, conceituar a Mediação além de suas inumeráveis manifestações leva (ou dificulta, se considerarmos seu desenvolvimento ideológico e real) a repensar a ideia da alternativa (no que em si ela subordina um modo de justiça a um arquétipo de justiça legítima) para dar vez a outro direito mediante outras maneiras de produzi-lo. Isso permite, por exemplo, retornar aos componentes da juridicidade¹¹, a fim de considerar a complementaridade da dificuldade interna (do grupo, do indivíduo por si mesmo), e externa (lei, julgamento), que produzem a especificidade dessa complementaridade. A mediação contribui para a revelação dos conjuntos normativos que regem uma situação, o que toma forma, antes de tudo, na linguagem, por vezes distante das definições formais¹². O paradigma dominante na justiça institucional deixa pequeno espaço para a justiça amigável ou para o direito flexível, como se eles fizessem parte de outras esferas da justiça nas quais o Estado veria seus poderes paralisados. A negociação assistida, doravante formalizada na lei, faz parte ainda mais da “lei” do mercado. Entre as solicitações vindas mais ou menos do Estado em relação às configurações acima, tento esclarecer – à luz de diferentes princípios e graus – o sentido que cada uma tem entre si nas cenas identificadas pela justiça; e a partir dessas Mediações,

¹⁰NICOLAU, G.; PIGNARRE, G.; LAFARGUE, R. *Etinologia jurídica em torno de três exercícios*. Paris: Dalloz, 2007. p. 45-53, 182-189. (Col. Métodos do direito).

¹¹Emprego esse termo no seu sentido mais amplo pelo fato de ser jurídico.

¹²Das quais escapa sem qualquer penalização, apesar da influência incontestável do positivismo estatal, pelo menos sobre os juristas!

em sentido amplo, apresento um sentido restrito e revelador do paradigma emergente.

Entre exterior e interior, particular e comum, individual e coletivo, autoritário *versus* protetor/livre..., a Mediação está na ação, Mediação cuja distribuição e redistribuição dos poderes e o papel da retórica jurídica ou seu excesso modulam as diferenças entre as práticas. Entre exógeno e endógeno da produção jurídica, a mediação permite novas maneiras de se distanciar, mediante o domínio da produção dialógica do direito, quando os jurisdicionados-mediandos tornam-se atores e ativos e tomam isoladamente suas decisões de justiça. A esse respeito, a potencialidade subversiva dessa reviravolta do poder e da responsabilidade sobre os atores é tal que as possíveis derivas práticas são invocadas. Desobrigar os jurisdicionados superprotegidos de suas próteses ideológicas parece milagre. Em auxílio de uma ação generosa e perigosa, mesmo que as garantias fundamentais de uma boa justiça ocupem uma parte significativa das preocupações dos juristas, regras de boas práticas surgiram. O espírito da Mediação se formaliza, deixando mais transparente (ou menos opaco) o projeto de sociedade que visa desvencilhar-se do nada. Esse projeto concebe a mediação como a capacitação que as pessoas têm para decidir seus comportamentos, tendo conhecimento da complexidade e a multiplicidade das ordens jurídicas das quais eles participam. A institucionalização¹³ das práticas de mediação visa ajudar essas pessoas no momento dos conflitos e da mesma forma visa criar elos reais.

Os cenários da mediação que se desenvolvem ou não no seio das instituições do Estado diferem entre si em razão de seus objetos propagados (*parleursobjets*), processos e procedimentos. Eles não

¹³Falarei, antes, sobre a instituição da mediação pela sociedade civil e da institucionalização pelo Estado.

dependem menos do direito. As práticas da mediação intervêm nos contratempos da sociabilidade e nas relações concretas, quando os mediandos têm múltiplas filiações e participam de vários grupos sociais e, por conseguinte, de diversos referentes normativos. Os idosos, por exemplo, aspiram como todo mundo a ter elos sociais e a não ficarem isolados. As respostas do Estado não são suficientes para compensar essa aspiração legítima (elas também não têm o dever de fraternidade e de solidariedade decretadas, tampouco os serviços sociais são suficientes).

Para projetar o estatuto de tipos de obrigações que regem e sancionam a organização comunitária e/ou espontaneidade dos elos sociais, recorro à teoria do dom¹⁴, nas suas manifestações contemporâneas. Levanto a hipótese de que a mediação está no cerne de três domínios distintos – Estado, mercado e sociabilidade – e que do direito, ela está na ação, oficial ou invisível, permitindo aos que possuem hábitos de leitura resolverem por conta própria suas expectativas e escolhas. Ora, se os direitos produzidos pelo Estado ou pelo mercado, por causa de suas sofisticações, necessitam da experiência e da assistência de um especialista, o direito das relações interpessoais clama pela dependência ou pela necessidade (ou ao “direito à”, veremos) de uma participação plena e integral na construção do projeto coletivo. Dessa maneira, promover a mediação faz parte de um projeto da sociedade. As práticas de mediação visam à emergência de expectativas ocultas, tendo em vista a responsabilidade dos conflitos que ocorrem na comunicação do que circula, permitindo a elaboração dos elos e dos espaços sociais em outras escalas de grandeza¹⁵. A competição de generosidade à obra nas teorias do dom pode ter inclinação violenta

¹⁴No sentido de trabalhos desenvolvidos há mais de vinte anos em torno do Movimento Antiutilitarista em Ciências Sociais (MAUSS).

¹⁵Dar, não por aspiração à consideração e ao respeito, mas pelo impulso para se realizar na vida como obra coletiva.

e perversa e igualmente pode expressar-se em outros termos, como uma “luta pelo reconhecimento”. Essa fórmula, atribuída a Hegel, é um sucesso, graças, principalmente, aos filósofos herdeiros da escola de Frankfurt, como Axel Honneth¹⁶.

Essas teorias, como as desenvolvidas pelo Movimento Antiutilitarismo em Ciências Sociais (MAUSS), servirão de apoio para elaborar uma lista – não exaustiva – sobre a contribuição da Mediação para o Direito, tanto no que se refere aos seus objetivos e paradigmas como pela metodologia que eles empregam para coletar da mediação potencialidades e limites. Considerar-se-á sua nova *ratio* jurídica nos dois sentidos do termo: conceitual e linguístico para revelar sua natureza política. Relacionar a Mediação com o Direito é, na realidade, não dissociar, opor ou ocultar práticas de direito em relação a outras. De maneira pragmática, ao contrário, existe espaço para a confrontação do seu caráter operativo, no seu contexto de desenvolvimento, devendo o mito sofrer um pouco. As duas primeiras partes atribuirão destaque ao seu objeto, que é o elo social¹⁷ na sua prática jurídica (2. O interesse pelo elo social na prática jurídica); e o de conceituar o direito sob este dado (3. A contribuição da Mediação na conceituação do direito). Tomando como base os objetivos e as realizações identificadas como relevantes na Mediação, e na hipótese do pluralismo jurídico, tento, por meio do que foi dito, caracterizar mediante a problemática maior (4. A mediação como abertura para a complexidade dos conflitos).

¹⁶Para uma reconciliação entre a teoria do reconhecimento de Axel Honneth e a de Nancy Fraser, cf. PIGNARRE, Geneviève. Sobre a justiça social: de Nancy Fraser a Axel Honneth. *Jurisprudência*: revista crítica, Chambéry, n. 3, p. 101 *et seq.*, dez. 2012.

¹⁷Esse empreendimento vem essencialmente das ciências humanas, da sociologia e da etnologia, em particular. A antropologia do direito, fazendo ela mesma um ponto entre o direito e ciências humanas. (Cf. SCHRITZMEYER, Ana Lúcia Pastore. Mediação cultural, antropologia, direito e justiça no Brasil: um campo dialógico em construção. Neste volume, p. 31-59)

2 O INTERESSE PELO ELO SOCIAL NA PRÁTICA JURÍDICA

Irredutível ao acordo sobre os comportamentos vindouros, uma mediação não poderia participar de um colóquio qualquer. O interesse é pelo elo social vivido, pela aptidão para a convivência e pela aliança social, que estão além do elo interpessoal na sua única dimensão defensiva ou contratual. Ela também inclui obrigações socialmente organizadas em vista da distribuição da consideração e do reconhecimento das interações de grupos e de indivíduos. Em vez de passar pelo mito da adaptação do direito ao fato, o interesse se focaliza no elo real (2.1). O processo de mediação cria um laço dinâmico entre a factualidade imediata do conflito e suas formas de superação. Esse é um trabalho de pesquisa sobre o direito que não ousa revelar-se. Ele também tende a desvendar as ambiguidades resultantes da ocultação de “gramáticas sociais” no utilitarismo (2.2), e a articular a lógica jurídica local, numa atenção particular e aprofundada dos conflitos onde estão centralizadas as relações pessoais (2.3).

2.1 Preocupação com o elo real

Para entender a especificidade da mediação judicial ou extrajudicial é preciso, primeiramente, passar pelo desafio essencial dessa última, que é a aptidão para criar e manter elos reais¹⁸. O poder simbólico de uma nação decorrente de um contrato político de adesão deixa espaço às experiências vividas (onde o nacionalismo e a confiança no Estado podem ser estabelecidos em outro lugar). Sob esse ponto de vista, pequena parcela do direito

¹⁸Por uma descrição fina do elo jurídico do ponto de vista de um jurista, cf. JEULAND, Emmanuel. O enigma do elo do direito. *Revue Trimestrielle de Droit Civil* (RTDCiv), Paris, 2003, p. 455 *et seq.*

institucional propôs um tratamento, simplesmente, porque o Estado se fez contra as comunidades, instituindo o indivíduo e o homem de direitos sem se preocupar com suas origens e porque, se suas instituições são levadas a conhecer as relações interindividuais, eles estão desarmados, e com razão, para lidar com a tensão. De maneira geral, afora as obrigações familiares, as obrigações para fazer ou deixar de fazer se resolvem com dinheiro. Raras decisões da justiça procuram ir além; contratos de obrigações sexuais, por exemplo, quer sejam a título de casamento, quer de cálculo de prejuízo de satisfação, beiram ao ridículo. A mediação vem, então, ocupar um espaço vacante do sistema jurídico oficial. Colocando-se na raiz do pluralismo jurídico, ela estabelece limites ao risco ou à tentativa totalitária das pessoas ou dos sistemas jurídicos quando levados em consideração.

A violência das relações sociais, cuja explicação não se resume à vacuidade do direito, encontra explicações antropológicas nas Ciências Sociais. Segundo os teóricos do MAUSS, o dom, identificado há uns vinte anos como “[...] toda prestação de bem ou serviço efetuado sem garantia de retorno, com vista a criar, alimentar ou recriar o elo social entre as pessoas¹⁹”, reinaria ainda como mestre na esfera da “sociabilidade primária”, onde “[...] as relações interpessoais devem ser mais importantes que os papéis funcionais por elas desempenhadas²⁰. Assim, nada acontece “[...] na forma do mercado e do contrato²¹. Se existem interesses financeiros, constam também obrigação, espontaneidade, amizade e solidariedade.

O Ensaio sobre o dom de Marcel Mauss continua a fascinar e provocar rejeição por sua riqueza em interpretar o enigma da

¹⁹Cf. GODBOUT, Jacques T. *O espírito do dom*. Paris: La Découverte, 1992. p. 32.

²⁰Cf. CAILLÉ Alain. *Antropologia do dom*. Paris: La Découverte, 2007. p. 86-87.

²¹CAILLÉ, 2007, p. 9.

condição humana. A teoria do dom, de Marcel Mauss, foi objeto de numerosas críticas jurídicas e antropológicas, indo da pretensiosa confusão entre dom e troca²², à impossibilidade prática de sua realização, exceto virtuosidade excepcional²³. Uma análise pura e conceitual o impediria de ser livre ou obrigado, interessado ou desinteressado, ou que o dom fosse gratuito no caso de existir chance de retorno²⁴. Pierre Bourdieu exerceu um importante papel no hábito da leitura econômica das mudanças humanas; mesmo que ele tivesse dado um espaço essencial à noção de capital simbólico, por definição imaterial, ele não se desvincularia de uma leitura “economicista” das relações humanas. Ora, poderíamos colocar a tese simétrica da “[...] luta pelo reconhecimento como o fato social primeiro e primordial, e a acumulação (ou a dilapidação) dos diversos tipos de capital como meios e momentos dessa luta”²⁵. É impossível contabilizar a rica contribuição intelectual dos juristas francófonos, que, pelos meus conhecimentos, pouco participaram. Uma porta que tenta se abrir para esta proposta inspirada em grande parte na obra de Pierre Bourdieu sobre o conceito de *habitus*, que se baseia na existência de diferentes graus de restrição jurídica, dado o fato de que ela pode ser interiorizada e apropriada, na acepção de “feito pessoal”, em ética e em razão. Voltarei ao assunto sobre a contribuição da Mediação nas questões de patologia social.

Allain Caillé e outros autores reuniram-se em torno do projeto do MAUSS, respondendo a essas críticas de maneira convincente.

²²Cf. TESTART, Alain. *Crítica do dom*: ensaio sobre a circulação não negociável. Paris: Syllepses, 2006 (Col. Matériologiques).

²³Assim, DERRIDA, Jacques. *Dar o tempo*. Paris: Galilée, 1991. t. 1, p. 21-23; DE BÉCHILLON, Denys. *La gratuité dans le doute*. MELANGES: Paul Amselek. Bruxelas: Bruylant, 2005. p. 66 *et seq.*

²⁴NICÁCIO, Camila Silva. *Mediação e emergência do direito*: por um paradigma da complexidade jurídica. 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Paris 1, 2012. p. 353-355 (Orientadora: Gilda Nicolau).

²⁵CAILLÉ, 2007, p. 192.

O prisma da Mediação mostra seu caráter operatório na prática. Se o interesse egoísta convive com o amor e a graça, necessitará que esses últimos estejam um pouco à frente. O autor acrescenta e sustenta que as noções opostas em aparência, liberdade e obrigação são, ao contrário, induzidas entre si²⁶. Ele estabelece uma distinção entre *interesse por* (o elo) e *interesse à*²⁷. Enquanto o primeiro, de ordem afetiva e emocional, estaria ligado ao que se poderia nomear “o sentido- ou/e o elan- da vida”, o segundo seria a “instrumentalização da ação”, que permitiria o cálculo estratégico para a sobrevivência e a riqueza material (qualificado de interesse egoísta ou material). Parece-me possível também distinguir o interesse por si mesmo, pelo outro e pelo grupo ao qual pertencem (podendo ser o mundo)²⁸. De acordo com essa concepção utilitarista, como confirma Mary Douglas²⁹, o interesse

²⁶Em resumo, a liberdade e a justiça são questões de direito. Argumento que só seduz aos juristas.

