V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS II

MARIA LÍRIDA CALOU DE ARAÚJO E MENDONÇA

HUGO BARONE

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

F724
Formas consensuais de solução de conflitos II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/ Unisinos/URI/UFSM /Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: Hugo Barone, Maria Lírida Calou De Araújo e Mendonça – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-262-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Formas consensuais. 3. Solução de conflitos. I . Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS II

Apresentação

Este livro, na forma de coletânea, se inclui nos objetivos do CONPEDI de publicar os trabalhos apresentados durante os encontros e congressos do Conselho que buscam o desenvolvimento e a integração da pesquisa nas várias áreas da ciência jurídica.

O encontro ocorreu em Montevidéu – Uruguai de 8 a 10 de setembro do corrente ano de 2016 constituindo-se no V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI promovido pelo Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI em conjunto com a Faculdade de Direito da Universidade da República do Uruguai, e foi a primeira ação internacional do CONPEDI na América Latina que contou com a ainda com a parceria de seis instituições brasileiras como da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - Unisinos, Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI, Universidade Federal de Santa Maria - UFSM, Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, Universidade de Passo Fundo - UPF e Universidade Federal do Rio Grande - FURG.

O encontro de Montevidéu foi o quinto encontro de nível internacional do CONPEDI que então passou a assumir novo "compromisso de oportunizar espaço de integração entre as diferentes linhas de pesquisa da Pós-Graduação stricto sensu em Direito, dessa vez brasileiro e latino-americano, num intercâmbio estratégico que aproxima distintas comunidades acadêmicas e potencializa o desenvolvimento dos programas de mestrado e doutorado como um todo.

Coordenou-se o GT 8 sobre as formas consensuais de solução de conflitos que nos últimos anos, por meio da Conciliação e da Mediação que têm sido destacados como importantes instrumentos para solução rápida e pacífica dos conflitos, quer na área judicial, quer na esfera extrajudicial. O atual Código de Processo Civil Brasileiro indica a sólida utilização da solução consensual dos conflitos (art. 3°, §2°), fomentando a cultura do empoderamento das partes como caminho para a concretização do direito fundamental de acesso à justiça.

Os trabalhos ali apresentados e os debates por eles gerados foram de alto nível, tanto de pesquisadores brasileiros como dos uruguaios. Constatou-se que o tema, no Uruguai, já alcançou um patamar melhor de desenvolvimento. Os trabalhos apresentados foram:

A MEDIAÇÃO COMO FERRAMENTA A SER UTILIZADA PELA AMÉRICA LATINA NA GOVERNANÇA SUSTENTÁVEL DOS CONFLITOS AMBIENTAIS: MARCO NORMATIVO DO BRASIL, de Simone Alves Cardoso, Adriana Machado Yaghsisian;

A CONCILIAÇÃO NAS DEMANDAS ESTATAIS COMO ALTERNATIVA PARA A ECONOMIA NO PROCESSO À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL de Fernando Machado de Souza, Eduardo Augusto Salomão Cambi;

A MEDIAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E SUA APLICAÇÃO ENQUANTO ALTERNATIVA E EMPODERAMENTO DO CIDADÃO PERANTE A VIOLÊNCIA SIMBÓLICA JUDICIAL de Carlos Eduardo Silva e Souza, Vivian Gerstler Zalcman:

JUSTIÇA RESTAURATIVA NO JUIZADO DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DE PORTO ALEGRE: CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES de Maria Angélica dos Santos Leal, Daniel Silva Achutti;

MEDIAÇÃO – UM MECANISMO FACILITADOR NA GARANTIA E RECONQUISTA DO DIREITO FUNDAMENTAL À CONVIVÊNCIA FAMILIAR de Dauquiria de Melo Ferreira;

MEDIAÇÃO E DEFENSORIA PÚBLICA: PACIFICAÇÃO SOCIAL E DISCURSO DIALÓGICO. A RUPTURA DE PARADIGMAS. De Gisele Santos Fernandes Góes, Luana Rochelly Miranda Lima Pereira;

Espera-se que a coletânea seja lida pela pesquisadores da área e que produza bons frutos para ou autores e os leitores.

Montevideo, Uruguai, 10 de setembro de 2016.

Profª Dra. Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça - UNIFOR –Brasil

Prof° Dr. Hugo Barani - UDELAR – Uruguai

OS FUNDAMENTOS TEÓRICOS DA MEDIAÇÃO DE CONFLITOS: UM DIÁLOGO COM O POSITIVISMO JURÍDICO DE HANS KELSEN

THE THEORETICAL FOUNDATIONS OF CONFLICT MEDIATION: A DIALOGUE WITH LEGAL POSITIVISM OF HANS KELSEN

Tássio Túlio Braz Bezerra [1]
Romulo Rhemo Palitot Braga [2]

Resumo

O presente trabalho articula um debate entre a mediação de conflitos e o positivismo jurídico, tendo por objeto de investigação verificar quais os fundamentos teóricos do positivismo jurídico que legitimam a mediação de conflitos? A pesquisa se justifica pela atualidade do debate e o significativo estímulo da jurisdição estatal à mediação e seu relativamente recente desenvolvimento teórico. O objetivo principal da pesquisa é tentar encontrar no positivismo jurídico fundamentos teóricos comuns à mediação. Para tanto, o trabalho desenvolverá um estudo comparativo entre elementos da mediação e do positivismo jurídico, a partir dos aportes teóricos de Hans Kelsen.

Palavras-chave: Mediação, Direito, Positivismo jurídico, Autonomia

Abstract/Resumen/Résumé

This paper articulates a debate between conflict mediation and legal positivism, with the research object verify what the theoretical foundations of legal positivism that legitimate conflict mediation? The research is justified by the debate's actuality and the significant incentive of the state jurisdiction to contemporary resumption of the mediation, and its relatively recent theoretical development. The main objective of the research is trying to find in the legal positivism common theoretical foundations for mediation. To this end, the work will develop a comparative study between elements of mediation and the legal positivism, from the theoretical contributions of Hans Kelsen.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Mediation, Right, Legal positivism, Autonomy

[1] Doutorando em Ciências Jurídicas pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da UFPB. Professor Mestre do Curso de Direito da Faculdade Maurício de Nassau. Pesquisa financiada pelo Projeto CNJ-Acadêmico/UFPB/UNIPÊ.

[2] Doutor em Direito pela Universitat de València. Coordenador do Mestrado em Direito e Desenvolvimento do UNIPÊ. Professor de Direito do UNIPÊ e da UFPB. Coordenador do Projeto CNJ-Acadêmico/UFPB/UNIPÊ, entidade financiadora.

1 INTRODUÇÃO

A retomada contemporânea dos métodos alternativos de resolução de conflitos em geral, e da mediação em particular, é fenômeno que guarda relação direta com a atual crise da atividade jurisdicional do Estado. Assim, dado que a mediação tem recebido significativo estímulo do Poder Judiciário, faz-se necessário analisar com melhor atenção a relação entre a mediação e o positivismo jurídico, tema central deste trabalho.

A presente pesquisa se justifica pela atualidade do debate em torno da prática da mediação no Brasil, especialmente em decorrência da Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, que instituiu a política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário. O avanço dos marcos normativos da mediação foi acompanhado pela Lei n.º 13.140/15, que regula a mediação entre particulares e dentro da administração pública, e do destacado papel atribuído à mediação no novo CPC, além de tantas outras iniciativas legislativas.