²⁷Ele apresenta, em seguida, quatro tipos distintos “de interesse”, que, em razão da cegueira generalizada pelo paradigma individualista, tenderiam a se reduzir a um só interesse instrumental. Esses interesses são os seguintes: “interesse à” n. 1 (instrumental, estratégico, egoísta – interesse por si); “interesse à” n.º 2 (interesse para obedecer, passivo, interesse-obediência); “interesse por” n. 1 (interesse pelo outro) e “interesse por” n. 2 (interesse por uma atividade agradável, interesse passional). (Cf. CAILLÉ, Alain. *Dom, interesse e desinteresse*: Bourdieu, Mauss, Platão e alguns outros. Paris: La Découverte, 2005. p. 244)

²⁸Houve um tempo, em direito francês, em que a estipulação só se fazia por outro e por si, algumas vezes. Artigo 1.121 do Código Civil francês: “Pode-se do mesmo modo estipular em prol de um terceiro, quando tal é a condição de uma estipulação que se faz por si mesma ou de uma doação que se faz ao outro. Aquele que faz essa estipulação não pode mais reivindicá-la, se o terceiro declarou seu desejo de aproveitá-la”. (REVUE TRIMESTRIELLE DE DROIT CIVIL, p. 41-76, jan.-mar. 2001; FRANÇA. *Código civil*, art. 1.121. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEX000006070721&idArticle=LEGIARTI000006436160&dateTexte=20130422>>. Acesso em: 15 mar. 2012)

²⁹DOUGLAS, Mary. *Não existe dom gratuito*: como pensam as instituições. Paris: La Découverte, 2004. p. 201 *et seq.*

uma vez considerado como a razão de atos, induz a que não se demonstre a existência de dons desinteressados. Mas pode ser que seja o objeto do interesse que difere, e isso supõe um rompimento com a leitura das relações, maleável sob o ponto de vista do mercado no que se refere ao individualismo substancialista.

A influência do capitalismo, limitada aos domínios dos valores indisponíveis para o mercado, contribuiu para o crescimento e a acumulação de riquezas, permitindo um inédito sistema de redistribuição. A institucionalização da solidariedade por parte do Estado produziu uma lógica e uma gramática dos direitos, sem que outras modalidades de convivência surgissem fora do cenário oficial. Assim, a exigibilidade trazida pela contratação das obrigações, mesmo as institucionalizadas (o casamento, o trabalho, a filiação...), contribui para perverter a lógica do dom e gerar conflitos.

2.2 Gramática dos direitos *versus* gramática do dom

À racionalidade economicista e formal se apoiam em teorias de justiça ao mesmo tempo humanistas e adaptadas às situações vivenciadas. Diante da persistência das relações do dom nas sociedades modernas, constata que as relações de interconhecimento e de rede não desapareceram, mas se reinventaram, tanto na sociedade como nas mais altas instâncias do Estado. A atração do prazer do dom, mesmo nas relações funcionais³⁰, não teriam desaparecido também. Apresentado como um terceiro paradigma entre holismo e individualismo, o dom se revela primeiro como operador da sociedade primária, das relações face a face, numa dupla dimensão de aliança e rivalidade. O Estado não resolve esse assunto, cujo poder é autolimitado no reconhecimento dos

³⁰Essas onde a função interessa mais que a relação singular.

direitos fundamentais e da liberdade da vida privada. Com efeito, o tratamento dos conflitos individuais de valores é controlado pelas instituições estatais em termos de direitos (de ou à) e numa lógica formal. A neutralidade e a igualdade dos cidadãos perante a lei são o pretexto. Por outro lado, é evidente que o Estado democrático não se responsabiliza pelo amor, pela amizade nem pela convivência, em que a sanção imposta não está em jogo. Por tudo isso, os elos sociais de todos os tipos se desenvolvem e acabam no meio familiar, empresarial, associativo e comunitário. Em teoria do direito, a dicotomia entre a obrigação de dar e a de fazer tem igualmente causado um impasse na obrigação de *praestare*³¹, em benefício dos elos reais. Por outro lado, é evidente que a exigibilidade contratual da obrigação de fazer (ou de deixar de fazer) só pode ser resolvida em termos econômicos³² – ou abandonando essa forma de justiça. Por exemplo, a obrigação de exercer funções parentais não poderia ser substituída pelo dinheiro, o que levaria a pensar que um pai ou uma babá não podem ser permutáveis. Que dizer do assédio sexual? Constata-se que o contato muito íntimo que supõe ser uma relação sexual só pode evidenciar a gramática do dom e seu enquadramento normativo variável de acordo com as sociedades. Os conflitos interculturais são numerosos nesse campo. O inverso do dom é a degradação. E esta evidencia a escravidão sexual ou o proxenetismo e requer a sanção jurídica. Não é uma questão moral-sexual, mas de direito. Os empregadores cínicos que toleram o assédio ou se envolvem com o ele cometem um

³¹“A obrigação de *praestare* se identifica com a obrigação característica dos contratos que organizam a transferência de uso de uma coisa, isto é, que se dirige na realidade aos contratos que foram concluídos para colocar um bem à disposição do outro”. (PIGNARRE. Geneviève. A redescoberta da obrigação de *praestare*: para uma releitura de alguns artigos do código civil. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Paris, n. 1, p. 50, jan./mar. 2001)

³²O constrangimento pelo corpo está atual e felizmente reservado ao direito penal.

“furto de generosidade” e um péssimo cálculo econômico. Do mesmo modo, na luta pelo reconhecimento (do que fazemos e do que consideramos inestimável: de sua pessoa), a indenização dos prejuízos pecuniários (indenização por perdas e danos) implica, também, a reificação³³ das pessoas. A impressão do ter ou do comprar própria do mercado tem o desprezo do trabalho realizado e da forma como ele é realizado similarmente aos contradons dos reconhecimentos esperados e não recebidos. O dom de si que permite também gostar de fazer seu trabalho criando adesões e convivência, espera além do salário, contradons simbólicos e honoríficos. Essa dívida de “consideração” está oculta e inundada nos cálculos puramente econômicos, instrumentalizados nas lógicas de gestão.

Apesar das declarações dos direitos do homem ou dos direitos fundamentais, é do lado daquele que se dá que se pode avaliar o reconhecimento, quer em termos econômicos, quer naquilo que destaca a parte inestimável do dom. O reconhecimento do que se é levaria a uma pergunta contínua e infinita, se ela não se fixasse no que podemos dar de volta. Daí surge a necessidade de enquadrar as solicitações de justiça e de reabilitar as gramáticas da sociabilidade. A esse respeito, a lógica formal, disfarçada em liberação dos indivíduos e dos elos comunitários opressivos, confunde igualmente a responsabilidade moral e o compromisso público. Ao que se chamou contratação social está aquém da justiça negociada, onde se negociam os interesses mais que o sentido e que o esquecimento do tempo público decorrido. Trata-se, no caso, mais da vida em comum que da ausência de desordens públicas. A lógica das obrigações exigíveis só pode existir no vazio. O das obrigações positivas se responsabiliza pelos elos em direito flexível ou com liberdade.

³³Cf. HONNETH, Axel. *A reificação*: pequeno tratado da teoria crítica. Paris: Galimard, 2007 (Col. NRF ensaios).

O direito estatal capturado pelo mercado produz dois aspectos que irão contrariar as gramáticas de convivência e de sociabilidade: a exigibilidade e o *exit*³⁴ generalizado. A exigibilidade, característica da relação do câmbio financeiro formalizado em contrato, mesmo que seja solúvel em dinheiro, obedece a uma lógica conflitual mantida. A lógica dos direitos que está no trabalho tem uma relação de forças, na qual a dominação do direito é emprestada ao melhor ou ao mais diligente conselheiro. O direito da responsabilidade torna-se dependente do dano de fato. A esse respeito, as práticas de mediação estão do lado dos procedimentos da justiça restaurativa, mais conhecidos pela justiça penal, principalmente quando o ponto de não retorno de destruição da sociedade civil é atingido. Nas jurisdições de menores, e aqui e acolá, em meio a experiências piloto, medidas reparadoras do elo são pensadas e colocadas em prática, apesar de hábitos punitivos e de controles do dinheiro público pelos gestores.

O *exit* generalizado permitido pelo elo contratual entra em contradição com a obrigação de manter os laços e garantir sua qualidade. As práticas de mediação, apoiando-se na liberdade de escolher suas cadeias, não podem, sem contradição, ficar sujeitas à obtenção de um acordo sem considerar a liberdade de opinião, de consciência e de expressão, que permitem, ao contrário, a convivência familiar, apesar dos nossos desacordos. Viver em conflito é doloroso e não contribui para o desenvolvimento pessoal e social, o que não significa que se deva encontrar a harmonia de qualquer jeito. Ao contrário, ter a possibilidade de escolher suas relações e de abandonar os elos opressivos, em vez de prejudicar a qualidade da relação, em verdade a favoreceria. Nesse sentido, a mediação só pode ser um compromisso livre.

Em definitivo, cabe à função antropológica do direito conduzir os trabalhos que tendem demonstrar que nem tudo é contratual no

³⁴Possibilidades de sair livremente de uma relação.

contrato, utilitarista nas relações sociais e sedução interessada na linguagem. Enfim, existe a gratuidade (que, aliás, se diz *free* em inglês) porque existe liberdade. O paradigma dominante, que erigiu o direito e o Estado como consubstanciais entre si e instituiu um sistema de justiça adversarial³⁵, fundado na abstração das relações sociais e na teoria do contrato social, contribuiu para ocultar o que constituía a energia e a parte concreta e criativa. Usos e costumes mais comuns no campo que na cidade estabelecem, no entanto, um sentido maior de honra e de responsabilidade, por não haver necessidade da presença de um policial ou de um juiz nas relações cotidianas dos moradores rurais. Essa aristocracia jurisdicional de instâncias de justiça menos infantis levaria, também, os defensores a mentir dizendo que na justiça informal das novas casas de justiça e de direito onde a mediação teria mais direito à cidadania, seria uma justiça dos pobres. Ao contrário, a jurisdicionalização da sociedade poderia deixar supor que estamos sendo invadidos por um pensamento utilitarista ou programados pelo paradigma neoliberal, que impregnou globalmente nossa maneira de viver e de pensar o direito.

Assim, o esquecimento da gramática do dom seria também o do reconhecimento primordial que induz à primeira comunicação não verbal entre a criança e seus primeiros relacionamentos. Argumentando que o reconhecimento precede o conhecimento, Axel Honneth destaca igualmente, ao que me parece, uma parte essencial de um ponto em comum procurado na mediação. O mediador vai permitir, reformulando as coisas, antecipar o que não se consegue dizer diretamente a uma pessoa com a qual se tem um relacionamento afetivo forte. É no campo da psicologia do desenvolvimento humano que Honneth vai concretizar sua

³⁵Utilizo um anglicismo para explicar o fato de considerar *a priori* o outro como um adversário ou um inimigo em potencial.

afirmação da anterioridade do reconhecimento. Não se trata, aqui, de um princípio de natureza jurídica que consistiria em estabelecer uma regra de equivalência, mas de um dado natural, embora esteja intrinsecamente ligado ao aparecimento de troca pela linguagem. Ele afirma³⁶:

Na ontogênese, quer dizer, no processo de desenvolvimento do pensamento observado de forma cronológica, o reconhecimento deve preceder o conhecimento... Se as pesquisas nas quais eu me apoio estão corretas, o processo de formação do indivíduo implica que a criança deve em primeiro lugar se identificar com a pessoa mais importante para ela no seu ambiente, reconhecê-la sob o ponto de vista emocional, para em seguida conseguir, adotando sua perspectiva, um conhecimento da realidade objetiva³⁷.

Axel Honneth coloca em destaque, ao contrário de outros autores, a importância do afeto da criança no acesso ao pensamento. É a partir de suas primeiras experiências afetivas que ela descobrirá sua aptidão para a comunicação interpessoal e os poderes inerentes, mas também a possibilidade de descentralização com relação às suas próprias experiências egocêntricas. Durante essa fase de experimentação, ao longo da qual as relações com outros seres vivos têm uma contribuição muito rica, a criança testará outras perspectivas sobre o mundo, se transportará para esse mundo e perceberá os objetos de maneira interpessoal. Para que isso aconteça ela acessará a instância de correção que lhe permitirá pela primeira vez³⁸ uma

³⁶E a favor da síntese dos escritos de Piaget e Mead, de Davidson e Freud, ou de Lukacs.

³⁷HONNETH, 2007, p. 61. HONNETH, Axel. *A luta pelo reconhecimento*. Paris: Cerf, 2010, p. 112 *et seq.*

³⁸Nos arredores do 9º mês. (HONNETH, 2010, p. 54)

descentralização com relação ao mundo³⁹. A partir da obra *La société du mépris*, sobre uma entrevista com Olivier Voirol, pudemos avançar no campo do pré-direito, no qual ressurgue a mediação, integrando nesse momento uma parte negligenciada sobre o agir comunicacional: “Acredito que sem formas gestuais, simbólicas e corporais de interação, nossa sociedade não seria capaz de se reproduzir e de forjar uma identidade”⁴⁰. Esse autor critica Habermas, sobre a redução das relações de comunicação à sua expressão de linguagem. Então o que parece particularmente relevante, para compreender as modalidades das interações em jogo na mediação, mostra que as relações de comunicação de uma sociedade são evidentemente muito maiores. A dominação se insinua também por imagens simbólicas e por meios bem mais gestuais que os atos de linguagem da retórica jurídica. O poder oficial se abriga sob os aparatos dos tribunais e das togas dos juízes. A falta de poder do mediador deve ser colocada em cena e nos rituais⁴¹. No papel de leitores de gestos, os mediandos raramente se enganam quando fazem uma análise crítica da neutralidade do direito do Estado.

Ora, é lícito pensar que os conflitos operam por meio de regressões ao período construtor e particularmente vulnerável

³⁹É com base em trabalhos sobre crianças autistas, que Honneth poderá afirmar que a impossível identificação emocional da pessoa escolhida em seu entorno bloqueará a aptidão da criança autista para adotar a perspectiva do outro, necessária para a elaboração do pensamento simbólico; só esse apego lhe permitirá ser motivado e atraído pelo outro de uma tal maneira, que ele possa aproveitar as mudanças de atitude dessa pessoa, dando-lhe sentido e compreendendo-a. Ora, se o jovem autista é cego, não é em razão de um déficit cognitivo, mas porque ele o é emocionalmente. (HONNETH, 2010, p. 58)

⁴⁰HONNETH, Axel. *A sociedade do desprezo*: em direção de uma nova teoria crítica. Tradução de Olivier Voirol, Pierre Rush e Alexandre Dupeyrix. Paris: La Découverte, 2008. p. 162.

⁴¹As audiências nos gabinetes dos juízes são feitas sem toga, mas o ritual linguístico e gestual tem ainda sinais de poder.

de toda primeira infância, o que nos leva à simbiose original⁴² e a conceber que a necessidade do outro é inerente à vida inteira. Um acompanhamento faz-se necessário quando os ajustes entre dependência e autonomia não têm mais espaço. A violência do desprezo, entendida como não reconhecimento, produz problemas de identidade prejudiciais à vida social e à qualidade de vida:

A linguagem está no campo simbólico, o lugar público onde nos encontramos. Ela é até o presente momento o fruto de uma invenção coletiva, da qual nós somos coautores... Ora, assistimos a uma privatização do simbólico, e dos mecanismos de produção e de sua apropriação, o que faz pesar uma ameaça antropológica sobre nossas sociedades⁴³.

A linguagem, o mais comum de todos os bens comuns, e o desafio do agir comunicacional na obra das mediações acusam, também, os compromissos do Estado com suas apropriações acadêmica e técnica.

Da mesma forma, na economia existem outras esferas, além da esfera do mercado financeiro e da especulação monetária, que a ciência do direito e a economia política tentam teorizar⁴⁴. Entre

⁴²SEARLES, Harold. *A contransferência*. Tradução de Brigitte Bost. Paris: Gallimard, 2008, p. 21: “A vida cotidiana de um adulto normal comporta também, entre seus ingredientes mais essenciais, experiências – que são mensuráveis em instantes ou em períodos de vida – de relações simbióticas e de reivindicações”. Segundo o autor, um dos movimentos inerentes ao ser humano seria o de se cuidar e querer salvar seu semelhante, a começar por seus pais, depois seu terapeuta.

⁴³SAGOT-DUVAUROUX, Jean Louis. La gratuité: chemin d’émancipation. In: CAILLÉ, Alain; CHANIAL, Philippe (Dir.). *La gratuité: éloge de l’inestimable*. *Revue do MAUSS*, n. 35, p. 105, 2010. Disponível em: <<http://www.cairn.info/revue-du-mauss-2010-1-p-123.htm>>. Acesso em: 12 jan. 2012.

⁴⁴CAILLÉ Alain; LAVILLE, Jean Louis. Actualité de Karl Polanyi. *Revue du MAUSS: avec Karl Polanyi, contre la société du tout-marchand*, n. 29, p. 80-109, 2007. Disponível em: <<http://www.revuedumauss.com/>>. Acesso em: 12

o Estado e o mercado, outras construções jurídicas emergem com dificuldades. O direito do trabalho, no qual a mediação se insinua mesmo junto aos sindicatos, é o componente emblemático dos efeitos devastadores da reificação das relações sociais em termos de conflitos e de patologias individuais. A mediação e suas práticas estão no meio das lógicas do elo, entre as necessidades de liberdade e de pertencer a um grupo social. Tudo isso produzindo novas competências e permitindo a articulação das lógicas.

2.3 Articular as lógicas

A concretização de instâncias de tomadas de responsabilidades cotidianas de um ideal do direito do homem, o desenvolvimento da circulação dos conhecimentos e seu ponto em comum criaram novos valores, novas expectativas e, portanto, mais complexidades na distribuição dos bens sociais. O controle dessa divisão criou novos desafios para os Estados e suscitou paradoxo em uma pesquisa sobre a democratização da justiça pelas políticas de acesso ao direito, mas também a descoberta da impossibilidade de poder responder às suas próprias expectativas.

Defendendo-se de reduzir as questões normativas relativas à ordem social e à questão da justiça, Axel Honneth insiste sobre o fato de que uma sociedade pode falhar em sua capacidade de assegurar aos seus membros as condições de terem uma vida bem-sucedida: “Descrevo como patologias sociais as deficiências sociais geradas no seio de uma sociedade, que não resultam de uma violação dos princípios de justiça comumente aceitos, mas de

jan. 2012; POLANYI, Karl. Le sophisme économiciste. *Revue du MAUSS*: avec Karl Polanyi, contre la société du tout-marchand, n. 29, p. 63-69, 2007. Disponível em: <<http://www.revuedumauss.com/>>. Acesso em: 12 jan. 2012; SEN, 2009.

danos às condições sociais de autorrealização individual”⁴⁵. Assim, somente quando as pessoas são efetivamente reconhecidas⁴⁶ como portadoras de necessidades afetivas, como sujeitos iguais numa comunidade jurídica a quem se direcionam os direitos, e, enfim, como capazes de contribuir com a reprodução da vida em comum é que se pode falar de bem-estar, de autorrealização e de capacitação⁴⁷. O Estado só pode contribuir parcialmente com cada uma dessas funções. Os procedimentos de mediação insistem particularmente sobre a participação cidadã na elaboração do direito comum.

A expressão “patologia do social”, por melhor que seja, questiona a forma de medir e avaliar os bens necessários, cuja ausência é prejudicial de maneira variável, segundo cada tipo de sociedade ou mesmo de esfera da justiça.

A lógica do processo tem também seus limites. O aumento de vítimas no local dos julgamentos jurídicos e penais, por exemplo, permitiu medir o perigo potencial onde se façam presentes simultaneamente o autor e a vítima, pois grande é o risco de haver violência em cascatas: umas sociais, outras mais especificamente institucionais.

O risco de escalonamento de solicitações concorrentes diante de um desejo de reconhecimento infinito teve, sem dúvida, por corolário uma liminar para a conciliação, em face do litígio amigável, em vez de uma pesquisa de eficiência e de adequação menos acessível, contudo mais adequadas. Por isso a teoria do reconhecimento, que observa, analisa e anota a mudança da

⁴⁵HONNETH, 2010, p. 35.

⁴⁶Em direito tal como aqui concebido.

⁴⁷A tradução francesa dos termos inglês *empowerment* e espanhol *empoderamiento*, focados em relações de poder, são encontrados nas obras de Amartya Sen (SEN, 2009) e de Martha Nussbaum. Eles aparecem no campo da pesquisa-ação, supõem uma busca de soluções que não substitui os atores, mas os autoriza a pensar e a praticar o direito por eles mesmos.

sociedade e da expressão dos desejos legítimos, que fazem disso a vitalidade, tem necessidade de conceitualização, mas também de instâncias de justiça para enquadrar nesse espaço a *ubris*.

A justiça, confiando ao advogado o cuidado para distinguir fatos pertinentes e irrelevantes do litígio, privou algumas vezes o cliente de falar em público, de expressar seu sofrimento e sua necessidade de um acompanhamento que poucos advogados sabem ou desejam oferecer. A indenização, tomando lugar da reparação simbólica, a linguagem da honra e da dignidade, foi, apesar do sucesso desse último conceito, relegada à classificação dos valores feudais. Uma das contribuições da teoria crítica revisitada por Axel Honneth, foi a de colocar em destaque a dimensão do conflito, escapando aos interesses econômicos. Ele reúne neste ponto os trabalhos do movimento antiutilitarista em ciências sociais. Ele segue o caminho que vai permitir levar o conflito ao descumprimento das regras implícitas de reconhecimento mútuo, sem fechá-las nos únicos termos da concorrência pelos meios da existência, dos interesses de classes e das relações de direito⁴⁸.

De acordo com Alain Caillé, responsável pelas teorias acima resumidas, a luta pelo reconhecimento implicaria, necessariamente, o dom: “A teoria do homem em busca do reconhecimento tem todas as condições de se revelar idêntica à teoria daquele que dá, do homem que entra no ciclo do dar para receber, devolver”⁴⁹. Ora, as instituições do Estado são dependentes da ideia universal, conforme evidencia energicamente Shmuel Trigano:

No reconhecimento existe um desconhecimento fundamental e excludente: o reconhecimento visa a exclusão

⁴⁸Por uma demonstração exaustiva e crítica, cf. NICÁCIO, 2012, p. 346 *et seq.*

⁴⁹CAILLÉ, Alain. Introdução. In: _____ (Dir.). *A busca do reconhecimento: novo fenômeno social total*. Paris: Biblioteca do MAUSS, 2007. p. 14. (Col. La Découverte. Textos de apoio).

da singularidade no alinhamento sobre a totalidade (uma inclusão exclusiva). É sobre essa exclusão que se fundamenta o universal... Ela deixa também fora o singular, cujo status desde então existe sem ser reconhecido, sem poder ser recolocado num sistema, sem poder ser codificado: no reconhecimento, o singular está voltado para ser externo (encerrado), objetivado a ponto de tornar-se obscuro, mas sem poder ser visto, obsessivo, fonte de fantasmas. O singular é o fantasma de universal⁵⁰.

O ser humano em singularidade é inacessível para ele mesmo. Por isso, a frustração e o sentimento de injustiça que irão esbarrar com o universo das expectativas do jurisdicionado poderiam aumentar o conflito e acirrá-lo quanto ao sentimento de injustiça. Compreende-se, então, que o interessado está mais bem capacitado que qualquer outro para formular suas reivindicações legítimas após ter colocado seus desejos em “exame”; um mecanismo mais aberto no universo das possibilidades favorecerá seu acompanhamento. É a aposta que a sociedade civil faz sobre a mediação considerando a jurisdição à parte.

3 A CONTRIBUIÇÃO DA MEDIAÇÃO NA CONCEITUAÇÃO DO DIREITO

A Mediação foi construída como um contraparádigma à sombra, mas na esteira do Direito, tal como ele evolui na sociedade francesa: uma escolha de direito entre outras possíveis. Segundo uma ideia concebida⁵¹ e do ponto de vista de nossa

⁵⁰TRIGANO, Shmuel. Qui reconnaît-on? L'identité dans la reconnaissance In: CAILLÉ, Alain. (Dir.). *La quête de reconnaissance: nouveau phénomène social total*. Paris: La Découverte, 2007. p. 150-151.

⁵¹As linhas que seguem foram retiradas de um grupo de reflexão orientado por Camila Nicácio para e com os doutorandos da Escola Doutoral de Direito Comparado de Paris 1, em 2011. Sobre o tema: Ideias recebidas: a mediação.

tradição jurídica, a Mediação é cronicamente reduzida a uma de suas práticas e qualificada de modo alternativo como reguladora de conflitos⁵². Essa categoria, constantemente criticada no “mundo da mediação” só se dá conta dessa percepção através do prisma do julgamento (ou adjudicação), e não dá o real valor à potencialidade do conceito. É através da maneira de atuar que a *Jurisdictio* e Mediação aparecem como dois opostos complementares (3.1) que participam da produção do direito conjugado no plural (3.2).

3.1 Opostos complementares

Como abordamos na primeira parte, o objetivo da Mediação é o elo social. Para emergir e explicar as juridicidades concorrentes de pessoas ou de grupos em conflito, os princípios e as regras de gerenciamento das práticas, que diferem radicalmente dos da justiça jurisdicional, estão em ação.

Além da instância ritualizada, orquestrada por um terceiro, permitindo se colocar a certa distância entre pessoas e grupos em conflitos potenciais ou comprovados, é necessário voltar aos gerenciamentos éticos, deontológicos, jurídicos, às práticas de mediação dos conflitos, a fim de distingui-las do julgamento (3.1.1) e levar a Mediação (no sentido do termo) ao cerne de um contraparádigma (3.1.2).

3.1.1 Diferenças éticas, deontológicas e processuais

Mediação e Direito (estatal) baseiam-se em princípios éticos opostos. Os da Mediação puderam ser qualificados como éticos

⁵²Em inglês, *Alternative Dispute Resolution* (ADR).

da solicitude⁵³ (*ethic of care*), ou ética da responsabilidade, face à ética dos direitos (*ethic of rights*)⁵⁴.

Ética da solicitude, acatando como condição natural do homem a interdependência, a relação contextual e a afeição, visa assegurar a capacidade de responder às necessidades concretas e diferentes para cada uma das pessoas em causa, o que permite consolidar os elos que as unem. Em contraste, a ética dos direitos, considerando como condição essencial o estabelecimento e a segurança do homem, a independência, a separação e o contentamento por si mesmo, tenta respeitar os direitos iguais para todos e modelar os direitos concorrentes de forma justa e imparcial, fazendo prevalecer os princípios universalistas da justiça⁵⁵.

Na ética de direito, consideramos aceitáveis não apenas a violência do rito, mas a competição levada ao embate verbal, ocasião em que a violência da comunicação restringe-se aos ritos judiciais, interpretados pelo advogado. No jogo judicial, um ganha e o outro perde, sem haver garantia de que se experimente um sentimento de injustiça⁵⁶. Aparentemente, essa postura está em via de se transformar.

⁵³Jean François Six vê uma figura maternal e materna que não exclui o sacrifício, o heroísmo (grandes mediadores foram assassinados) nem banalização. [Cf. SIX, Jean François. *Os mediadores*. Paris: O Cavaleiro Azul, 2002. p. 72 (Col. Ideias recebidas).]

⁵⁴Gilligan Carol religa essa ética aos atributos da feminilidade e explica sua marginalização. (Cf. GILLIGAN, Carol. *A different voice: psychological theory and women's development*. Cambridge: Mass; Harvard University Press, 1993; NICOLAU, Gilda. Gênero do direito: gênero dos direitos. *Jurisprudência: revista crítica*, Paris, n. 2, p. 27-42, 2011)

⁵⁵KITAMURA, Ichiro. L'avenir de la "justice conciliationnelle". In: MÉLANGES en hommage à François Terré. Paris: Dalloz; PUF; Juriclasseur, 1999, p. 810 (Col. Études, mélanges, travaux).

⁵⁶Esse último é um dos sinais de alarme do desenvolvimento das "patologias do social" segundo a expressão de Axel Honneth *infra*. (Cf. HONNETH, 2010).

No Japão, que avançou sobre nós, ao reintegrar a conciliação ao cerne do julgamento, dará prova de uma boa justiça com uma pesquisa de abertura e de respeito sobre a dignidade de cada um. “O processo e a conciliação se completam como duas bases da justiça civil”⁵⁷. Essa completude coloca a conciliação como complementar ao julgamento numa solução amigável (pontual), em vez de um litígio contencioso. Tanto o legislador japonês quanto o francês tiveram cuidado, com razão, de distinguir mediação de conciliação⁵⁸.

Na França, o conflito familiar acolheu os procedimentos de mediação por iniciativa de juízes de tribunais de apelação, como procedimento separado e prévio ao julgamento. As resistências culturais à mediação persistem tanto do lado dos jurisdicionados como do lado dos profissionais da justiça. Para alguns desses, essa função sem a qual se privaria a parte mais humanista da justiça, caberia em parte, ao magistrado. Reivindicá-la levaria à crítica da burocratização e igualmente das políticas de gestão da instituição de justiça. No entanto, é preciso enfatizar que não se impõe a paz mediante a ameaça da sanção.

Por outro lado, não poderiam existir práticas de mediação pura se os mediandos fossem impedidos de reivindicar seus direitos ou para apoiar suas expectativas.

⁵⁷KITAMURA, 1999, p. 803, 816.

⁵⁸Isso a partir de sua entrada no cenário judicial, por meio da Lei de 8 de fevereiro de 1995 e de seu decreto de aplicação, de 22 de julho de 1996, e doravante na lei e decreto n. 2012-66, de 20 de janeiro de 2012, relativos à resolução amigável dos conflitos feitas por aplicação da *Ordonnance* n. 2.011-1.540 de 16 de novembro de 2011, trazendo a transposição da diretiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2008, sobre certos aspectos da mediação em matéria civil e comercial; igualmente o Decreto n. 2010-1395, de 12 de novembro de 2010, relativo à mediação e à atividade judiciária em matéria familiar. (Cf. FRANÇA. Decreto n. 2010-1395, de 12 de novembro de 2010, relativo à mediação e à atividade judiciária em matéria familiar. *JORF* n. 0265, 16 nov. 2010. Texto n. 59. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000023082541&dateTexte=&categorieLien=id>>. Acesso em: 13 out. 2012)

Por isso, os conflitos aparecem também no seio da sociedade, por causa da liberdade de expressão e da tomada de consciência dos jurisdicionados com relação aos seus direitos; anteriormente esses conflitos eram evitados por medo e pelo risco de rejeição ou de exclusão ou as questões comunitárias de um tecido desintegrado (*sanscouteres*). Mesmo em nível local, as normas de um ou de vários indivíduos podem não estar compatíveis com as que pertencem ao grupo; ou às de uma comunidade ou de um grupo podem não estar conformes com as do grupo dominante ou com as de outro grupo. A lógica jurídica só reconhece os indivíduos e não dispõe de ferramentas para reconhecer as normas concorrentes (exceto para reduzi-las a uma categoria oficial).