Nessa perspectiva, o trabalho tem como objeto de investigação responder ao seguinte problema: *quais os fundamentos teóricos do positivismo jurídico que legitimam a mediação de conflitos?*

O trabalho desenvolverá um estudo comparativo entre os fundamentos teóricos da mediação e do positivismo jurídico. No entanto, apesar de o positivismo jurídico possuir pressupostos teóricos comuns, não se trata de uma corrente uníssona. Assim, será privilegiado o diálogo com as perspectivas teóricas de um de seus mais destacados representantes, o jurista austríaco Hans Kelsen, a partir de diálogo especial com a obra ¿Qué és justicia?.

Feitas essas considerações, este artigo tem como objetivo principal analisar a relação entre a mediação e o positivismo jurídico, a partir dos aportes teóricos Hans Kelsen, de modo a tentar encontrar no positivismo jurídico fundamentos teóricos comuns à mediação.

Desse modo, o trabalho tem como objetivos: i) realizar uma análise do contexto histórico e teórico da retomada contemporânea dos métodos alternativos, em especial da mediação; ii) desenvolver o debate presente no direito moderno sobre os meios legítimos e os fins justos, apresentando a dicotomia direito e justiça, bem como a relação entre direito e violência, a partir da utilização dos aportes teóricos do positivismo jurídico; e iii) analisar mediação, a partir de uma de suas principais dimensões, a autonomia das partes, de modo a buscar construir um diálogo com os pressupostos teóricos do positivismo jurídico.

2 A RETOMADA CONTEMPORÂNEA DA MEDIAÇÃO

A função jurisdicional do Estado passa contemporaneamente por um processo de crise[1] que se expressa em duas dimensões. A primeira, a crise estrutural que se manifesta pela incapacidade operacional do sistema judicial em cumprir com aquilo que ele mesmo, em tese, se propõe, ou seja, dizer o direito pondo termo aos mais diversos conflitos sociais dentro de um processo judicial democrático. A segunda se expressa pela crise do paradigma[2] jurídico dominante e a inadequação do direito produzido pelos Tribunais ao guardar descompasso, quando não a própria incompatibilidade, com as novas demandas da sociedade e dos movimentos sociais em especial.

Partindo desta discussão[3], podemos inferir que a dupla face da crise – estrutural e paradigmática – propiciou dentro do próprio judiciário o surgimento de uma crítica ao formalismo jurídico – seja ele substantivo ou procedimental – impulsionando, em uma de suas direções, a retomada contemporânea dos métodos alternativos de resolução de conflitos.

Os métodos alternativos de resolução de conflitos são assim denominados por constituírem uma faculdade de escolha, pelo jurisdicionado, de afastar a incidência da jurisdição estatal na gestão de uma situação de conflituosidade. Apesar de sua grande variedade, os meios mais comumente utilizados no Brasil são a negociação direta, a conciliação, a arbitragem e a mediação[4].

Apesar do ressurgimento contemporâneo dos métodos alternativos ter se dado por volta da década de setenta do século passado nos Estados Unidos, sob a nomenclatura ADR (*Alternative Dispute Resolution*), o registro de utilização de seus métodos é muito antigo. Há notícia, apenas a título de exemplo, de registros de utilização da arbitragem por volta de 3.000 a.C. na Babilônia (MEDINA, 2004, p. 18-19).

Na atualidade há uma disputa sobre o uso das expressões métodos adequados ou alternativos, pois se era consenso que a terminologia alternativos se expressava enquanto alternativa à jurisdição estatal, atualmente está na ordem do dia não o debate sobre qual seria o método principal, e sim qual o método mais adequado para cada tipo de conflito.

Desse modo, quando se fala dos métodos alternativos de resolução dos conflitos está

1 "Crise (do grego Krisis, *Krínein*) é a agudização das contradições estruturais e dos conflitos sociais em dado processo histórico. Expressa sempre a disfuncionalidade, a falta de eficácia ou o esgotamento do modelo, dos valores dominantes, ou situação histórica aceitos e tradicionalmente vigentes" (WOLKMER, 2009, p. 2).

2 "Segundo Thomas S. Kuhn, 'paradigma' é um modelo científico de verdade, aceito e predominante em determinado momento histórico. Trata-se de 'práticas científicas compartilhadas' que resultam de avanços descontínuos, saltos qualitativos e rupturas epistemológicas" (1975, p. 218 *apud* WOLKMER, 2009, p. 2).

3 Para uma análise mais aprofundada desse debate ver Bezerra (2014).

4 Importante fazer esta ressalva haja vista a existência de uma série de outros métodos que não serão aqui tratados a exemplo do *med*-arb, *arb*-med, facilitação e avaliação neutra de terceiro, devido a sua ainda restrita utilização no Brasil.

se fazendo referência não a uma novidade, mas de um retorno contemporâneo de tais práticas, estimulado, no caso brasileiro, pelo sistema judicial estatal.

O termo mediação se origina do latim *mediare* tendo por significação repartir em duas partes iguais ou dividir ao meio (VELOSO, 2009, p. 67). No entanto, a análise etimológica da palavra está longe de ser suficiente para definir o que por ela se entende. Consequentemente, ao adentrar no debate mais específico sobre a mediação, compete fazer rápida menção sobre os principais modelos teóricos existentes.

Apesar do reconhecimento da existência de uma grande multiplicidade de modelos teóricos adotados para as práticas da mediação, os quais apontam para o reconhecimento de distintos conceitos, partimos do entendimento de que a mediação, de uma maneira geral, guarda diversas características comuns. Assim, pretende-se apresentar o conceito de mediação e seus principais desdobramentos teóricos no Brasil, para em seguida perquirir seus fundamentos dentro do positivismo jurídico.

A mediação, em seu modelo tradicional, caracteriza-se pela intervenção de um terceiro no conflito que funciona como facilitador do diálogo entre as partes, não podendo o mediador propor nenhum acordo, haja vista que este – quando obtido – deve ser fruto do mútuo entendimento entre os participantes. Nas palavras de Sales (2010, p. 1):

> A mediação é um mecanismo consensual de solução de conflitos por meio do qual uma terceira pessoa imparcial – escolhida ou aceita pelas partes – age no sentido de encorajar e facilitar a resolução de uma divergência. As pessoas envolvidas nesse conflito são as responsáveis pela decisão que melhor as satisfaça. A mediação representa assim um mecanismo de solução dos conflitos pelas próprias partes, as quais, movidas pelo diálogo, encontram uma alternativa ponderada, eficaz e satisfatória, sendo o mediador a pessoa que auxilia na construção do diálogo.

É importante ressaltar, apenas a título de demonstrar sua experiência, que a medição tem uma longa e variada história que perpassa as culturas judaicas, cristãs, islâmicas, hinduístas, budistas, confucionistas e diversas culturas indígenas. Desde os tempos bíblicos, comunidades judaicas utilizavam da mediação que era praticada tanto por lideranças religiosas quanto políticas para dirimir conflitos dos mais diversos. Posteriormente, tais práticas foram incorporadas pelas comunidades cristãs emergentes que perceberam Jesus Cristo como mediador entre Deus e os homens, papel este assumido em sequência pelo clero, o que tornou a Igreja Católica na Europa Ocidental na principal organização de mediação e administração de conflitos no mundo Ocidental, apenas para citarmos exemplos da comunidade judaico-cristã (MOORE, 1998, p. 32)[5].

5 Para a consulta a exemplos históricos e contemporâneos da prática da mediação em outras sociedades ver MOORE, Christopher W. O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos. 2ª. ed. Porto Alegre: Artmed, 1998, p. 32-47.