Alguns desses conflitos, os mais frequentes, afetam essencialmente a comunicação na sua dimensão cognitiva (percepção diferente da realidade, resultando em ruptura, segredos, rumores). Se as expectativas⁵⁹ ligadas a essas percepções estiverem também apoiadas nas normas jurídicas oficiais, nem todas são coerentes entre si, irão, por vezes, em direções opostas. É pela linguagem que o mediador vai acolher suas divergências como liberdades. É pela avaliação pessoal das necessidades e dos bens sociais circulantes de troca que serão abordadas as relações de internormatividades complexas, por meio das quais cada personalidade se desdobra. Conflitos de valores se imiscuem também no seio de relações não transparentes e de dominação. Dessa forma, principalmente, conflitos relativos a uma divisão de responsabilidades ambíguas, uma incompatibilidades de objetivos, privilégios vivenciados como ilegítimos...

Um trabalho mais aprofundado sobre conflito requereria que sua manifestação fosse prevista ou se tornasse objeto de um

⁵⁹Expectativa de reconhecimento e de manifestação de respeito por um trabalhador, um cônjuge, uma pessoa idosa, uma pessoa formada, uma pessoa pertencente a outra casta... as castas dos juristas sendo muito suscetíveis!

tratamento singular efetivo, levando até o fim impasses lógicos, ressentimentos emocionais e morais, em vez de favorecer seu retrocesso diante do limite imposto pelo juiz. A mediação abre essas possibilidades, como formação contínua à sociabilidade, que chama à responsabilidade formadores e de redes de mediadores. Quanto à questão de saber se as regras éticas que os mediadores utilizam espontaneamente deveriam se apoiar na força do Estado garantidor de um direito à mediação, ou, ao contrário, sobre regras éticas garantindo sua independência, confirmo as proposições de Michèle Guillaume-Hofnung e de Étienne Le Roy, tanto sobre a necessidade de melhor identificar as práticas de mediação de outras modalidades e esferas de conscientização de desacordos, conflitos e litígios quanto sobre a necessidade de evitar a asfixia da mediação num universo normativo pronto a deter sua criatividade⁶⁰.

O julgamento por imposição de um valor ou de uma norma *standard* distancia a possibilidade de analisar esse conflito, o qual passará a ser considerado concluído. A mobilização da norma jurídica pelo reclamante ou acusador lhe permitirá regular o litígio mediante a imposição de uma norma dominante, o que não significa que ela seja eficaz – do ponto de vista do cuidado com o elo social – e por um regulamento pontual sobre uma situação não negociável e de alto risco. No entanto, mesmo em direito penal, onde não há negociação, a mediação permite iniciar e implementar um processo ao longo do tempo, tendo em vista um trabalho de desvinculação, de libertação, de culpabilidade, de superação do trauma e de uma

⁶⁰GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. A emergência da exigência deontológica ou a prova pela deontologia: testemunho de uma pioneira: a deontologia garante a qualidade e a identidade da mediação. In: MRAD, Ben; HERVÉ, Marchal; STEBE, Jean Marc (Org.). *Pensar a mediação*. Paris: L'Harmattan, 2008. p. 75-96 (Col. O trabalho social); LE ROY, Étienne. *O jogo das leis: uma antropologia dinâmica do direito*. Paris: LGDJ, 1999. p. 362 (Série antropológica, n. 28).

futura resiliência da vítima. A esse respeito, a Mediação se coloca na categoria da justiça restaurativa ou reparadora. Quanto a isso, é desejável que os procedimentos de mediação sejam igualmente possíveis de acontecer no seio da justiça penal ou nas questões de ordem pública. Esse não é o caso atual das mediações penais francesas ou o é em determinada medida. Isso está intimamente ligado à capacidade do mediador e dos mediados de se liberarem, nesse espaço de tempo, da injunção de resultado e da ameaça adjacente. Essa questão existe em todos os conflitos de normas, dentre as quais a norma estatal é parte interessada. Mesmo nesse caso, a maneira de fazer aceitá-la e o sentido que lhe é dado é que muda. Ainda que presa em um quadro rígido e ameaçada nos seus fundamentos teóricos, a mediação dos conflitos é necessária para acolher os sofrimentos pessoais, colocar a violência e preservar os conflitos futuros. Ela realmente não merece esse título quando é conduzida por um substituto do procurador ou por um de seus delegados. O mediador, não importa o espaço, onde, ou o tempo em que ele atende, deve ser independente de todo tipo de poder e ser capaz de renunciar⁶¹.

Não evitando o dano ocorrido durante sua execução, a mediação se concentra no elo e na sociabilidade, nas pessoas e em suas relações presentes e futuras, além da atuação judiciária, em caso de crime, por exemplo. Existe aí, no espaço-tempo suspenso, uma pesquisa transformadora que trará consequências sobre a execução da pena. Retomei a ideia de que a “mediação penal”⁶² não poderia ser uma mediação, mas a partir de agora estou convencida de que os dois procedimentos, concomitantemente,

⁶¹BEN REHOUMA, Inès. *Le particularisme de la médiation dans les services publics*. 2012. Thèse – Université Paris Sud, Paris, 2012 (Orientador: Michèle Guillaume-Hofnung), n. 61.

⁶²Melhor seria falar sobre mediação em matéria penal diante de um mediador independente e que tenha uma formação séria.

são possíveis (e mesmo desejáveis), a partir do momento em que elas são independentes entre si⁶³.

Assim, a neutralização do princípio de autoridade (não vertical), o cuidado com o elo concreto e a capacidade dos atores de formatarem seus elos presentes e futuros fazem da mediação um contraparádigma.

3.1.2 Mais contraparádigma que alternativa

A Mediação responde à questão particular relativa ao cuidado com o elo (com tudo o que isso envolve na relação consubstancial entre identidade e alteridade). Sua encenação jurídica coloca como princípio inderrogável que o mediador não tome decisão no lugar dos mediandos⁶⁴, impedindo a paralisação de um processo que pode se tornar longo.

O juiz, de acordo com a jurisdição, pode ter uma função social ou econômica mais ou menos marcante, porém que dependa das políticas públicas, as quais são pouco associadas aos jurisdicionados ou aos administrados à elaboração da norma⁶⁵.

⁶³Eu havia defendido, como Étienne Le Roy e outros, a ideia de que a espada de Dâmocles, que constituía a aplicação da sanção penal, em caso de fracasso da mediação (avaliada unilateralmente), trazia prejuízo para a liberdade, indispensável para o prosseguimento e a instauração do processo. [Cf. NICOLAU, Gilda. Sentir o direito, instituir a vida: mediação e esfera judiciária. In: EBERHARD, C.; VERNICOS, G. (Ed.). *A busca antropológica do direito em torno da postura de Étienne Le Roy*. Paris: Karthala, 2006. p. 311-332]

⁶⁴Vários termos designam pessoas em conflito que vieram trabalhar em mediação. *Médiés* têm um caráter passivo que lhe convém colocar à frente a permanência da ação e do trabalho de capacitação que é a obra. *Médiéurs* devolvem aos jogadores as teorias dos jogos. O objetivo da mediação é fazer com que sua independência e sua autoridade para com os *médiants* na gestão de suas diferenças, reflitam sua ação participativa e dinâmica.

⁶⁵Para um testemunho diverso, mas em meu ponto de vista pouco típico, cf. YOUNES, Carole. *Exercer o direito: uma participação com múltiplas vozes*. Neste volume, p. 419-430.

Até mesmo os tribunais de menores, cuja função educativa é assegurada pelas culturas judiciárias e parajudiciárias, continua assimétrica na distribuição dos poderes normativos às famílias.⁶⁶ A captação da palavra e da responsabilidade das crianças resultaria da etimologia *infans*⁶⁷. A decisão do juiz é uma aposta para chegar ao final do uso da medida, mediante um trabalho educativo e uma reautorização simbólica dos pais, somente na finalização dessa decisão. Quando o exame de um conflito está submetido ao juiz, mesmo sendo contencioso, é este que decide em última análise. A formação dos juízes, como os serviços socioeducativos, poderiam ser mais incisivos na distribuição da palavra.

Nessa fase e sem reduzir o direito às normas ou às regras, a legitimidade, mesmo que seja presumida em direito formal oficial, ou em direito material, vai garantir a implementação dos compromissos ou decisões. Um trabalho de explicação da razão de ser da lei e da decisão de justiça, tanto da parte do advogado como da do juiz, pode preencher o espaço entre a tomada de decisão autoritária e adesão à decisão pelo jurisdicionado, mas são reduzidas as chances de acontecerem tais coincidências. As vias de execução do direito e as sanções civis e penais vêm lembrar a relação de forças que orchestra essa inadequação.

A mediação leva a inverter situações e a retomar a questão do direito em sentido inverso. É verdade que a relação de força existe igualmente em mediação, e a violência que pode ser exercida nesse momento não faz, certamente, uma justiça amena. O desafio é outro: um processo que se inicia durante a mediação, ou antes,

⁶⁶Fora das experiências de abertura dos juízes ao intercultural, Jackie Botimela Loteteka. (Cf. LOTETEKKA, Jackie Botimela. *A socialização jurídica dos menores em juízo por um direito de referência: uma experiência de intermediação cultural no tribunal das crianças de Paris*. 2012. Tese. (Doutorado em Antropologia do Direito) – Universidade de Paris, I, Panthéon-Sorbonne, Paris, 2012.

⁶⁷*De In fare*, que não fala.

pode apoiar o tratamento do conflito e se responsabilizar pelo seu resultado. Não se trata de indagar a respeito da impossível verdade, mas de assumir a subjetividade e o afastamento do sujeito. O poder se desloca, a hierarquia das pessoas é exposta, a palavra se libera da violência, da reivindicação e da exigibilidade para facilitar a divisão.

Trata-se, também, de uma pesquisa sobre o direito, uma vez que os questionamentos e os valores sociais são comuns aos protagonistas que os acolhem e os defendem, porque eles se instalaram num conflito. Em termos de comunicação, a mediação permite trabalhar com as representações e se apoia na capacidade de empatia dos mediandos, para aceitar que o outro tenha representações e tolere outros valores.

O julgamento se baseia sobre os fatos objetivados por um discurso e uma lógica formal, momento em que a verificação das provas e a pertinência dos argumentos retóricos (justificações) serão apreciadas e decididas pelo juiz.

Enfim, a mediação se volta para o futuro da(s) relação(ões) dos mediandos, entre eles e com os outros (presentes e futuros); o julgamento sobre os fatos passados só é concernente às pessoas envolvidas no processo.

Mas a escolha entre mediação e julgamento só acontece mediante incertezas, tais como a dificuldade de saber sobre quais critérios serão avaliados o reconhecimento⁶⁸. Na verdade, é mais

⁶⁸A respeito disso, Christophe Dejours adverte sobre o perigo do reconhecimento da pessoa pelo que ela é no trabalho clínico. Para o autor, o reconhecimento esperado no trabalho não é o reconhecimento da pessoa e menos ainda de sua identidade, mas a do seu esforço. Os trabalhadores querem ser reconhecidos pelo que eles fazem, pela sua contribuição, sua cooperação, e é na qualidade destes últimos, e num segundo momento, que este reconhecimento permite realizar-se em si mesmo. (Cf. DEJOURS, Christophe. *Psychanalyse et psychodynamique du travail: ambiguïté de la reconnaissance*. In: CAILLÉ, Alain. *La quête de reconnaissance: nouveau phénomène social total*. Paris: La Découverte, 2007, p. 66)

fácil julgar atos que a essência das pessoas. Da mesma forma, deixando de julgar a sinceridade de um pedido de perdão ou de reconhecimento de erros, a indenização pecuniária apresenta a vantagem da resolução do dano ser feita por meio do bem mais neutro. Pode-se, ainda, deixar o dinheiro falar mais alto!

É certo que o valor da dignidade humana se fez presente no horizonte dividido pelas visões inestimável e inderrogável, porém ele apresenta o inconveniente de se abrir a pedidos infinitos e contraditórios, bem como a limites indecentes. Esses obstáculos que destacam tanto as patologias individuais como as sociais não devem mascarar um desafio crucial e subversivo da mediação, que é a passagem do monismo para assumir o pluralismo jurídico.

As teorias do pluralismo jurídico em antropologia do direito conheceram várias fases e configurações relativas aos objetos de estudos. Assim, os estudos pós-coloniais e particularmente os centrados no direito dos povos autóctones estão mais concentrados nas relações holísticas entre o Estado, representando o poder dominante, e as chamadas minorias, algumas vezes mais importantes em número que a população dominante. É, no entanto, em apoio a esses estudos, quando as diferenças e referências jurídicas de uma parte e de outra apelavam para um tratamento particular, que surgiu uma teoria do pluralismo mais radical. Antes de ser uma ideologia ou uma transformação política e jurídica operada em consequência disso, trata-se de uma mudança de foco para apreender as coisas. Robert Vachon recorre ao termo “Mito” ou “Mitos”⁶⁹. Essa

⁶⁹“Por pluralismo, compreendo também essa atitude humana fundamental que é criticamente consciente cada vez mais a) de irreducibilidade factual (logo de incompatibilidade) dos diferentes sistemas humanos que procuram deixar a realidade inteligível, e b) a radical ausência de necessidade para reduzir a realidade a um só centro de inteligibilidade: ele torna também desnecessária uma decisão absoluta favorável a um sistema humano particular, com valor universal, ou mesmo um ser supremo”. (VACHON, Robert. O mito emergente do pluralismo e do interculturalismo da realidade. In: SEMINÁRIO

postura de mito ou mitos, que ele considera emergente em nossa consciência, sem que tenhamos extraído todas as consequências, encontra eco no conceito do paradigma, tal qual emerge do pensamento dialógico de Edgar Morin⁷⁰. É assim que Denys de Béchillon se refere ao sujeito dos paradigmas jurídicos: “Certos paradigmas devem mudar pela necessidade de se ir de um universo a outro, de uma cultura a outra, de uma época a outra, até quando eles organizam as formas de conceber e de apreender a norma e a normatividade”⁷¹. Os paradigmas governam não apenas a atividade científica, conforme designava Thomas Kuhn, mas o conjunto de atividades do pensamento. Destaco alguns caracteres evidenciados por Edgar Morin que são transpostos à coexistência da lógica jurisdicional e à da Mediação:

O paradigma dispõe de um princípio de exclusão: o paradigma exclui não apenas dados enunciados e ideias que não lhe estão conformes, mas também problemas que ele não reconhece... Exclui o que não existe, o paradigma o deixa cego... O paradigma nunca é formulado como tal; ele só existe nas suas manifestações⁷².

PLURALISMO E SOCIEDADE: discursos alternativos para a cultura dominante. Instituto Cultural de Montréal, 15 fev. 1997. Disponível em: <<http://www.dhdi.free.fr/recherches/horizonsinterculturels/articles/vachonpluralism.htm>>. Acesso em: 2 out. 2012)

⁷⁰MORIN, Edgar. *O método IV: as ideias, seu habitat, sua vida, seus costumes, sua organização*. Paris: Seuil, 1991. p. 213: “O paradigma contém, para qualquer discurso sob seu domínio, os conceitos fundamentais ou as categorias amantes da inteligibilidade, ao mesmo tempo em que o tipo de relações lógicas de atração/repulsa (conjunção, disjunção, implicação e demais) entre outros conceitos e categorias. Desse modo, os indivíduos conhecem, pensam e agem segundo os paradigmas culturais inscritos neles.”

⁷¹DE BÉCHILLON, Denys. *O que é uma regra do direito?* Paris: Odile Jacob, 1997. p. 113.

⁷²MORIN, 1991, p. 217-318.

Articular a consciência pluralista com a verificação da existência de visões do mundo e de paradigmas irreduzíveis entre si, mesmo nas configurações mais próximas, permite à mediação poder denunciar processos totalitários.

A intolerância de um sistema que domina os paradigmas concorrentes conduz à proibição ou ao reconhecimento controlado pela redução dos mistérios de sua lógica. Os conceitos e ordens normativos concorrentes estão constituídos em categorias distintas, inferiorizadas e subjugadas pelo controle unívoco de sua legitimidade⁷³.

Assim, como veremos, se for admitido que a criação do direito se faz inevitavelmente dentro, mas também fora, do Estado, é isolando e monopolizando esse corpo de normas que nomeamos jurídicos, que ele assenta sua soberania. Ele tem necessidade de englobar as normas produzidas fora dele, deixando-se instrumentalizar quando houver necessidade (na medida em que se possa escrever um conceito), pois o domínio das normas lhe permite otimizar o controle político do corpo social.

Estamos, então, entre Mediação e Direito do Estado, entre visões opostas de mundo e de ideologias que resultam em produções reais. Assim, por exemplo, nosso direito, mesmo o civil, é um direito do inimigo, o que exclui do seu campo, as regras sutis de amizade, de associação (*ad-sociation*)⁷⁴ e de aliança de seu domínio. As declarações dos direitos de vocação universal, sob a aparência de “hinos da felicidade⁷⁵”, colocam na

⁷³Princípio de englobamento do contrário livre. (Cf. DUMONT, Louis. *Essais sur l'individualisme: une perspective anthropologique sur l'idéologie moderne* Paris: Seuil, 1983. p. 121 *et seq.*)

⁷⁴Recorte feito por Alain Caillé, provavelmente para distinguir a aliança concreta, criadora de obrigação até o infinito e o contrato de associação da Lei de 1901.

⁷⁵EDELMANN, Bernard. O inimigo nas declarações sobre os direitos do homem. *Direitos*: revista francesa de teoria jurídica, França, v. 16, 1993.

realidade, em dia, a existência de um inimigo. Para as sociedades ocidentais, esse inimigo pode ser o Estado em si mesmo ou o perigo do totalitarismo por ele representado. Afirmar alto e em bom som que o homem “nasceu livre” serve, antes de tudo, para dar limites ao poder estatal. A natureza foi chamada para auxiliar o indivíduo contra o Estado e o poder conferido às instituições que o personificam. Desse contexto, ressalta-se uma lógica antagonista, pouco participativa, pouco protetora das questões emocionais e dos relacionamentos constituídos pelo ser humano.

Se uma definição do direito do Estado apresenta, seguramente, numerosas vantagens em termos de coerência interna do sistema estatal e de fundação do ideal igualitário, o direito não pode se limitar às produções das instituições do Estado, à sua delegação ou mesmo ao seu reconhecimento. Isso levaria a esquecer, por exemplo, que a invenção do Estado só tem continuidade na sua aceção formal, enquanto a instituição cotidiana das normas resulta dessa mistura da qual os cidadãos participam não apenas para mobilizar as instituições públicas e, assim instrumentalizar o modelo com a finalidade de se apropriar de uma parte do poder do Estado, mas igualmente não fazê-lo, quando a lei (que não será mobilizada) for totalmente inadequada.

As teorias do pluralismo jurídico procuram descrever a impossível e perigosa saturação do campo jurídico pelo Estado e a mediação se desdobra nos interstícios relacionais do direito à pluralidade.

4 DO DIREITO À PLURALIDADE

Sem questionar a realidade do Direito na vida dos cidadãos e dos jurisdicionados, as teorias do pluralismo jurídico propõem partir de práticas e de experiências dos atores, operando, assim, uma desconstrução do direito e uma concepção menos

antropomórfica do Estado. Elas se apegam mais aos produtos de culturas institucionais, com ênfase ou não no Estado.

A mediação se impõe como instância de expressão de um pluralismo de fenômenos de direito percebidos no seio de uma pluralidade de cenas da justiça (4.1). Ela atua no cerne do pluralismo radical (4.2.).

4.1 Pluralismo dos fenômenos de direito, pluralidade das cenas da justiça

As pesquisas em antropologia do direito têm sempre partido de juristas, antropólogos e sociólogos. Notaremos que os trabalhos dessa área dependem tanto da cultura jurídica dos pesquisadores como da abrangência jurídica estudada, de onde partem as diferenças do vocabulário utilizado e a necessidade de pesquisar equivalentes conceituais. No entanto, se bem que a abordagem do direito pareça explicar uma produção mais importante de trabalhos nos países anglo-saxões, o conflito parece o início de uma escolha para chegar ao conceito de Direito em geral. É, com efeito, por meio dos conflitos que se manifesta a pertinência social do Direito⁷⁶ e se medem suas atualizações.

Longe de se limitar à intermediação dos conflitos, as mediações mais recentes participam do arranjo internormativo diário. Essa observação das coisas dá uma percepção dinâmica, que falta ao normativismo, ao menos na sua versão teorizada. Com efeito, desde que não vemos mais a norma como uma expressão de exegética da lei ou do texto, mas como fruto do encontro entre

⁷⁶Em sentido contrário e para uma oposição entre direito e mediação, cf. GORCHS, Béatrice. La médiation dans le procès civil: sens et contresens. Essai de mise en perspective du conflit et du litige. *Revue Trimestrielle de Droit Civil* (RTDCiv), Paris, n. 3, p. 409-425, jul./set. 2003. O autor coloca a mediação no não direito e chega às mesmas conclusões.

os componentes da realidade e os discursos que dela resultam e a constituem de forma reflexiva no cerne do projeto comum, reintroduzimos o ator no direito como intérprete criativo da divisão.

A mediação permite, assim, um direito endógeno, partindo do local, impulsionando um movimento de atuação na mudança, visando apaziguar o contexto relacional.

Priorizando o trabalho sobre as expectativas, ela permite o desarmamento de uma cultura jurídica centrada na ofensiva e na defensiva, propícia à emergência de um direito maleável e flexível, expressões de sua plasticidade e, portanto, sanções exógenas inúteis, se a apropriação do direito está na ação.

A juridicidade da norma não supõe, necessariamente, que ela seja imposta aos destinatários, nem que venha ou seja levada em transcendência, nem que ela lhe seja estranha a esses destinatários. A etnologia e a antropologia abundam em exemplos em que o bem social é distribuído da maneira a mais variável possível, ao tempo em que essas distribuições obedecem à ideia de que a cultura em destaque se faça por meio da justiça ou do bem comum. Em nossas sociedades, a jurisdicionalização crescente das instâncias de socialização vai, principalmente, ao encontro desse esforço cívico.

No entanto, a eventualidade da resposta judiciária de uma decisão imposta e de uma possível sanção é também um convite, seja à prevenção da realização do conflito⁷⁷, seja ao tratamento de conflitos fora de uma cena que confisque os procedimentos. “Se pudessemos atribuir ao direito certa eficácia fora da articulação dos interesses litigiosos, seria precisamente para evitar conflitos, pela possibilidade que ele oferece às pessoas de reclamar em

⁷⁷Qual modo de solução é o mais comum e o mais caro?

juízo a respeito do processo que se encontra em atraso”⁷⁸. Triste concepção da justiça oficial, que só tem como mérito demonstrar a permanência do pluralismo jurídico. O efeito preventivo da eventualidade da intervenção na justiça foi apresentado por Doyen Carbonnier como um critério da juridicidade mais seguro que o da sanção. Se a prevenção do processo pôde ser justificada igualmente pelo cálculo aleatório do Judiciário, bem como pelos limites do direito oficial em termos de prescrição da ação ou do direito da prova, principalmente, isso não expurgou o conflito latente ou reprimido. Nesse caso ou ele foi bem tratado em outro lugar ou nossa sociedade está bem doente!

Voltar à necessidade de uma teoria de igualdade complexa em matéria de justiça parece-me uma resposta adequada diante de algumas incertezas sobre o reconhecimento, dentre as quais relacionamos as dificuldades relativas à identificação e à satisfação das necessidades humanas, além do caráter cultural. Michael Walzer propõe, a exemplo de Marcel Mauss, uma teoria da circulação dos bens sociais, e retira das sociedades complexas modernas as esferas de justiça próprias a essas sociedades. Ele pesquisa como coexistem diferentes formas de referências a bens sociais e a seus valores, em função das esferas da justiça, onde esses bens se desdobram e dependem igualmente dos modos de distribuição das lógicas distintas⁷⁹. Enfim, ele destaca o perigo

⁷⁸ VOLKMAR, Gessner. Conflito. In: ARNAUD, André-Jean *et al.* (Ed.). *Dicionário enciclopédico de teoria e sociologia do direito*. 2. ed. Paris: LGDJ, 1993.

⁷⁹ Cf. WALZER, Michael. *Esferas da justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade*. Tradução de Pascal Engel. Paris: Seuil, 1997 (Col. A cor das ideias). O autor examina três princípios de distribuição: o livre comércio, o mérito e a necessidade (p. 46-53). Para um tratamento a partir do reconhecimento, cf. BOLTANSKI, Luc; THÉVENOT, Laurent. *Da justificação: as economias da grandeza*. Paris: Gallimard, 1991, p. 200 *et seq.* Igualmente, FRASER, Nancy. *O que é justiça social: reconhecimento e redistribuição*. Paris: La Découverte, 2005 (Textos de apoio).

que consiste em tratar determinados bens em esferas diferentes, o que consistiria afirmar, segundo Axel Honneth, tratar-se de “patologias do social”⁸⁰. Pelo fato de esses conflitos procederem de uma avalanche em termos de avaliação, de uma esfera a outra, reajustes podem ser realizados por pesquisa de qualificação sobre o que é mais importante para cada um.

A mediação se fundamenta na ideia de competência em matéria de justiça, que vai permitir aos (principais) interessados, pelos jogos e atos de linguagem e de negociação do sentido, reajustes sobre seus conflitos de valores, indecisões e escolha de mudança. O conflito com outrem pode significar um conflito consigo mesmo. Numa jurisdição, o princípio reitor⁸¹, percebemos, encerra o objeto do pedido e não deixa às partes outra saída a não ser retirarem-se totalmente. Ele ignora, por exemplo, o fato de que um conflito pessoal e relacional pode se esconder ou se travestir sob o viés de um conflito por interesses econômicos. Pagar se torna uma expressão de vingança particular assistida algumas vezes pela autoridade pública que participa da reificação.

A socialização das pessoas nas sociedades complexas baseia-se na aquisição de conhecimentos das regras (do jogo e fora dele) e códigos de condutas específicos para diferentes áreas ou cidades nas quais figuram como partes interessadas. Numa sociedade moderna, onde o jogo oficial é agenciado sob o conceito do Estado, o direito oficial é objeto de estudo dos juristas, que,

⁸⁰HONNETH, Axel. *A sociedade do desprezo: em direção a uma nova teoria crítica*. Paris: La Découverte, 2006. p. 39 *et seq.*

⁸¹Princípio reitor do processo civil segundo o qual o juiz deve se pronunciar sobre tudo o que é perguntado e somente sobre o que é perguntado. Por outro lado, o juiz é impedido de fundamentar sua decisão sobre fatos que não estão em debate (no momento da pergunta). Os procedimentos de mediação permitem, ao contrário, acolher novas perguntas, abandonando as antigas que se tornaram irrelevantes.

apesar disso, concebem que a realidade se reduz a um modelo único, visando, com isso, levá-lo ao cerne da regra geral; a questão do conflito faz aparecer a alternativa de dirigir ao modelo oficial (pelo julgamento) ou acompanhar e apoiar as pessoas, quando elas não conseguem isso sem o auxílio de um terceiro, pesquisar e determinar espontaneamente o sentido de suas ações.

Nesse ponto, faz-se presente a diferença entre mediação judicial e mediação extrajudicial (nomeada pelas regras deontológicas ou éticas). Para a primeira, o direito oficial formal, escrito, se impõe em nome dos direitos que não seriam negociáveis (em direito penal, do trabalho, por exemplo, onde ela pode ser interdita⁸²). A ordem pública, nesse caso, é a expressão do monopólio da soberania do Estado, que vai se opor a uma escolha livre do direito aplicado. Enquadradas de maneira mais flexível, as mediações não institucionais serão mais arriscadas quanto mais criativas e potencialmente transformadoras, sujeitas à qualidade dos mediadores. Para convencer, finalmente, os céticos sobre o fato de que o direito mais instituído é onipresente, convém lembrar que a mediação considerada na esfera deste artigo se desenvolve, na França e em alguns países da Europa, de maneira um pouco diferente da processada nos países anglo-saxões, inclinando-se ao sistema do direito estatal. Isso significa que as pessoas que procuram a mediação são adultos instruídos, que falam a linguagem do direito oficial e que são contra a violência dessa linguagem e a belicosidade dos procedimentos judiciais, ou a maneira como eles são instrumentalizados para fins agonísticos, procedimentos que entram na mediação. Porque renunciariam eles às vantagens oferecidas pelo direito oficial se não fosse por questão de preferência?

É por isso, exceto para anular imediatamente os efeitos potenciais, que entrar na mediação e dela sair só pode ser feito

⁸²A menos que a norma não negociável não deva ser lembrada obrigatoriamente pelo mediador, o que não é definido legalmente.

livremente, e já existe uma norma que retira a indispensável força institucional da ação do dom como oferta da sociedade. Apesar disso, a liberdade só valeria se existisse, anteriormente, um direito colocado para consagrá-la, mesmo que vazio, e direitos para realizá-la. A instituição do procedimento de dupla convocação foi experimentada, a princípio, na jurisdição. Apesar do infeliz termo convocação, ela convida as “partes”⁸³, bem antes da convocação da audiência principal, a participar de uma entrevista informativa sobre mediação, que pode dar certo ou não. É uma articulação considerada oportuna pelas esferas da justiça. Após uma seleção de processos “justiciáveis” (da mediação, árdua para o pessoal do Judiciário), daria a impressão que essa opção poderia se generalizar. Desta vez foi a lei que fez a mediação entre duas cenas da justiça. O pluralismo radical aumentou ainda mais o espectro das possibilidades, até produzir o direito espontâneo.

4.2 A mediação no centro do pluralismo radical

A teoria do pluralismo radical coloca o indivíduo no centro dos itinerários possíveis e balizados pelas normas gerais ou regras de conduta; estas últimas estão definidas no seio dos universos partilhados pelas pessoas. Segundo a última definição de pluralismo, de Jacques Vanderlinden, é a partir da pessoa (ou do ator) quando ele faz uma escolha entre diversas normas e ordens aplicáveis à sua condição, que, em última instância, há espaço para identificar a situação do pluralismo jurídico⁸⁴.