Deve-se recordar que o monismo jurídico estatal é bastante recente no mundo ocidental, em verdade constituindo-se enquanto fenômeno contingente da modernidade, e que a resolução privada dos conflitos sempre se constituiu a regra ao longo da história.

Neste sentido, não se deve conceber a ideia de alternatividade dos métodos alternativos como expressão latente de um método subalterno (SANTOS, 2006, p.107) àquele que poderíamos designar como supostamente normal e hegemônico: a jurisdição estatal.

Assim, em que pese a antiguidade da prática da mediação – conforme anteriormente referido –, seu desenvolvimento teórico é relativamente recente. Seguindo classificação mencionada por Braga Neto e Sampaio (2007, p. 25) – e largamente aceita –, podemos afirmar que existem três principais propostas: o modelo tradicional – da Escola de Havard – centrada na satisfação das partes para obtenção do acordo; o modelo transformativo – desenvolvido por Bush e Folger – que tem como foco a transformação do sentido que as pessoas dão ao conflito, de modo a que possa constituir como possibilidade de crescimento; e o modelo circular-narrativo – criado por Sara Cobb e Marinés Suares – que se fundamenta na comunicação e na causalidade circular, também focado no acordo, porém preocupado com os vínculos e a questão reflexiva entre as partes.

No Brasil, tais modelos teóricos, que se revestem de um conjunto de técnicas próprias, foram importados sem muito rigor. Por sua vez, consistindo a mediação em um saber prático, a utilização de tais métodos, especialmente em comunidades de elevado grau de precarização, fez surgir aquilo que poderia se chamar de uma mediação à brasileira.

Nesse sentido, a mediação em *terra brasilis* pode ser agrupada em duas grandes abordagens, que muitas vezes, na prática, são empregadas ora conjunta ora separadamente. A primeira delas é a mediação em seu modelo tradicional, também chamado acordista, estruturada segundo o modelo americano, focado na questão comunicacional com vista a obtenção de um acordo; o segundo modelo, bastante usado em práticas comunitárias, é a mediação transformadora que tem por fim não a busca de um acordo, mas o restabelecimento de laços e afetos desfeitos e a ressignificação do conflito, enquanto oportunidade de transformação.[6]

Importa destacar que a mediação acordista tem como norte um processo de resolução, enquanto que a mediação transformadora tem como proposta um processo de

6 Deve-se, ainda, fazer menção de que a separação das práticas da mediação no Brasil em dois grandes modelos, o acordista e o transformador, também tem respaldo em outros autores de montar que com nomenclaturas distintas, mas como propostas similares, distinguem dois grupos, a exemplo do que podemos encontrar na obra de Carlos Eduardo de Vasconcelos (2008, p. 73-88), quando fala de modelos de mediação focados no acordo e modelos de mediação focados na relação.

transformação das partes e ressignificação dos conflitos.

O processo de resolução é focado na discussão do conteúdo do conflito, buscando encerrá-lo, tendo como propósito encontrar um acordo para um problema atual, a partir do conflito imediato, num horizonte de curto prazo. Por sua vez, o processo de transformação avalia como pôr fim a algo destrutivo e construir algo desejável, tendo como propósito promover processos de mudança construtivos e inclusivos voltado para as relações, não se limitando a soluções imediatas, pautado num horizonte de mudanças de médio e longo prazo, enxergando o conflito como uma dinâmica necessária para uma mudança construtiva (SALES, 2010, p. 11).

Feitas estas considerações iniciais, é importante destacar que o processo de ressurgimento da mediação é comumente visto como um fenômeno contingente e muitas vezes contraditório ao paradigma jurídico dominante da modernidade: o positivismo jurídico.

A mediação seria um fenômeno contingente ao direito moderno, pois representaria apenas uma forma de resposta à crise estrutural da função jurisdicional do Estado que não tem conseguido decidir os processos judiciais em prazos razoáveis, garantindo a efetividade da prestação jurisdicional. Assim, o próprio Estado faria uso da mediação em âmbito judicial apenas como uma forma de estimular a busca da composição dos conflitos, pondo fim à lide processual.

Por outro lado, contraditoriamente, o uso da mediação pode ser visto como ameaça ao sistema judicial. O emprego da mediação extrajudicial poderia estimular o empoderamento dos cidadãos para a resolução de conflitos propiciando a quebra do monopólio jurisdicional do Estado. Ademais, considerando-se a complexidade dos desejos e dilemas humanos, que estão no cerne dos conflitos e que muitas vezes não são traduzidos pelo processo judicial, há autores que defendem a possibilidade de existência de mediação construir o consenso a partir de entendimentos que ultrapassem os limites do direito positivo – verdadeiro acordos *contra legem* (WARAT, 1998, p. 5).

No entanto, a análise do caso brasileiro mostra que a retomada da mediação é um processo largamente estimulado pelo próprio Estado. A cultura jurídica nacional é marcada por uma forte presença do Estado, de origem no *civil law*, sendo o próprio Poder Judiciário que tem promovido a busca de alternativas à jurisdição.

Desse modo, o desenvolvimento da mediação no Brasil, mais especificamente no meio judicial, sob o patrocínio direto do Estado, não se apresenta como qualquer forma de ameaça ou incompatibilidade ao sistema judicial. Muito pelo contrário, verifica-se que o direito positivo tem buscado regular a prática da mediação, ora colonizando-a, ora

reconhecendo sua validade e eficiência.

Assim, afastados os riscos e supostas incompatibilidades da mediação com a jurisdição estatal, a questão que atualmente se apresenta na realidade é saber: *quais os fundamentos teóricos do positivismo jurídico que legitimam a mediação de conflitos?*

Tentando responder a citada questão, o presente trabalho fará uma breve análise sobre o positivismo jurídico, buscando identificar internamente a existência de fundamentos teóricos para mediação de conflitos.

3 O DIREITO MODERNO E O DEBATE ENTRE OS MEIOS E OS FINS

Na modernidade, a identificação do desenvolvimento do capitalismo com o progresso científico propiciou a subordinação do direito à ciência, passando a racionalidade moral-prática do direito, para ser eficaz, a se submeter à racionalidade cognitivo-instrumental da ciência ou ser isomórfica dela. Deste modo, o intercâmbio de sentidos entre direito e ciência se dá pela transformação do primeiro em *alter ego* da segunda (SANTOS, 2011, p. 52-53).

É importante não perder de vista que a cientificização do direito moderno, como regulação científica da sociedade, envolveu também a sua estatização, haja vista que a prevalência política da ordem sobre o caos foi atribuída ao Estado moderno. Assim, podemos perceber, conforme afirma Santos (2011, p. 120), que:

> [...] a transformação da ciência moderna na racionalidade hegemônica e na força produtiva fundamental, por um lado, e a transformação do direito moderno num direito estatal científico, por outro, são as duas faces do mesmo processo histórico, daí decorrendo os profundos isomorfismos entre a ciência e o direito modernos.

Deste modo, não é forçoso concluir que o surgimento do positivismo[7] na epistemologia da ciência moderna e do positivismo jurídico no direito podem ser considerados, em ambos os casos, construções ideológicas destinadas a reduzir o progresso societal ao desenvolvimento capitalista, bem como imunizar a racionalidade contra a

7 "O positivismo é a consciência filosófica do conhecimento-regulação. É uma filosofia da ordem sobre o caos tanto na natureza como na sociedade. A ordem é a regularidade, lógica e empiricamente estabelecida através de um conhecimento sistemático. O conhecimento sistemático e a regulação sistemática são as duas faces da ordem. O conhecimento sistemático é o conhecimento das regularidades observadas. A regulação sistemática é controlo efectivo sobre a produção e reprodução das regularidades observadas. Formam, em conjunto, a ordem positivista eficaz, uma ordem baseada na certeza, na previsibilidade e no controlo. A ordem positivista tem, portanto, as duas faces de Janus: é simultaneamente, uma regularidade observada e uma forma regularizada de produzir a regularidade, o que explica que exista na natureza e na sociedade. Graças à ordem positivista, a natureza pode tornar-se previsível e certa, de forma a poder ser controlada, enquanto a sociedade será controlada para que possa tornar-se previsível e certa. Isto explica a diferença, mas também a simbiose, entre as leis científicas e as leis positivas. A ciência moderna e o direito moderno são as duas fazes do conhecimento-regulação" (SANTOS, 2011, p. 141).

contaminação de qualquer irracionalidade não capitalista, quer ela fosse Deus, a religião ou a tradição, a metafísica ou a ética, ou ainda as utopias ou os ideais emancipatórios (SANTOS, 2011, p. 141). Percebe-se aqui um discurso de neutralização, na medida em que "[...] a dominação política passou a legitimar-se enquanto dominação técnico-jurídica" (SANTOS, 2011, p. 143). Desse atrelamento simbiótico do direito à ciência e ao Estado, Santos (2011, p. 143-144) afirma que:

> Em suma, o cientificismo e o estatismo moldaram o direito de forma a convertê-lo numa utopia automática da regulação social, uma utopia isomórfica da utopia automática da tecnologia que a ciência moderna criara. […] estes dois processos passaram a apoiar-se mutuamente.

Nesse sentido, todo o direito moderno tem por fundamento o direito positivo, criado por atos de vontade, tomando por base o espelhamento existente no positivismo jurídico segundo o qual a lei válida é criada pela manifestação soberana do Estado, refletindo a vontade livre de seus indivíduos de legislar sobre os desígnios da vida em coletividade (DOUZINAS, 2009, p. 122).

Assim, a ciência do direito, a partir da perspectiva kelseniana, toma como seu objeto o direito posto, apenas aquilo que o Estado produz, reconhece ou autoriza como direito. Nessa perspectiva, o direito positivo tem como único fundamento a legitimidade dos meios, ou seja, ou procedimento de criação do direito por atos de vontade. Essa abordagem conceitual descarta qualquer discussão quanto à finalidade do direito ou justificação de seu conteúdo, a partir de parâmetros de justiça.

Em verdade, é importante destacar que o positivismo jurídico trabalha com uma clara clivagem entre os conceitos de direito e justiça. Nesse sentido, Kelsen (2008, p. 36) afirma que a justiça social é uma qualidade possível, mas não necessária de uma ordem social que regula as relações entre os homens, e prossegue discorrendo que:

> Pero qué significa realmente decir que un orden social es justo? Significa que este orden social regula ala conducta de los hombres de un modo satisfactorio para todos, es decir, que todos los hombres encuentran em él la felicidad. La búsqueda de la Justicia es la eterna búsqueda de la felicidad humana. [...] Es evidente que no puede existir un orden "justo", es decir, que ofrezca la felicidad a todo el mundo, mientras se defina el concepto de felicidad en su estricto sentido original de felicidad individual, si se entiende por felicidad humana lo que el hombre mismo considere.

É a partir da constatação de que os valores de justiça são subjetivos, portanto variáveis entre distintos sujeitos e sociedades, que o direito teve ter como base um parâmetro de justiça objetivo, necessariamente coletivo, refletindo naquilo que uma dada comunidade historicamente constituída, entende concretamente como justo, mediante um procedimento que confere legitimidade ao direito.

Desse modo, positivismo legal entende o fenômeno jurídico a partir de uma perspectiva relativista, visto que o direito é percebido como processo criativo e não um dado da natureza dotado de finalidade. A referida contraposição remonta o debate originado na antiguidade clássica entre direito positivo e direito natural.

A doutrina do direito natural parte do pressuposto que é possível extrair da natureza, incluída a natureza humana, regras satisfatórias para a conduta humana, como um dado imanente da realidade (KELSEN, 2008, p. 64).

Deve-se perceber que o direito natural parte do pressuposto da existência de uma realidade objetivamente verificável, única e imutável, pela qual devem ser reconhecidas as normas jurídicas que terão como finalidade a garantia da justiça. Nesse sentido, interessante notar que o direito natural aponta para o reconhecimento da existência de uma finalidade natural, conforme nos indica Kelsen (2008, p. 65):

> Este punto de vista da por sentado que los fenómenos naturales se dirigen hacia un objetivo o revisten una finalidad, que los procesos naturales o la naturaleza como un todo se ven determinados por causas finales. Este punto de vista básicamente teleológico no difiere de la idea según la cual la naturaleza está dotada de voluntad e inteligência.

A doutrina do direito natural atribui um caráter finalista à natureza, a qual se encontra racionalmente dirigida face ao absoluto, o qual deve ser compreendido pelo direito como parâmetro de justiça. Assim, o direito deduzido pela natureza é o único direito verdadeiro e, portanto, corresponde à justiça absoluta. A correspondente relação entre o caráter finalístico do direito natural e reconhecimento da existência de uma justiça absoluta é bem exposto por Kelsen (2008, p. 69) ao afirmar que:

> La doctrina del Derecho natural presupone un valor inmanente em la realidad, valor que es absoluto, o, dicho de otro modo, que existe una voluntad divina inherente a la naturaleza. Sólo partiendo de este supuesto se puede manter la doctrina según la cual el Derecho puede deducirse de la naturaleza y que este Derecho es la Justicia absoluta. La concepción metafisica de la inmanencia del valor em la realidad natural no puede aceptarse desde el punto de vista de la Ciencia, ya que la doctrina del Derecho natural se basa en la falacia lógica que consiste em inferir el "deve" a partir del "es".

Em contraposição ao jusnaturalismo, apresenta-se a tese diametralmente oposta do juspositivismo que percebe o poder e o fenômeno jurídico como dado histórico da realidade. Em consequência, verifica-se que enquanto o direito positivo busca sua legitimação pelos meios do processo de criação das normas, o direito natural busca sua legitimação pelos fins justos que persegue. Nesse sentido, são esclarecedoras as palavras de Benjamin (2013, p. 60/61) ao afirmar que:

> Não obstante essa oposição, as duas escolas encontram-se num dogma fundamental: os fins justos podem ser alcançados por meios legítimos, e os meios legítimos,

> aplicados para alcançar a fins justos. O Direito natural aspira a "legitimar" os meios pela natureza justa dos fins; o Direito positivo busca "garantir" a natureza justa dos fins pela legitimidade dos meios.