⁸³Esses são os termos das cartas de notificação de audiência enviadas para os advogados.

⁸⁴VANDERLINDEN, Jacques. Na direção de uma nova concepção do pluralismo jurídico. *Revista de Pesquisa Jurídica: direito prospectivo*, v. 2, p. 573-583, 1993; _____. Trinta anos de longa caminhada na via do pluralismo jurídico. *Cadernos de Antropologia do Direito: os pluralismos jurídicos*, p. 31 *et seq.*, 2003.

De acordo com Sébastien Grenier Lebel⁸⁵, seguindo Roderick Alexander MacDonald⁸⁶, as normas de direito (reconhecidas e aceitas por instituições estatais e delegadas) e as normas alternativas ou concorrentes, apresentam apenas diferenças formais e se sobrepõem aos fenômenos comparáveis in loco. Partindo da ideia do caráter complexo e relacional do direito, Sébastien Grenier Lebel exclui a dicotomia entre direito e sujeito do direito. Ele os considera como indissociáveis para a concretização do direito no todo. O ponto de partida do pluralismo radical está no indivíduo considerado tanto sujeito dos encontros como do diálogo. Visto como hipótese, ou “[...] teoria que permite imaginar o real de acordo com os valores a que nós aderimos”⁸⁷ Roderick A. MacDonald afirma que o indivíduo é caracterizado pelos pertencimentos (*appartenances*) múltiplos e complexos e que a personalidade não pode ser reduzida a uma realidade subjetiva. Ora, o Estado reduz a pessoa à sua inscrição no sistema formal produzido por suas instituições, na qual ela se torna o destinatário

⁸⁵LEBEL, Sébastien Grenier. Por um pluralismo jurídico radical. 2002. 384 f. Tese (Doutorado) – Université McGill, Montreal, 2002. Disponível em: <digitool.library.mcgill.ca:thesisfile38448.pdf>. Acesso em: 2 out. 2012.

⁸⁶MACDONALD, Roderick, A.; MCMORROW, Thomas. Criticallegalpluralism as a construction of normativity and the emergence of law. In: LAJOIE, A.; MCDONALD, R.A.; JANDA, R.; ROCHER, G. (Coord.). *Théories et émergence du droit: pluralisme, surdétermination et effectivité*. Bruxelles: Thémis; Bruylant, 1998, p. 9-24; MACDONALD, Roderick, A.; SAVOIE, Pierre-Olivier. Une phénoménologie des modes alternatifs de résolution des conflits: résultats, processus et symbolisme. In: EBERHARD, C.; VERNICOS, G. (Ed.) *La quête anthropologique du droit*. Paris: Karthala, 2006. p 275-296. Disponível em: <books.google.com.br/books?isbn=281114093X>. Acesso em: 15 out. 2012.

⁸⁷MCDONALD, Roderick Alexander. A hipótese do pluralismo jurídico nas sociedades democráticas avançadas. *RDUS* n. 33, 2002-2003. Disponível em: <http://www.usherbrooke.ca/droit/fileadmin/sites/droit/documents/RDUS/volume_33/33-12-macdonald.pdf>. Acesso em: 2 out. 2012.

obrigado mais frequentemente que o ator. Se esse “sujeito do direito” é bom em “direito comum”, o autor da ação na justiça nunca domina a separação.

Ao contrário, reconhecendo um poder e uma legitimidade nos sujeitos de direito, Roderick Mac Donald conclui que

a problemática fundamental do direito contemporâneo se situa no nível da mediação das normas, dos procedimentos e das instituições de diversas ordens jurídicas que os cidadãos e cidadãs reconhecem (e criam) para si mesmos e para si mesmas⁸⁸.

Não saberíamos, contudo, no caso de empresa, negligenciar sua dificuldade e sua falta de equilíbrio, na verdade, o sentimento de ruptura ou de deslocamento. Nas transições dos paradigmas jurídicos, coexistirão, cada vez mais, o jogo de valores e de referências que produzirão desacordos e ensejarão articulações sutis. As funções do “mediador-geral” atrairiam aperfeiçoamentos ao sistema.

Assim, os sociólogos do MAUSS têm insistido mais sobre os dons produtores de sentido e de elos que sobre os dons doentios⁸⁹ ou sobre os desafios do poder. É preciso crer que esse cuidado foi direcionado aos juristas e, mais recentemente, aos *psys* (que se dizem normativos). Aos primeiros, cabe o cuidado de enquadrar as expectativas sociais e de articular a distribuição delas, bem como estabelecer limites à culpabilidade moral infinita; aos segundos, cabe sondar com o paciente o inverso da razão e da consciência,

⁸⁸MCDONALD, 2002-2003.

⁸⁹Pensaremos nos dons doentios, colocando as pessoas nas relações de dependência patológica, nas violências institucionais difusas, no assédio no trabalho, mas também nos dons agnósticos, quando a competição não é nem escolhida nem assumida.

onde vão se esconder os recalques e as explosões internas. Assim, cada um dos mediandos está no meio da organização normativa, algumas vezes contraditória. Arbitragens pessoais estão constantemente em ação no seio do processo prático da mediação, cuja oralidade do procedimento e a explicitação dos apoios ao conflito visam suplantar a complexidade. A passagem à escritura dos engajamentos feitos participa dessa maiêutica, deixando sempre aberta a possibilidade de mobilizar a lógica dos direitos diante de outra instância. Assim, sem entrar no campo de competências que não é o meu, mas que leva psicólogos e psicanalistas a oferecerem seus pareceres em mediação, não se pode negligenciar a função estruturante e possuidora de interesses. Algumas carências e certos traumas causam patologias mentais que deixariam as pessoas inaptas à empatia ou à culpabilidade, sentimentos necessários a uma vida social normal. Esses, sem dúvidas, teriam fabricado uma arte de manipulação e talvez um prazer incomensurável⁹⁰. Permitir ao seu contratante obrigado pelo direito trabalhista, o do casamento ou mesmo o dos contratos em geral, a ter consciência de que as obrigações recíprocas não irão mais longe e ultrapassar um impossível reconhecimento positivo permite retornar à justiça oficial de forma mais serena. É também reconhecer a aspiração legítima de se colocar fora da esfera econômica irreal e desencantada, e uma incitação para reconhecer na mediação um direito fundamental (que se refere à liberdade de acesso à mediação como parte da expressão das liberdades que ela deverá gerar). Novas configurações estão em ação, as quais serão examinadas em termos da complexidade de direitos e conflitos.

⁹⁰Cf. HIRIGOYEN, Marie-France. *O assédio moral: a violência perversa no cotidiano*. Paris: Pocket 2000; _____. *Abuso de fraqueza e outras manipulações*. Paris: Lattès, 2012.

5 A MEDIAÇÃO COMO ABERTURA PARA A COMPLEXIDADE DOS CONFLITOS

Os conflitos pessoais ou grupais, entendidos como conflitos de relações não requerem os mesmos dispositivos de tratamento segundo seu objetivo principal (a distinguir de seus fatores desencadeadores) e segundo as relações anteriores dos participantes⁹¹. Ao conflito complexo, que implica várias esferas de justiça no interior das quais o valor de referência de uma esfera pode ser muito diferente da outra, corresponderá um procedimento de mediação complexo. Isso, em particular, quando os valores inconciliáveis tendem a radicalizá-lo.

Deduz-se, então, que a referência à lei levando o conflito a normas preestabelecidas reduz consideravelmente o campo de atuação do litígio. É além do direito positivo preestabelecido, que está em ação, que se encontra a organização normativa mais complexa. Essa diferença de graus tem por corolário a escolha de outra maneira de chegar à resolução antes que à regulação do conflito, assim como a outras posturas. Haverá oportunidade, para melhor identificar os diversos tipos de tratamentos aqui enumerados, para fazer uma distinção entre litígio e conflito, o que é uma das principais contribuições do olhar distanciado da mediação não institucional para o direito (5.1). “Bem nomear para bem fazer”: a fórmula convida a um retorno ao sentido dos termos que acaba de traçar a marca específica da palavra mediação ao lado de outros modos de tratamento jurídico do conflito (5.2).

5.1 O conflito além do litígio

Admite-se que o conflito abrange um campo bem mais vasto que sua tradução eventual e, então, sua redução, num

⁹¹As ações no contexto de uma relação emocional “afetam” mais.

foco particular, num determinado momento, se transforma em litígio. Trata-se, neste caso, de responder a uma questão de direito que se refere a respostas predeterminadas. A pertinência da predeterminação só se viabiliza de maneira interpretativa. Da mesma forma, se as duas operações – tratar o conflito e depois abordar a questão dos direitos – podem decorrer uma da outra (o tratamento dos conflitos facilitando a via do tratamento dos litígios), elas podem ficar estranhas entre si. Esse primeiro cenário conta muito na imagem instrumental da mediação como um meio de desobstruir o calendário jurisdicional. Existe, então, uma diferença lógica, essencial, a via do litígio, solicitando a adesão do jurisdicionado a certa norma interpretada de acordo com uma certa cultura jurisdicional. A margem de esforço para que sua causa seja ouvida é a mesma de um juiz para recebê-la. A esse respeito, o julgamento com equidade é explícito. Existe aí um elemento novo, cujo nome não pode ser revelado, num sistema que nega o pluralismo jurídico, acreditando resolver a pluralidade (das situações, dos interesses) colocando tudo numa única forma. Não há espaço em jurisdição para um conflito de normas⁹² que não seja reconduzido, seja ao princípio hierárquico, seja dos instrumentos de tratamento das antinomias em direito (a exceção confirma a regra, a regra especial derroga a regra geral, a nova lei revoga a antiga...)⁹³. Uma jurisdição trata dos conflitos de interesses⁹⁴ com base na interpretação de uma norma oficial

⁹²Exceto o tribunal dos conflitos.

⁹³Não nos admiraremos se o termo “mediação” reaparecer em direito do trabalho, nos litígios transfronteiriços, onde o pluralismo é reconhecido; tratar-se-á aqui e principalmente de negociação assistida por um advogado (doravante procedimento participativo) numa disputa (ver acima). Se um terceiro intervém, terá oportunidade de falar de arbitragem praticada por um dos advogados eleitos, ou então de conciliação, se não for tomada uma decisão judicial. (FRANÇA, 2012)

⁹⁴Econômicos ou indenizáveis, ou seja, solúveis no cálculo em dinheiro.

(litígios), mas raramente dos conflitos, cujas lógicas são apoiadas por normas divergentes.

Ora, os conflitos podem apresentar diferenças de estrutura em razão da natureza e da intensidade afetiva e identitária das interações das pessoas em causa. Quando as partes se conhecem muito bem ou há muito tempo, leva-se em consideração um grau elevado de complexidade, mobilizando, provavelmente, várias esferas de justiça e universos disciplinares. Quando as partes têm uma relação mais funcional, ligada aos papéis desempenhados na sociedade, teremos conflitos semicomplexos, enquanto se as pessoas têm apenas um simples contato é provável que a redução do conflito com base na norma comum se resolva com dinheiro, usado como sanção ou compensação. A indenização não é reparação e a reconstrução de um relacionamento é pouco compatível com a disputa e a perda.

Os conflitos complexos apresentam elementos que não são estritamente jurídicos, porém são muito importantes. O tempo do tratamento jurisdicional se opõe quase sempre ao trabalho social extrajurídico. Além disso, a imagem do juiz é alterada pela ideia de que ele poderia realizar um “trabalho social”. Esse “lapso” (*déchéance*) não afetaria a mediação, que é, ao contrário, um trabalho de capacitação, e não de assistência. Por isso, o jurisdicionado é levado a medir suas palavras e a deixar seu advogado, mais experiente em retórica, fazer seu trabalho para ganhar a causa.

A escuta solicitada e organizada pelo mediador, para ser trabalhada entre os mediandos, não tem correspondência judicial. Nada do que for dito poderá ser usado contra o mediando, se isso não for sua confrontação à sua própria violência no surgimento ou no agravamento do conflito. Além disso, a energia do sofrimento (ou do desespero) e o desafio identitário que podem aí ser investidos não devem ser considerados com a distância imposta

ao juiz para que ele fique neutro e use sua disponibilidade pessoal para resolver propostas pouco claras⁹⁵. É nesse momento que a neutralidade do mediador é bem oposta à do juiz. Neutralidade mais afetiva que normativa, ela impede de julgar, de avaliar entre as normas qual a melhor. A neutralidade do juiz é fixada sobre a lei da maioria e do poder.

Assim, ao contrário de uma ideia concebida no universo jurídico, as referências normativas utilizadas na redução do conflito só permitem responder a questões de complexidades reduzidas. Da mesma forma, se uma questão complexa lhe é submetida, o tribunal será obrigado a reconduzi-la e reduzi-la à *ratio legis* imposta, quer dizer, ao objetivo propugnado pelo legislador, nos termos da obrigação de informar por motivação legal.

O trabalho preliminar realizado pelo advogado que separa os fatos relevantes para o litígio de outros inadmissíveis no e pelo sistema (é preciso delimitar o pedido no tribunal numa questão de direito admissível) torna sua presença indispensável na intermediação entre o juiz e o jurisdicionado para a clareza dos debates e para o tempo da justiça (cada vez mais curto). Essa preliminar que pode eventualmente dar sequência a uma primeira tentativa de mediação (pelo advogado) ilustra bem o distanciamento que existe entre a pessoa reconhecida pelo sistema jurídico como representante da sociedade e o ser plural, personificado, aliás, por seus grupos, sua família e seus relacionamentos eletivos. É verdade que os enunciados normativos nunca são redigidos e aplicados de forma rígida a ponto de não poderem ser objeto de uma nova definição ou interpretação, e a jurisprudência nos demonstra isso incessantemente. No entanto, a noção com conteúdo passível de erro é, por si só, reveladora de que uma disposição aberta pode ficar inscrita numa postura julgadora e acusadora. Existe, claro,

⁹⁵E a respeito dos quais pode não haver qualquer simpatia.

mediação na atividade do juiz e do advogado, mas ela é dificultada pela demorada complexidade dos “fatos” reconstruídos pelas necessidades da causa, num sistema de lógica formal e pouco conciliadora. Liberado da obrigação cognitiva e processual, o mediador pode deixar ao mediando o livre acesso à interpretação do desacordo, recolocando essa representação face a face a (ou às) representações concorrente. Para se distinguir de uma justiça privada ou de uma negociação contratual assistida, a atividade de mediação coloca em cena os terceiros ausentes e o mundo comum. Uma das possíveis derivas das práticas resultaria, aliás, desse esquecimento. O diálogo pode, certamente, integrar a norma oficial cuja aplicação é reivindicada, mas o discurso do outro é levado a modificar essa representação. Um significante pode abrigar tal riqueza de sentido!

Essa competência do mediador resulta de uma sábia mistura entre o dom de se calar e de escutar e uma experiência multidisciplinar sobre os ingredientes do conflito, permitindo-lhe orientar os mediandos para um especialista, se for o caso. A preocupação com a formação dos mediadores é, então, essencial para a segurança das práticas e o reconhecimento de sua competência. A necessidade de formação pluridisciplinar não é, todavia o único pré-requisito – longe disso – para a realização de uma mediação no seio de uma instituição estatal.

Como visto, é o direito que limita o campo de ação das instituições públicas. Liberdades públicas e direitos fundamentais não permitem aos agentes do Estado praticar mediações “selvagens”, quer dizer, não solicitadas pelos jurisdicionados, e que acontecem mais no âmbito de uma relação na qual os desafios e os poderes podem entrar em contradição. O juiz, por outro lado, também está num quadro processual e seu poder interpretativo (dos fatos como dos textos) é colocado sobre trilhos estritos que vão dos dispositivos legais que contêm enunciados

normativos precisos e regras e princípios específicos, aos quais ele deve recorrer aos precedentes jurisprudenciais, passando por comentários doutrinários. Ele é igualmente submetido ao direito da prova, que, embora aberto às exceções na presença de determinadas pessoas (*personnes liées*)⁹⁶, se choca com o fato de as pessoas mais próximas não pensarem preliminarmente em constituir provas das quais as testemunhas são partidárias. A isso se junta a formação cada vez mais técnica dos juízes, hábitos profissionais, espírito de corpo, suas escolhas morais e o poder de impor aos litigantes o que determina a lei.

Distinguir conflito e desacordo torna possível reconhecer um pluralismo jurídico subjacente e a parte política das escolhas feitas. Sob a pena dos juristas, a noção de desacordo permite englobar a do conflito e a do litígio, enquanto este termo toma, ao contrário, outro sentido na filosofia da linguagem. Jean-François Lyotard⁹⁷, na sua obra principal, *Le différend*, dá um sentido estrito, retomado por Simona Andrini. A autora distingue cinco sentidos da palavra, de acordo com o objeto do conflito, ao qual o desacordo é suscetível de tratar: um sentido corrente, um sentido político, um sentido em direito internacional público, um sentido jurídico e um sentido filosófico. O primeiro é muito amplo e engloba conflito e litígio. O sentido político, ao contrário, parece levantar a hipótese do pluralismo jurídico. Ele supõe que o objeto sobre o qual recai o desacordo seja insuscetível de regulamento, tomando a base do direito existente (ou oficial?). Ele presume então, que o abandono da pretensão evita o regulamento do conflito, mas não o conflito

⁹⁶Cf. FRANÇA. *Código civil*, art. 1.348. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721&idArticle=LEGIARTI000006438311&dateTexte=20130422>>. Acesso em: 20 ago. 2012.

⁹⁷ANDRINI, Simona. Conflito. In: ARNAUD, André-Jean *et al.* (Ed.). *Dicionário enciclopédico de teoria e sociologia do direito*. 2. ed. Paris: LGDJ, 1993. Nota sobre a disputa.

em si, quer pela aplicação de outro direito, com o risco de criar um conflito de normas, quer pela modificação do direito positivo. Essas diferentes possibilidades são suscetíveis de se encontrar tanto na arbitragem como na mediação. A diferença entre as duas parece segura, se bem que a arbitragem alcança uma solução proposta e validada pelo árbitro escolhido pelas partes, entre seus defensores. Uma cultura de rivalidade e de competição, em vista da defesa de desafio de frágil dimensão pessoal é relativa na esfera do mercado. A lei é mobilizada pela segurança dos bens a serem ganhos. A mediação, comportando os interesses econômicos, está antes de tudo, ligada à socialização e à política. É a diplomacia das pessoas comuns.

O sentido filosófico igualmente descreve uma situação em que o conflito é subtraído do domínio do direito, ou pelo menos do direito invocado por uma das partes, ou que se impõe como oficial. Reunindo as teorias do pluralismo radical, Jean-François Lyotard faz do litígio uma ficção moderna; esta procede da ilusão de um espaço fora da história, da ideologia, espaço que parece pressupor um grande plano da filosofia analítica do século XX. A linguagem (que o direito utiliza) procede antes de tudo do “conflito”: a frase que apresenta a “causa” (que devemos entender aqui no contexto de um processo) é sempre interessada e histórica; ela responde sempre aos imperativos de certa “perspectiva” que irá prejudicar as expectativas que lhe são opostas. Isto toma forma na escrita e no discurso e está ligado a uma história de vida e a um desejo que lhe torna unívoco ou intransigente, às vezes ambivalente, paradoxal. Conectar-se a desejos e a necessidades em mediação supõe não reduzi-los ou resolvê-los, mas alterná-los ou diferenciá-los da realização a fim de ter em conta “a parte do outro” de escutar suas expectativas. E se por sorte as expectativas fossem todas acessíveis? Esse é o ciclo do dom dinamizado pela mediação que vai permitir, inscrevendo a alternância no tempo

público, de inscrever os retornos, de dar, de receber, voltar a dar o reconhecimento do capital simbólico e reinscrevê-lo em um elo social. Outras vezes, as expectativas e solicitações⁹⁸ na presença das partes são inconciliáveis. Não haverá acordo, ou seja, um acordo sobre seu desacordo, logo, não haverá mais conflito.

Não existe plataforma universal na qual poderiam ser tratados todos os assuntos de linguagem. O julgamento só oferece uma das cenas possíveis, bem enquadrada e orientada pelo direito positivo, quer nacional, quer comunitário ou internacional, cena esta fechada à criatividade dos principais interessados.

5.2 Retorno sobre as definições

Parece existir uma fronteira provisoriamente traçada nas modalidades de tratamento do litígio com o estreito enquadramento normativo, nas quais se verifica, de um lado, pelo regulamento amigável, a conciliação submetida à obrigação do compromisso; de outro, o regulamento negociado, colaborador com a transação e a arbitragem, destaca uma competição assumida. Em terceiro lugar distingue-se o julgamento imposto e o adversarial⁹⁹. A prática de mediação dos conflitos no âmbito processual, deliberadamente leves e abertos ao internormativo, distingue-se dos procedimentos precedentes, sendo que a mediação não é um regulamento pontual, e o tempo é sempre insuficiente e limitado para alcançar os resultados almejados. Ela se baseia no desafio inicial de um processo emancipador até seu termo. Por isso é preferível falar sobre regulação de conflitos. A mediação se inscreve numa lógica concreta, não transcendental, por uma só referência *a priori*,

⁹⁸Meia-noite, Paris, 1983.

⁹⁹Uma pergunta pode ser formulada na mediação, porque na hipótese de a gramática da comunicação estar nesse ponto prejudicada, a expectativa supõe a liberdade orientada para dar sem mais ser percebida.

mas instituindo uma forma de opção aberta às solicitações de transformações bem trabalhadas, podendo se prolongar ou findar segundo a vontade de cada participante¹⁰⁰. A mediação do conflito não é, então, redutível à conciliação com a qual ela pode fluir ou não, ou tomar outras vias mais pessoais. Assim, aqueles que homologarem um acordo por negociação assistida facilitada pela mediação, dela já saíram. Às vezes, acontece de somente haver negociação sobre os direitos. Ainda que o conjunto de operações tenha acontecido no mesmo ambiente, não impede que elas sejam distintas. Da mesma forma, a ausência de um acordo não indica necessariamente um fracasso da mediação. Por exemplo, no primeiro caso, a mediação foi seguida de uma negociação assistida, numa esfera de justiça diferente daquela onde o valor do elo predomina, ou onde os mediandos esqueceram o sofrimento causado de sua representação ideal desta relação..

Tratar conflito por um período de tempo isolado da sociedade e de suas contingências funcionais e utilitárias não impede que se volte mais tarde, talvez de outra maneira (embora se possa tomar gosto pela liberdade). Pode acontecer que um dos mediandos esteja tão aliviado e feliz por se sentir liberado de um peso emocional e afetivo insuportável que esteja pronto para negligenciar seus interesses materiais. Daí vem o interesse do advogado, do sindicato

¹⁰⁰O árbitro dando uma sentença arbitral é uma instância judicial, se bem que ela homologue uma solução negociada. Colocaremos à parte os julgamentos e ordens dados pelos juizes da infância, que na vanguarda são sempre considerados pesquisadores da adesão dos jurisdicionados em suas decisões. (TERRÉ, François. *L'effectivité des décisions de justice: rapport de synthèse*. Paris: Travaux de l'Association Henri Capitant, t. 36, 1985. p. 24). Outra vertente da mediação na justiça é tratada em NICOLAU Gilda; BARANGER, Thierry. *A criança e seu juiz: a justiça de menores no cotidiano*. Paris: Hachette, 2008.; NICOLAU, Gilda; PIGNARRE, Geneviève; LAFAGUE, Régis. *Etnologia jurídica em torno de três exercícios*. Paris: Dalloz, 2007, p. 150-159 (Col. Métodos do direito); ATTIAS, Dominique. Advogado e mediação. Neste volume, p. 411-417.

ou do juiz que cuidarão para que uma das partes não abandone seus direitos sob o efeito da emoção ou o faça com conhecimento de causa após ter sido aconselhado.

Proponho, inspirando-me em numerosas e pertinentes definições (principalmente centradas na prática da mediação), entender o conceito de Mediação como a re-dinamização da criação, da restauração, do tratamento das comunicações social e interpessoal eventualmente assistida por um terceiro, legitimado por seus mediandos, mas sem poder decisório¹⁰¹. Tal processo resulta de uma atividade linguística e se baseia nos atos de linguagem (orquestrados por um terceiro), levando à responsabilidade e ao poder de decisão dos participantes, tendo em vista a preocupação com o elo social¹⁰². Essa atividade, que pode ter momentos de silêncio e de mensagens implícitas, baseia-se na confiança do mediador ou na aposta que ele faz da capacidade dos protagonistas ouvirem e encontrarem soluções, e na coragem e na energia que eles usarão para suplantar suas emoções e seus medos. Como prova da confiança na comunicação, o mediador, como um analista, usa seu tempo para ouvir e acatar suas próprias introspecções e emoções negativas.

¹⁰¹A mediação judiciária, ao contrário, pode dar fim à solicitação do juiz a qualquer momento “[...] quando o bom desenvolvimento da mediação aparece comprometido” (art. L 131-10 do Código de Processo Civil) e, nessa hipótese, ele elimina o litígio por meio de uma decisão. (Cf. FRANÇA. Código de processo civil, art. L131-10. *JORF* 9 dez. 1975. Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?sessionId=FA9DE3B73C6161877C6AFFCD F8A55711.tpdjo12v_1?idSectionTA=LEGISCTA000006117227&cidTexte=L EGITEXT000006070716&dateTexte=vig>. Acesso em: 15 nov. 2012)

¹⁰²O acordo para considerar que o mediador é um terceiro, não é unânime. Assim, segundo alguns, é a norma ou as normas que fazem a mediação, ou então ela é a própria relação, o elo existente entre dois para reaproximar ou separar. Isso não parece impedir que o mediador seja um terceiro, mas que seja somente ele que faça a mediação. Eu acho que ele contribui para o apoio que oferece aos mediandos para criar o elo ou restaurá-lo. Por conseguinte o termo mediador deve ser mudado.

Reencontramos outros sinais nessa proposição tipicamente humanista, nas propostas evidenciadas por Camila Nicácio:

Três características fundamentais da mediação se agregam, então, a esta que se baseia sobre manutenção/cuidado com os elos já identificados na literatura, a saber: a não verticalização da intervenção, extensão do espaço da retórica considerado possível pelas trocas e aberturas para a internormatividade mediante o uso de vários substratos normativos, compreendendo eventualmente, o direito estatal¹⁰³.

Subscrevo este último passo que assume abertamente o pluralismo jurídico e a transformação paradigmática da ação em matéria de justiça.

6 CONCLUSÃO

Em definitivo os mediandos colocam de maneira espontânea e implícita três bases do cenário jurídico: a liberdade de negociar o sentido partindo de uma atividade de linguagem, a expulsão da dominação tanto dos mediandos como do mediador e a preocupação com o elo, além de outros interesses. Isso supõe que os desafios de direito sejam diferidos e surjam no momento

¹⁰³Entre as frequentes citações de Guillaume-Hofnung: “Um processo de comunicação ética baseando-se sobre a responsabilidade e a autonomia dos participantes, dentre os quais um terceiro, imparcial, sem poder decisório ou consultivo, com a única autoridade que lhe reconhecem os mediandos *médiateurs*, favorece, por meio de entrevistas confidenciais, o estabelecimento, o restabelecimento do elo social, a prevenção ou a resolução da situação em causa”. [GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. *La médiation*. 3. ed. Paris: Presses Universitaires de France; PUF; 2005. p. 71 (Col. Que sais-je?)] Cf. igualmente, SIX, Jean-François. *O tempo dos mediadores*. Paris: Seuil, 1990. p. 164.

da tomada de uma decisão que será apenas consequência dessa fase, o que leva a refletir sobre outra concepção de agir sobre os interesses e outras maneiras de tratá-la.

É uma pena que a falta de cuidado com o elo social contribua para um movimento de desordem voltado para um método de justiça desprezado por causa da inveja. Em lugar de reduzi-lo a uma solução alternativa e acessória ou a um meio de desobstruir os tribunais, ao contrário, é preciso parabenizar por ver a mediação se desenvolver no meio institucional, tanto pelas proteções que isso oferece ao jurisdicionado como pela abertura e oxigênio que ela leva às expressões cotidianas da democracia contemporânea.

As práticas de mediação entraram em cena num primeiro momento, à parte das esferas públicas e judiciárias, e contra todas as resistências, e contribuem cada vez mais para a realização dos direitos fundamentais. A saída para uma forma de direito mais institucional, ou não, está aberta.

A liberdade de sair da mediação, ou de seguir em conciliação ou em jurisdição, deve ser reconhecida da mesma forma como foi para a entrada. Diante de meu questionamento sobre a homologação dos acordos feitos na mediação, magistrados que fazem avaliação das mediações realizadas (podemos ir fazer mediação sem que ela aconteça) respondem: nós não as vemos. Quantitativamente, as questões de acordo e de homologação são poucas (uma avaliação quantitativa julgada moderada), enquanto a avaliação qualitativa é muito boa. Reconhecer o outro na sua diferença e na sua liberdade de pensar não exige que se dividam suas ideias e seus valores; é até mesmo o lado menos romântico da mediação, porém o mais democrático. Compreender seu desentendimento é dividir mais serenamente a competição aceita e assumida. Mas pode-se igualmente fazer uma avaliação do que foi colocado em comum e, talvez, algum dia mudar a maneira de ver as coisas espontaneamente.

A saída da mediação e de sua causa é objeto fundamental de estudo. Em todo caso, o tratamento do litígio será facilitado pelo abandono da perfeição, pela aspiração do “tudo”¹⁰⁴ ou nada, que a mediação terá permitido trabalhar visando a uma saída do conflito por uma via *sui generis*.

A saída pelo direito oficial pode ser feita, a partir de agora, com o advogado na esfera do procedimento participativo, previsto pelo Decreto de 20 de janeiro de 2012¹⁰⁵. Ela existia de fato, mas o decreto acima referido permite, agora, melhor distinguir os lugares e os papéis do mediador e do advogado.

O pluralismo jurídico em ação na busca do melhor dos direitos, ou pelo menos os mais adequados à situação em questão, encontra suas fontes tanto em novos ideais como em tradições jurídicas laicas e religiosas. A antropologia do direito convida para conhecer tanto suas riquezas e suas fraquezas por meio dos atos de refundação permanentes quanto para as festas do espírito.