A busca do direito natural por um caráter teleológico da natureza, com vistas a identificar um parâmetro de justiça absoluto, traz consigo algumas questões de ordem política que não merecem ser desconsideradas. É importante esclarecer a relação existente entre o absolutismo filosófico e o absolutismo político. O fundamento absoluto não precisa justificar-se, pois é autoevidente à razão, bastando para tanto a sua simples demonstração. Nessa perspectiva, apontando a relação entre poder absoluto e fundamento absoluto, são paradigmáticas as palavras de Bobbio (2004, p. 36) ao declarar que:

> O fundamento absoluto é o fundamento irresistível no mundo de nossa idéias, do mesmo modo como o poder absoluto é o poder irresistível (que se pense em Hobbes) no mundo de nossas ações. Diante do fundamento irresistível, a mente se dobra necessariamente tal como faz a vontade diante do poder irresistível. O fundamento último não pode mais ser questionado, assim como o poder último de ser obedecido sem questionamentos. [...] Essa ilusão foi comum durante séculos aos jusnaturalistas, que supunham ter colocado certos direitos (mas nem sempre os mesmos) acima da possibilidade de qualquer refutação, derivando-os diretamente da natureza do homem. Mas a natureza do homem revelou-se muito frágil como fundamento de direitos irresistíveis.

Em idêntico sentido, Kelsen (2008, p. 60) também aponta a suposta correspondência entre a filosofia dos valores e a filosofia política ao identificar a crença em valores absolutos pelo totalitarismo, frente aos valores relativos da democracia, conforme aponta Kelsen (1993, p. 164) a relação de identidade existente entre realidade, valor e autoridade absolutos ao afirmar que "[…] se existe uma realidade absoluta, esta deve coincidir com um valor absoluto. O absoluto implica necessariamente a perfeição. A existência absoluta é idêntica à autoridade absoluta enquanto fonte de valores absolutos".

Em contraposição ao absolutismo filosófico, a abordagem relativista adota uma perspectiva empírica da realidade, segundo a qual a realidade apenas existe dentro dos limites do conhecimento humano (KELSEN, 2008, p. 114). Nesse sentido, a realidade seria dependente do sujeito cognoscitivo, pois é o sujeito de conhecimento que constrói a realidade, conforme afirma Kelsen (2008, p. 115):

> Este punto de vista implica que el sujeto que conoce es – epistemólogicamente – el creador de su propio mundo, un mundo construido por el conocimiento y delimitado por él. Por tanto, la liberdad del sujeto que conoce es una exigencia fundamental de la teoria relativista del conocimiento. Lo cual no significa que el proceso de conocimiento tenga un carácter arbitrario.

Nessa perspectiva – e retomando correspondência anteriormente apresentada entre a filosofia dos valores e a filosofia política – observa-se que a democracia pressupõe o reconhecimento de uma postura relativista diante da realidade. Tanto a democracia como o

relativismo se caracterizam pelos princípios fundamentais da igualdade e da liberdade, sem os quais não seria possível ao sujeito autonomamente conhecer a realidade e produzir normas as quais se submeterá.

O reconhecimento da inexistente de verdades absolutas ou de sua inacessibilidade – apontam para a possibilidade de percepção da realidade como produto humano. Assim, da mesma forma que inexiste o absoluto, ou uma realidade inerente à natureza humana, as normas jurídicas serão produto contextual e, portanto, histórico do homem.

Nesse sentido, dada a impossibilidade de conceber verdades absolutas sobre a realidade e, consequentemente, parâmetros objetivos daquilo que seria uma justiça absoluta e universal, é que se justifica a legitimidade do positivismo jurídico. Ante o reconhecimento de que não é possível extrair da realidade um parâmetro objetivo e, portanto, superior de justiça é que o direito será legitimado não por seus fins (absolutos), mas pelos meios que garantam a legitimidade do direito posto através da participação democrática daqueles que estão submetidos ao ordenamento. Assim, nada mais coerente, no que se refere ao direito, que a ausência de certezas racionais do absolutismo quanto aos fins leve à legitimação do direito no relativismo, exatamente pela legitimidade dos meios. Em idêntico sentido, Kelsen (2008, p. 123) vai afirmar que é a inexistência do bem absoluto que garante a legitimidade do direito positivo no processo democrático:

> Sólo si no existe respuesta absoluta a la pregunta de qué es lo mejor y no existe el bien absoluto, puede justificarse el legislar, es decir, el determinar los contenidos del ordenamiento jurídico, no ya según lo objetivamente mejor para los indivíduos que deben somerterse a este ordenamiento, sino según lo que estos indivíduos, un su mayoría por lo menos, creen, com razón o sin ella, qué es lo mejor, lo cual es una consecuencia del principio democrático de libertad e igualdad.

O direito positivo tem como fundamento de validade sua criação por um ato de vontade de autoridade para tanto legitimada. Em sociedades democráticas, a legitimidade do direito positivo decorre igualmente da produção normativa decorrente de autoridade, esta fundada na soberania popular. Desse modo, o caráter relativista do direito se reafirma no positivismo pela sua legitimação por meio do processo democrático. Diante da inexistência de referenciais absolutos ou objetivos de justiça, nada mais justo que o jurídico corresponda ao parâmetro de justiça coletivamente reconhecido pela maioria que ele se submeterá.

Dito isso, o direito posto representa um referencial contingente de justiça objetivamente definido pela coletividade. Assim, ante a impossibilidade de uma justiça absoluta, adota-se uma justiça relativa, que se confirma não pela justeza dos fins que persegue, mas pela legitimidade do processo de sua criação, a partir da vontade coletiva.

Consequentemente, partindo do reconhecimento de que no direito positivo das

sociedades democráticas o fenômeno jurídico tem por fundamento o direito posto por meio de atos de vontade daqueles que estão sujeitos ao ordenamento jurídico, é possível afirmar que a mediação de conflitos seria a radicalização da busca da justiça no caso concreto, por meio da criação de uma norma autônoma pelas partes envolvidas no conflito.

Deste modo, passaremos a investigar a citada hipótese, a fim de verificar a possibilidade de a mediação representar uma especificação dos pressupostos teóricos do positivismo jurídico.

3.1 A dicotomia entre o direito e a justiça

Apesar das expressões direito e justiça parecerem umbilicalmente interligadas para os não iniciados no campo jurídico, não resta dúvida de que hodiernamente são conceitos que, apesar de relacionados, guardam significativa distinção entre si. Ao longo da modernidade, o processo de estatização e suposta cientificização do direito apartou os conceitos de direito e justiça de modo que as palavras de Villey (2007, p. 3) segundo as quais "nosso direito zomba e se afasta da justiça" nunca fizeram tanto sentido.

O positivismo jurídico fulmina com morte a tentativa de justificar o direito segundo os fins a que se destina. A necessidade de justificar a realidade com bases racionais é uma persistente e nobre necessidade humana. No entanto, segundo bem nos esclarece Kelsen (2008, p. 45) se um modelo de conduta se justifica como meio para alcançar um fim, há que se perguntar se o fim é justificável. Assim, a busca de legitimar o direito pela justeza dos seus fins culmina na racionalmente insolúvel questão: o que é a justiça? A essa questão Kelsen (2008, p. 149) responde reafirmando os pressupostos relativistas do positivismo:

> Es imposible dar una definición única de lo que es la Justicia. En último término, la Justicia expresa el interés del indivíduo que declara que una instituición social es justa o injusta. Pero el indivíduo es inconsciente de ello. Su juicio aspira a postular la existência de una Justicia indepediente de la voluntad humana.

Assim, Kelsen (2008, p. 126) entendendo de forma clara a distinção entre direito e justiça vai apresentar a dicotomia entre aquilo que denomina os juízos de valor jurídico (juízos de valor da lei) e juízos de valor de justiça. A partir dos juízos de valor jurídico seria possível valorar qualquer conduta humana como legal ou ilegal, por meio da análise de sua conformidade ou não com uma norma jurídica. Por sua vez, por meio dos juízos de valor de justiça seria permitido valorar um comportamento humano como algo que é justo ou injusto. Prosseguindo o desenvolvimento do raciocínio anterior, Kelsen (2008, p. 128-145) vai afirmar de forma categórica que os juízos de valor jurídico são passíveis de verificação objetiva, pois

pressupõem a análise de uma conduta humana segundo sua adequação com uma norma jurídica positiva, enquanto os juízos de valor de justiça não seriam demonstráveis, pois constituiriam valorações de caráter subjetivo e seus elementos de avaliação não seriam estritamente racionais.

Apesar de restar claro para Kelsen (2008, p. 151) que a "Ciencia del Derecho" deve ter como objeto apenas os juízos de valor jurídico, dada a impossibilidade de se comprovar objetivamente os juízos de valor de justiça, por se tratarem de juízos morais e políticos, o pensador austríaco não descarta a existência de elementos irracionais no processo de resolução de conflitos.

Desse modo, partindo a percepção de que o direito se constitui modernamente como uma tecnologia social de resolução de conflitos, há que se entender a centralidade do conflito para o direito, percebendo-o como dilema humano que transborda da questão jurídica para outras dimensões. Assim, faz-se necessário tecer algumas considerações sobre o que se entende modernamente por conflito.

3.2 Direito, conflito e violência

Iniciando a análise do conflito a partir da perspectiva etimológica de sua definição, pode-se apontar, conforme afirma Cappi (2009, p. 28), que a palavra conflito deriva do latim *conflictus*, particípio passado do verbo *confligere*, por sua vez composto do prefixo "*con*" – que significa junto – e "*fligere*" que significa colidir, chocar-se, trombar.

Nesse sentido, pode-se conceituar o conflito como o conjunto de condições psicológicas, sociais e culturais que determinam um choque de atitudes e interesses nas relações existentes entre as pessoas (WARAT, 2004c). Nessa trilha, Kelsen (2008, p. 39) também se posiciona ao firmar que "donde no exiten interesses en conflito no se necesita la Justiça".

No entanto, os conflitos decorrem de duas características intrinsecamente humanas – tanto no plano individual, quanto coletivo – a primeira dela é a diferença, a segunda é a mudança. Temos desentendimento porque somos diferentes uns dos outros e estamos em constante processo de mudança. Assim, os conflitos devem ser entendidos como manifestações inerentes ao ser humano e à sociedade de uma maneira geral. Os conflitos decorrem tanto de nossas incongruências internas, quanto de nossas relações com os outros (BEZERRA, 2014, p. 55).

Em verdade, falta ao direito uma teoria do conflito que o apresente como uma oportunidade de produzir com outro a diferença e que possibilite, consequentemente, realizar com

o outro o novo (WARAT, 2004c, p. 61). Esta mudança de abordagem faz com que possamos perceber as nossas naturais divergências como oportunidades para o amadurecimento de nossas relações (WARAT, 2004c, p. 55).

A mudança da maneira como se encara o conflito faz como que este deixe de ser percebido como algo negativo ou prejudicial e possa ser reconhecido em seu potencial construtivo "a vida como um dever conflitivo tem que ser vitalmente gerenciado (sic)" (WARAT, 2004c, p. 62). Há que se reconhecer a impossibilidade de relações interpessoais plenamente consensuais (VASCONCELOS, 2008, p. 9).

Nessa perspectiva, resta mais clara a tarefa de perceber que violência e conflito não são sinônimos. Apesar de reconhecermos que na maior parte das vezes a violência tem como origem um conflito mal administrado, é importante esclarecer que a violência é uma forma de resolução de conflitos que implica na negação do outro no processo de pôr fim ao conflito. Mais uma vez usando as palavras de Cappi (2009, p. 29):

> Uma maneira onde "outro", considerado negativamente e de maneira hostil, precisa ser anulado, excluído e, se for o caso, eliminado. Daí decorre a diferença crucial entre a noção de conflito e a noção de violência. Enquanto o conflito representa um elemento insuperável da condição humana, a violência constitui uma opção singular de gestão do conflito.

Assim, afastado o caráter estritamente negativo do conflito – por meio da distinção com sua resolução violenta – verifica-se como o conflito pode ser percebido enquanto potencial construtivo nas relações sociais. É importante deixar claro que uma sociedade democrática é naturalmente propensa à existência de conflitos, dada a diversidade de grupos e de interesses contrapostos. Uma sociedade sem conflitos é necessariamente uma sociedade autoritária.

Desse modo, a abordagem da mediação, procura dar um novo sentido ao conflito, a partir do reencontro construtivo com o lugar do outro, graças à possibilidade assistida de poder olhar a partir do olhar do outro, de modo a que possamos tanto transformar o conflito como nos transformarmos no conflito (WARAT, 2004c, p. 69).

A visão da mediação sobre o conflito percebe-o como uma situação-problema comum ao convívio e que deve servir de oportunidade ao amadurecimento das relações. Contrariamente, o poder jurisdicional percebe no conflito a lide judicial a qual deve ser posta termo, visto que reflete algum distúrbio ou quebra da ordem social. A abordagem judicial dos conflitos representa sua passagem do domínio privado para o público ocasionando a perda do controle de seu desfecho por ambos os disputantes (MOORE, 1998, p. 24). Assim, a decisão autoritária põe fim à lide processual, permanecendo ou até mesmo piorando o conflito, pois na

maioria dos casos a determinação judicial trabalha de forma binária com a ótica maniqueísta de vencedores e perdedores, não satisfazendo muitas vezes o resultado a nenhuma das partes. Em muitas oportunidades, a restrição do conflito a sua dimensão judicial acaba por prejudicar os próprios indivíduos sujeitos à sua tutela jurisdicional.

O espaço judicial funciona como um lugar onde ocorre um processo de neutralização dos conflitos por meio de sua transmutação em termos jurídicos. Deste modo, há um processo de distanciamento das partes em conflito, sendo agora o litígio operado mediante procuração por profissionais habilitados que tem como pressuposto o conhecimento do direito e dos procedimentos jurídicos (BOURDIEU, 2002, p. 227-232).

O problema terrível é que a magistratura decide conflitos que lhe são alheios, sem sentir as pessoas e os respectivos dramas que muitas vezes estão por trás dos autos. Decidem sem responsabilidade, pois projetam esta na norma (WARAT, 2004c, p. 151).

Compete destacar que sempre que se chama um terceiro, delegando-lhe a responsabilidade de decidir um conflito, no qual as próprias partes abriram mão de fazer, é quase inegável que a solução comportará algum tipo de violência, seja ela legítima ou não, para alguma das partes.

Nesse sentido, é sintomático destacar que uso da violência para resolução de conflitos não é algo em nada estranho ao direito. A suposta legitimidade da jurisdição estatal ao aplicar coercitivamente o direito não descaracteriza seu uso como clara manifestação de violência. Inclusive, merece destaque que o processo de monopolização do uso legítimo da força pelo Estado, um dado característico da modernidade, importou na tentativa de esvaziar qualquer poder à margem da autoridade estatal, legitimando, por outro lado, o uso da violência pelo próprio Estado, sob a forma jurídica (BENJAMIN, 2013, p. 62).

Assim, o que se verifica é a tradicional percepção de que a simples existência de poder fora do direito – aqui entendido nos estritos limites do controle do ordenamento jurídico estatal – é vista como uma ameaça, não pelos fins de sua utilização, mas pela sua simples existência, consoante afirma Benjamim (2013, p. 63) “[...] que o Direito vê o poder nas mãos de pessoas individuais como um perigo de subversão da ordem estabelecida”.