Quanto a esses, mediandos, advogados ou mesmo juízes que não se reveem nunca mais, eu faço uma aposta de que os encontramos na fila dos mediadores.

**Between mediation and law: elements of a new legal
rationale**

Abstract: Various movements in civil society, identified in mediation, initially came about as a reaction against the social exclusion of certain groups of the population. Emphasizing

¹⁰⁴Cf. NICÁCIO, 2012, p. 8.

¹⁰⁵FRANÇA. Decreto n. 2012-66, de 20 de janeiro de 2012, relativo à resolução amigável de conflitos. Texto n. 9. *JORF* n. 19, 22 jan 2012. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000025179010&dateTexte&categorieLien=id>>. Acesso em: 15 dez. 2012.

the social bond, mediation allows for the resumption of the idea of interdependence in human relations and revisit the way institutions that call themselves democratic think about solidarity and redistribution and put them into action. Based on the theory of the gift, developed by the Anti-utilitarian Movement in Social Sciences, this paper raises the hypothesis that mediation is at the heart of three distinct domains: State, market, and sociability. Mediation intercedes in the mishaps of sociability and in real relationships, when the parties have multiple affiliations, and participates in various social groups and, therefore, several regulatory referents. If rights produced by the State or the market, because of its sophistication, require the experience and assistance of experts, the law of interpersonal relationships calls for dependency or the need for full and complete participation in the construction of the collective project. Thus, mediation practices aim at the emergence of hidden expectations, in view of the accountability of conflicts that occurs in circulating communication, allowing for the preparation of links and social spaces in other scales of magnitude.

Keywords: Mediation. Theory of the gift. Anti-utilitarian Movement in the Social Sciences (MAUSS).

REFERÊNCIAS

ANDRINI, Simona. Conflito. In: ARNAUD, André-Jean *et al.* (Ed.). *Dicionário enciclopédico de teoria e sociologia do direito*. 2. ed. Paris: LGDJ, 1993.

BEN REHOUMA, Inès. *Le particularisme de la médiation dans les services publics*. 2012. Thèse – Université Paris Sud, Paris, 2012 (Orientador: Michèle Guillaume- Hofnung).

BOLTANSKI, Luc; THÉVENOT, Laurent. *Da justificação: as economias da grandeza*. Paris: Gallimard, 1991.

BONAFÉ-SCHMITT, Jean Pierre. Dossiê da mediação: apresentação. *Direito e Sociedade*, Paris, n. 29, 1995. Disponível em: <<http://www.reds.msh-paris.fr/publications/revue/html/ds029/ds029-01.htm>>. Acesso em: 12 dez. 2012.

CAILLÉ Alain. *Antropologia do dom*. Paris: La Découverte, 2007.

CAILLÉ Alain; LAVILLE, Jean Louis. Actualité de Karl Polanyi. *Revue du MAUSS*: avec Karl Polanyi, contre la société du tout-marchand, n. 29, p. 80-109, 2007. Disponível em: <<http://www.revuedumauss.com/>>. Acesso em: 12 jan. 2012.

CAILLÉ, Alain. *Dom, interesse e desinteresse*: Bourdieu, Mauss, Platão e alguns outros. Paris: La Découverte, 2005.

CAILLÉ, Alain. Introdução. In: _____ (Dir.). *A busca do reconhecimento: novo fenômeno social total*. Paris: Biblioteca do MAUSS, 2007 (Col. La Découverte. Textos de apoio).

COLÓQUIO REVISITAR AS RELAÇÕES ENTRE JUSTIÇA ESTATAL E MEDIAÇÃO, organizado pelo Laboratório de Antropologia Jurídica de Paris (LAPJ). 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.

DE BÉCHILLON, Denys. La gratuité dans le doute. . In: MELANGES: Paul Amselek. Bruxelas: Bruylant, 2005

DE BÉCHILLON, Denys. *O que é uma regra do direito?* Paris: Odile Jacob, 1997.

DEJOURS, Christophe. Psychanalyse et psychodynamique du travail: ambigüité de la reconnaissance. In: CAILLÉ, Alain. *La quête de reconnaissance: nouveau phénomène social total*. Paris: La Découverte, 2007. p. 58-70.

DERRIDA, Jacques. *Dar o tempo*. Paris: Galilée, 1991. t. 1.

DOUGLAS, Mary. *Não existe dom gratuito: como pensam as instituições*. Paris: La Découverte, 2004.

DUMONT, Louis. *Essais sur l'individualisme: une perspective anthropologique sur l'idéologie moderne* Paris: Seuil, 1983.

EDELMANN, Bernard. O inimigo nas declarações sobre os direitos do homem. *Direitos*: revista francesa de teoria jurídica, França, v. 16, p. 119-120, 1993.

FAGET, Jacques. *Mediações*: as oficinas silenciosas da democracia. Toulouse: Trajets Èrès, 2010.

FAJET, Jacques. A dupla vida da mediação. *Direito e Sociedade*, Paris, n. 29, 1995. Disponível em: <<http://www.reds.msh-paris.fr/publications/revue/html/ds029/ds029-03.htm>>. Acesso em: 12 dez. 2012.

FRANÇA. *Código civil*, art. 1.121. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721&idArticle=LEGIARTI000006436160&dateTexte=20130413>>. Acesso em: 15 mar. 2012.

FRANÇA. *Código civil*, art. 1.348. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721&idArticle=LEGIARTI000006438311&dateTexte=20130422>>. Acesso em: 20 ago. 2012.

FRANÇA. Código de processo civil, art. L131-10. *JORF* 9 dez. 1975. Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?jsessionid=FA9DE3B73C6161877C6AFFCDF8A55711.tpdjo12v_1?idSectionT A=LEGISCTA000006117227&cidTexte=LEGITEXT000006070716&dateTexte=vig>. Acesso em: 15 nov. 2012.

FRANÇA. Decreto n. 2010-1395, de 12 de novembro de 2010, relativo à mediação e à atividade judiciária em matéria familiar. *JORF* n. 0265, 16 nov. 2010. Texto n. 59. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000023082541&dateTexte=&categorieLien=id>>. Acesso em: 13 out. 2012.

FRANÇA. Decreto n. 2012-66, de 20 de janeiro de 2012, relativo à resolução amigável de conflitos. *JORF* n. 19, 22 jan. 2012. Texto n. 9. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000025179010&dateTexte&categorieLien=id>>. Acesso em: 15 dez. 2012.

FRASER, Nancy. *O que é justiça social*: reconhecimento e redistribuição. Paris: La Découverte, 2005 (Textos de apoio).

GILLIGAN, Carol. *A different voice: psychological theory and women's development*. Cambridge: Mass; Harvard University Press, 1993.

GODBOUT, Jacques T. *O espírito do dom*. Paris: La Découverte, 1992.

GORCHS, Béatrice. La médiation dans le procès civil: sens et contresens. Essai de mise en perspective du conflit et du litige. *Revue Trimestrielle de Droit Civil* (RTDCiv), Paris, n. 3, p. 409-425, jul./set. 2003.

GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. A emergência da exigência deontológica ou a prova pela deontologia: testemunho de uma pioneira : a deontologia garante a qualidade e a identidade da mediação. In: MRAD, Ben; HERVÉ, Marchal; STEBE, Jean Marc (Org.). *Pensar a mediação*. Paris: L'Harmattan, 2008. p. 75-96 (Col. O trabalho social).

GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. *La médiation*. 3. ed. Paris: Presses Universitaires de France; PUF; 2005 (Col. Que sais-je?)

HIRIGOYEN, Marie-France. *Abuso de fraqueza e outras manipulações*. Paris: Lattès, 2012.

HIRIGOYEN, Marie-France. *O assédio moral: a violência perversa no cotidiano*. Paris: Pocket 2000.

HONNETH, Axel. *A luta pelo reconhecimento*. Paris: Cerf, 2010.

HONNETH, Axel. *A reificação: pequeno tratado da teoria crítica*. Paris: Galimard, 2007 (Col. NRF ensaios).

HONNETH, Axel. *A sociedade do desprezo: em direção de uma nova teoria crítica*. Tradução de Olivier Voirol, Pierre Rush e Alexandre Dupeyrix. Paris: La Découverte, 2008.

JEULAND, Emmanuel. O enigma do elo do direito. *Revue Trimestrielle de Droit Civil* (RTDCiv), Paris, p. 455-474, 2003.

KITAMURA, Ichiro. L'avenir de la "justice conciliatoire". In: MÉLANGES em hommage à François Terré. Paris: Dalloz; PUF; Juriclasseur, 1999 (Col. Études, mélanges, travaux).

LE ROY, Étienne. *A mediação: modo de usar*. Disponível em: <<http://www.reds.msh-paris.fr/publications/revue/html/ds029/ds029-04.htm>>. Acesso em: 12 dez. 2012.

LE ROY, Étienne. *O jogo das leis: uma antropologia dinâmica do direito*. Paris: LGDJ, 1999 (Série antropológica, n. 28).

LEBEL, Sébastien Grenier. Por um pluralismo jurídico radical. 2002. 384 f. Tese (Doutorado) – Université McGill, Montreal, 2002. Disponível em: <digitool.library.mcgill.ca/thesisfile38448.pdf>. Acesso em: 2 out. 2012.

LOTETEKKA, Jackie Botimela. A socialização jurídica dos menores em juízo por um direito de referência: uma experiência de intermediação cultural no tribunal das crianças de Paris. 2012. Tese. (Doutorado em Antropologia do Direito) – Universidade de Paris, I, Panthéon-Sorbonne, Paris, 2012.

MACDONALD, Roderick, A.; MCMORROW, Thomas. Criticalllegalpluralism as a construction of normativity and the emergence of law. In: LAJOIE, A.; MCDONALD, R. A.; JANDA, R.; ROCHER, G. (Coord.). *Théories et émergence du droit: pluralisme, surdétermination et effectivité*. Bruxelles: Thémis; Bruylant, 1998, p. 9-24.

MACDONALD, Roderick, A.; SAVOIE, Pierre-Olivier. Une phénoménologie des modes alternatifs de résolution des conflits: résultats, processus et symbolisme. In: EBERHARD, C.; VERNICOS, G. (Ed.) *La quête anthropologique du droit*. Paris: Karthala, 2006. p 275-296. Disponível em: <books.google.com.br/books?isbn=281114093X>. Acesso em: 15 out. 2012.

MCDONALD, Roderick Alexander. A hipótese do pluralismo jurídico nas sociedades democráticas avançadas. *RDUS*, n. 33, 2002-2003. Disponível em: <http://www.usherbrooke.ca/droit/fileadmin/sites/droit/documents/RDUS/volume_33/33-12-macdonald.pdf>. Acesso em: 2 out. 2012.

MORIN, Edgar. *O método IV: as ideias, seu habitat, sua vida, seus costumes, sua organização*. Paris: Seuil, 1991.

NADER, Laura. Harmonia coerciva: a economia política dos modelos políticos. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, n. 26, out. 1994.

NICÁCIO, Camila Silva. *Mediação e emergência do direito: por um paradigma da complexidade jurídica*. 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Paris 1, 2012 (Orientadora: Gilda Nicolau).

NICOLAU Gilda; BARANGER, Thierry. *A criança e seu juiz: a justiça de menores no cotidiano*. Paris: Hachette, 2008.

NICOLAU, Gilda. Gênero do direito: gênero dos direitos. *Jurisprudência: revista crítica*, Paris, n. 2, p. 27-42, 2011.

NICOLAU, Gilda. Sentir o direito, instituir a vida: mediação e esfera judiciária. In: EBERHARD, C.; VERNICOS, G. (Ed.). *A busca antropológica do direito em torno da postura de Étienne Le Roy*. Paris: Karthala, 2006. p. 311-332.

NICOLAU, Gilda; PIGNARRE, Geneviève; LAFAGUE, Régis. *Etnologia jurídica em torno de três exercícios*. Paris: Dalloz, 2007, p. 150-159 (Col. Métodos do direito).

PIGNARRE. Geneviève. A redescoberta da obrigação de *praestare*: para uma releitura de alguns artigos do código civil. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Paris, n. 1, p. 41-76, jan./mar. 2001.

PIGNARRE, Geneviève. Sobre a justiça social: de Nancy Fraser a Axel Honneth. *Jurisprudence: revista crítica*, Chambéry, n. 3, dez. 2012.

POLANYI, Karl. O sofismo economicista. *Revue du MAUSS*: avec Karl Polanyi, contre la société du tout-marchand, n. 29, 2007. Disponível em: <<http://www.revuedumauss.com/>>. Acesso em: 12 jan. 2012.

REVUE TRIMESTRIELLE DE DROIT CIVIL, p. 41-76, jan./mar. 2001.

SAGOT-DUVAUROUX, Jean Louis. La gratuité: chemin d'émancipation. In: CAILLÉ, Alian; CHANIAL, Philippe (Dir.). *La gratuité: éloge de l'inestimable*. *Revue do MAUSS*, n. 35, p. 123-134, 2010. Disponível em: <<http://www.cairn.info/revue-du-mauss-2010-1-p-123.htm>>. Acesso em: 12 jan. 2012.

SEARLES, Harold. *A contranferência*. Tradução de Brigitte Bost. Paris: Gallimard, 2008.

SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Paris: Flammarion, 2009.

SIX, Jean François. *Os mediadores*. Paris: O Cavaleiro Azul, 2002. (Col. Ideias recebidas)

SIX, Jean-François. *O tempo dos mediadores*. Paris: Seuil, 1990. p. 164.

TERRÉ, François. *L'effectivité des décisions de justice: rapport de synthèse*. Paris: Travaux de l'Association Henri Capitant, t. 36, 1985.

TESTART, Alain. *Crítica do dom: ensaio sobre a circulação não negociável*. Paris: Syllepses, 2006 (Col. Matériologiques).

TRIGANO, Shmuel. Qui reconnaît-on? L'identité dans la reconnaissance
In: CAILLÉ, Alain. (Dir.). *La quête de reconnaissance: nouveau phénomène social total*. Paris: La Découverte, 2007.

VACHON, Robert. O mito emergente do pluralismo e do interculturalismo da realidade. In: SEMINÁRIO PLURALISMO E SOCIEDADE: discursos alternativos para a cultura dominante. Instituto Cultural de Montréal, 15 fev. 1997. Disponível em: <<http://www.dhdi.free.fr/recherches/horizonsinterculturels/articles/vachonpluralism.htm>>. Acesso em: 2 out. 2012.

VANDERLINDEN, Jacques. Na direção de uma nova concepção do pluralismo jurídico. *Revista de Pesquisa Jurídica: direito prospectivo*, v. 2, p. 573-583, 1993.

VANDERLINDEN, Jacques. Trinta anos de longa caminhada na via do pluralismo jurídico. *Cadernos de Antropologia do Direito: os pluralismos jurídicos*, 2003.

VOLKMAR, Gessner. Conflito. In: ARNAUD, André-Jean *et al.* (Ed.). *Dicionário enciclopédico de teoria e sociologia do direito*. 2. ed. Paris: LGDJ, 1993.

WALZER, Michael. *Esferas da justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade*. Tradução de Pascal Engel. Paris: Seuil, 1997 (Col. A cor das ideias).

Enviado em 24 de setembro de 2012.

Aceito em 22 de novembro de 2012.