No entanto, a experiência concreta demonstra que é possível a resolução não violenta dos conflitos – tomando-se em consideração aqui as mais diversas acepções da expressão violência. Em que pese o acerto de Benjamin (2013, p. 71) ao distinguir os métodos de resolução de conflitos em violentos (sejam eles legais ou ilegais) e não violentos (a que denomina de meios puros), compete destacar que, mais do que qualquer visão romântica ou ingênua poderia acreditar, as pessoas negociam por uma atitude racional. A busca por

soluções consensuais para os conflitos decorre em grande parte da incerteza quanto aos possíveis resultados de um confronto direito. Não se está aqui afirmando que a busca do consenso é tarefa estritamente racional, muito pelo contrário. O entendimento dos dilemas humanos quase sempre é marcado pela relação indissociável entre a razão e a sensibilidade. Desse modo, o elemento sensível, emocional, não deixa de estar presente na tomada de decisão, o que não é o mesmo que afirmar que as escolhas são realizadas sobre terreno puramente irracional.

Desse modo, a mediação se apresenta e toma posição como um elemento de fronteira dentro do positivismo jurídico, na medida em que ela permite às partes em desentendimento a possibilidade de produção de uma solução autônoma para o conflito.

Assim, passaremos a discorrer sobre o que se entende pela dimensão da autonomia na mediação.

4 MEDIAÇÃO E AUTONOMIA

A autonomia é uma daquelas grandes questões que acompanha a humanidade ao longo da história, surgindo na antiguidade, a partir da *pólis* grega, sendo eclipsada pelo Império Romano e posteriormente pela medievalidade, para ser retomada na modernidade durante as revoluções burguesas.

Em uma acepção etimológica, autonomia significa a capacidade de aplicar a lei a si mesmo (*autos*: a si; *nomos*: regra ou lei). O uso original da palavra foi atribuído às cidades-estados gregas que eram governadas por sua própria lei e não se submetiam ao julgo de outras cidades. Posteriormente, o termo foi atribuído ao homem, por se constituir como um ser que mesmo dotado de impulsos irracionais, podia determinar suas ações considerando as condições externas e desejos internos (GOVERNO DE MINAS, 2009, p, 57).

Nesse sentido, a autonomia faz referência à capacidade humana de autodeterminação sobre sua própria vida. Por sua vez, conceituando a autonomia, Warat (2004b, p. 328) vai dizer que:

> […] a ideia de autonomia aparece referida à necessidade de que o homem não aceite ser condicionado por regras que ele mesmo não possa determinar em função dos fins que ele próprio se propõe ou dos fins que institui em uma comunicação não alienada com os outros.

Da referida passagem, é possível verificar duas importantes questões. A primeira é que a autonomia, conforme definida por Warat, busca (r)estabelecer uma compatibilização da relação entre meio e fins, a qual restou completamente apartada pelos preceitos do

positivismo jurídico, segundo exposição anterior das posições de Kelsen. No entanto, apesar da aparente contradição, as proposições não são inconciliáveis, dadas as diferenças na amplitude de sua utilização. O positivismo jurídico defende uma postura relativista por entender pela impossibilidade de eleição de fins últimos para o direito, pois os parâmetros de justiça são subjetivos e não podem ser demonstrados racionalmente. Assim, preceitua que o direito se legitima pelos meios, pois esses garantem que o referencial de justiça possa ser definido coletivamente de forma objetiva, conclusão esta que resta irretocável. Por sua vez, a mediação também adota uma postura relativista, pois também entende que a resposta para os conflitos deve ser buscada pela legitimidade dos meios, no caso, do procedimento mediatório. No entanto – e aqui vai a diferença –, a mediação compatibiliza a legitimidade dos meios com a justeza dos fins, por possibilitar que os envolvidos possam livremente construir um referencial de justiça para o conflito concreto. Desse modo, a questão central é que se os meios legítimos podem apenas oferecer fins justos de forma genérica e abstratamente, é possível que meios legítimos possam apontar para o fim justo em concreto de forma objetiva.

O segundo ponto se refere ao fato de a mediação ter como princípios indissociáveis a liberdade e a igualdade das partes. Assim, as partes são livres para participar ou não da mediação – o que muitos teóricos denominam de princípio da voluntariedade[8] –, para escolher o mediador, terceiro que irá auxiliar na resolução do conflito, bem como total liberdade de decidir de forma autônoma o conflito. No que se refere ao princípio da igualdade, em que pese não existir falácia maior do que a igualdade de todas as pessoas, a mediação tem como um dos pressupostos para o seu desenvolvimento a inexistência de grandes desigualdades entre as partes. Nesse sentido, a mediação tem como objeto principal – porém não exclusivo – conflitos decorrentes de relações continuadas e horizontalizadas. Nessa perspectiva, a mediação é um procedimento que trabalha o conflito na dimensão do passado e do presente, buscando sua ressignificação para o restabelecimento das relações futuras sendo bastante indicada para conflitos que se instalam em situações de convivência continuada e prolongada – uma separação de casal que teve um relacionamento de longos anos com a presença de filhos, desentendimento entre vizinhos, conflitos no ambiente escolar, nas relações de trabalho, dentre outros.

Curiosamente, do mesmo modo que anteriormente foram apontados os valores da igualdade e da liberdade, tanto para o positivismo jurídico, quanto para uma abordagem relativista do conhecimento, é possível perceber que os referidos valores são intrínsecos à

8 Importante destacar que o princípio da voluntariedade restou mitigado pelo CPC/2015, nos termos do art. 334, §4º, I, ao estipular que a audiência de mediação apenas não se realizará "se ambas as partes manifestarem, expressamente, o desinteresse na composição consensual".

mediação.

Feitas estas considerações sobre a autonomia, fica fácil perceber como a mediação, enquanto um método autocompositivo, demanda para a sua realização a atuação de sujeitos capazes de direito e que participem do procedimento voluntariamente. Se uma das finalidades da mediação é realizar processos de autonomia, como pode essa ser imposta?

Ademais, quando falamos de autonomia na mediação estamos fazendo referência a procedimento de resolução de conflitos no qual partes iguais e livres buscam uma solução consensual para um conflito. Assim, as partes se submetem ao acordo por ele si constituir enquanto fruto de manifestação de sua vontade e de seu próprio desejo. Assim, na mediação inexiste dessimetria entre os sujeitos da lei e os sujeitos à lei, pois a norma criada (a criatura) se aplicada apenas aos seus criadores. Na mediação a liberdade acaba por si configurar como sujeição à norma, consoante os ideais democráticos, conforme nos afirma DOUZINAS (2009, p. 117):

> A essência da liberdade política é a de que os sujeitos que fazem a lei também estão sujeitos à lei. A legislação democrática é introduzida em nome dos cidadãos que, na versão rousseauena do contrato social, participam da criação da vontade geral.

Assim, a autonomia é um sentido sempre inacabado que não pode ser buscado isoladamente, é sempre apreendido com o outro. Um ser humano só pode ser autônomo na medida em que também reconhece e garante a autonomia dos seus semelhantes.

Na contemporaneidade, a autonomia tem sido equivocadamente afirmada a partir da noção de um sujeito individualista, centrado em si mesmo, autossuficiente. A referida concepção de uma autonomia que beira a indiferença pelo outro está muito mais próxima da concepção de alienação[9] (WARAT, 2009, p. 142).

Se um indivíduo isolado não realiza sua autonomia, fica alienado, pois aquela só se realiza no espaço com o outro. Também é importante alertar que a relação vincular da autonomia demanda movimento próprio de ambos os sujeitos, caso contrário também conduzirá à alienação (WARAT, 2004a, p. 138).

A autonomia se caracteriza pela possibilidade de se movimentar no intuito de transgredir para produzir identidades e diferenças para com o outro. Nesse sentido, a autonomia só pode existir na medida em que se refute o mito de uma sociedade perfeita, sem fraturas, e se possa realizar o reconhecimento recíproco das diferenças em situações de conflituosidade.

9 Warat (2004a, p. 401) vai chamar de alienação uma situação na qual o indivíduo remete a totalidade de suas representações e pensamentos ao juízo exclusivo do outro que é visto como o único capaz de lhe atribuir sentido. Assim, alienação pode ser vista como a perda da faculdade de direito e gozo sobre a atividade de sentir e pensar.

É imprescindível o reconhecimento do caráter inacabado e indeterminável das relações sociais, inscrevendo o conflito como uma dinâmica natural em seu seio. Consequentemente, podemos afirmar que "[...] a autonomia precisa ser entendida como o vínculo do eu com o conflito" (WARAT, 2004a, p. 402). O direito necessita voltar a ser percebido – como o era para os antigos – como relação entre seres humanos, portanto, multilateral (VILLEY, 2007, p. 140/163), não sendo possível sua dedução de regras estanques e dissociadas da realidade.

A autonomia está oposta à ordem totalitária das certezas. Para que exista autonomia é preciso que se reconheça sempre a possibilidade de se construir o novo com o outro. Transgredir para ser e produzir o diferente e a diferença (WARAT, 2004b, p. 134).

A mediação produz a autonomia na medida em que incita os participantes a produzirem o novo no conflito, reconhecendo as suas próprias diferenças e a do outro, solucionando por si mesmos as situações-problema de seu cotidiano.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A dupla crise da função jurisdicional do Estado – estrutural e paradigmática – criou as condições necessárias para a retomada contemporânea dos métodos alternativos de resolução de conflitos em geral e especialmente da mediação em particular. No entanto, o atual estímulo realizado pelo Estado em promover a mediação aponta para a premente necessidade de investigar os fundamentos teóricos da mediação a partir dos aportes teóricos do positivismo jurídico. Esforço ainda incompleto e que apenas se inicia com o presente trabalho.

Apesar da verificação de que a mediação é anterior ao positivismo jurídico – decorrendo de uma longa e multifacetada tradição que atravessa a história de distintas culturas – e que também pode se estender para fora dos limites da estrita racionalidade instrumental do direito moderno – como na hipótese da mediação *contralegem* – o que se verifica é a inexistência de oposição entre os pressupostos básicos da mediação e do positivismo jurídico, a partir da perspectiva kelseniana, encontrando-se apenas diferenças de amplitude.

O positivismo jurídico defende uma postura relativista para o direito por entender pela impossibilidade de eleição de fins últimos, dado que os valores de justiça são subjetivos e não podem ser demonstrados racionalmente, preceituando que o direito se legitima pelos meios, pois esses garantem um referencial de justiça objetivo, definido coletivamente. Em sentido similar, a mediação também adota uma postura relativista, pois entende que a resposta

para os conflitos deve ser buscada pela legitimidade dos meios, do procedimento da mediação. A diferença é que a mediação compatibiliza a legitimidade dos meios com a justiça dos fins, por possibilitar que os envolvidos possam livremente construir um referencial de justiça para o conflito concreto. Desse modo, a questão central é que se os meios legítimos não podem oferecer fins justos de forma genérica e abstrata para todos os conflitos, é possível que meios legítimos possam apontar para o fim justo de forma objetiva para um conflito concreto.

Assim, o que se verifica é que a mediação encontra fundamento no positivismo jurídico a partir da adoção de uma perspectiva relativista para o direito. No entanto, a mediação ultrapassa o positivismo jurídico ao transitar na fronteira do direito posto, buscando a criação de norma autônoma pelas partes em conflito que possa associar os valores de direito e justiça, reconhecendo no processo de mediação tanto a legitimidade dos meios como a justiça dos fins.

REFERÊNCIAS

BENJAMIN, Walter. **O anjo da história**. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2013.

BEZERRA, Tássio Túlio Braz. **A mediação transformadora como instrumento de promoção da autonomia dos sujeitos**: um diálogo com a experiência do Juspopuli no município de Feira de Santana-BA. 2014. 131f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, Universidade Federal da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, João Pessoa, 2014.

BOBBIO, Noberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002. 322 p.

BRAGA NETO, Adolfo; SAMPAIO, Lia Regina Castaldi. **O que é mediação de conflitos**? São Paulo: Brasiliense, 2007.

CAPPI, Riccardo. Mediação e Prevenção da Violência. In: AMORIM, Simone; LEONELLI, Vera; VELOSO, Marília Lomando (Org.). **Mediação Popular:** uma alternativa para a construção da justiça. Salvador: [s.n.], 2009. p. 59-106.

DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

GOVERNO DE MINAS. **Programa de mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Ius Editora, 2009.

KELSEN, Hans. **A Democracia.** São Paulo: Martins Fontes, 1993.

_____. **¿Qué és justicia?** Barcelona: Editora Ariel S.A., 2008.

MEDINA, Eduardo Borges de Mattos. **Meios alternativos de solução de conflitos:** o cidadão na administração da justiça. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2004. 150 p.

MOORE, Christopher W. **O Processo de Mediação:** Estratégias Práticas para a Resolução de Conflitos. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 1998.

SALES, Lilia Maia de Morais. **Mediare:** um guia prático para mediadores. 3. ed., atual. e ampl. Rio de Janeiro: GZ ed., 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo:** para uma nova cultura política. São Paulo: Cortez, 2006.

_____. **Para um novo senso comum:** a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. São Paulo: Método, 2008.

VELOSO, Marília Lomanto. Mediação Popular: um universo singular e plural de possibilidade dialógicas. In: AMORIM, Simone; LEONELLI, Vera; VELOSO, Marília Lomando (Org.). **Mediação Popular:** uma alternativa para a construção da justiça. Salvador: [s.n.], 2009.

VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

WARAT, Luis Alberto. **A digna voz da majestade:** linguística e argumentação jurídica, textos didáticos. Vol IV. Coordenadores: Orides Mezzaroba, Arno Dal Ri Júnior, Aires José Rover, Cláudia Servilha Monteiro. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

_____. **A epistemologia e o ensino do direito:** o sonho acabou. Vol II.Coordenadores: Orides Mezzaroba, Arno Dal Ri Júnior, Aires José Rover, Cláudia Servilha Monteiro. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004b.

_____. **Surfando na pororoca:** ofício do mediador. Vol III. Coordenadores: Orides Mezzaroba, Arno Dal Ri Júnior, Aires José Rover, Cláudia Servilha Monteiro. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004c.

_____. **Em nome do acordo. A mediação no Direito**. Buenos Aires: Angra Impresiones, 1998. 102 p.

_____. **Territórios desconhecidos:** a procura surrealista pelos lugares do abandono do sentido e da reconstrução da subjetividade. Vol I. Coordenadores: Orides Mezzaroba, Arno Dal Ri Júnior, Aires José Rover, Cláudia Servilha Monteiro. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004a.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.