

## 1 INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas a América Latina despertou, dando expressivo passo rumo ao desvencilhamento dos resquícios coloniais hegemônicos que ainda imperam em suas sociedades, em um grito de libertação cultural e epistemológica com profundos reflexos no campo do direito. O processo de aproximação dos rincões mundiais, que se iniciou com as colonizações da Expansão Marítima e desaguou na globalização de ritmo frenético de hoje, se deu a partir de uma lógica dominadora, de cima para baixo, externa e excludente, com a devoração das manifestações humanas locais. Essa dinâmica, mesmo após o fim formal do colonialismo, marca as relações de poder na América Latina. O Novo Constitucionalismo Latino-Americano, porquanto contra-hegemônico, pluralista, interno, de baixo para cima, cooperativo e inclusivo, contrapõe esse processo.

Abandonando o padrão de Estado e o modelo de constitucionalismo que importamos da Europa e dos Estados Unidos - do mesmo modo que mimetizamos seu jeito de ser e estar no mundo e nos sujeitamos ao neoliberalismo -, temos desenvolvido nas últimas décadas modelos de constituição adequados ao nosso meio social, baseados, acima de tudo, na diversidade cultural própria de ex-colônias e também atentos às minorias. São exemplos emblemáticos desse Novo Constitucionalismo Latino-Americano a Constituição da Bolívia, de 2006, e do Equador, de 2008, que propõe a refundação do Estado a partir do reconhecimento explícito de suas raízes indígenas, não só são meramente reconhecidas, mas considera as populações originárias como sujeitos constituintes.

Acontece que a nova forma de pensar o constitucionalismo na América Latina encontra várias desafios, entre eles o de elaborar e implementar medidas de democracia participativa e inclusão. Surge, então, a proposta de uso da mediação em conflitos coletivos como meio de atingir esse intento, garantindo emancipação, participação democrática em um espaço de diálogo entre as diversas formas de cultura abarcadas em determinado conflito.

Com efeito, a partir da revisão bibliográfica do tema e com uso dos métodos descritivo e exploratório, o presente trabalho expõe, em seu primeiro número do desenvolvimento, as noções de globalização, colonialidade, conflitos coletivos e o Novo Constitucionalismo Latino-Americano, evidenciando suas interligações e as reflexões que desse imbrincamento resultam. No próximo ponto é exposto o modelo de mediação de conflitos coletivos e por que se acredita que ele concorre para um contexto de emancipação e autodeterminação, viabilizando a

realização de transformações sociais, além de ser um meio de realização de democracia participativa. No último número do desenvolvimento, descreve-se o espaço da consensualidade coletiva como o campo de diálogo de diferentes, sendo necessário adotar um paradigma de integração e de reconhecimento mútuo dos envolvidos como condição para se atingir os benefícios propostos: não basta mediar, deve-se mediar de forma intercultural.

Ao fim e ao cabo, conclui-se que a forma adjudicatória de resolução de conflitos está para a constitucionalismo hegemônico como a consensualidade, sobretudo coletiva, está para o constitucionalismo contra-hegemônico. As noções de mediação de conflitos coletivos e Novo Constitucionalismo Latino-Americano harmonizam-se e dialogam, validando-se reciprocamente.

## **2 GLOBALIZAÇÃO, COLONIALIDADE, CONFLITOS COLETIVOS E O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO**

Com a Expansão Marítima do século XV, o mundo europeu passou a se propagar, capilarizando sua forma de pensar, produzir, de se relacionar intersubjetivamente e interagir com o meio. Embora ainda estivéssemos longe da Revolução Industrial do século XVIII e, ainda mais, da Revolução Tecnológica, percebe-se nas primeiras navegações o embrião do processo de globalização.

É que, ao fim e ao cabo, a globalização nada mais é que a integração do globo em um sistema único de mercado baseado na economia capitalista e na alta circulação de bens, informações, produtos e pessoas. Boaventura de Sousa Santos a descreve como “o processo pelo qual determinada condição ou entidade local estenda sua influência a todo o globo e, ao fazê-lo, desenvolve a capacidade de designar como local outra condição social ou entidade rival” (2004, p. 244). Com efeito, a globalização possui uma função simultânea de agregação e segregação de pessoas e manifestações humanas. Ao mesmo tempo em que aproxima complexos humanos espacialmente distantes, segrega o que ou os que não acompanham esse processo planetário<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> “A globalização tanto divide como une; divide enquanto une — e as causas da divisão são idênticas às que promovem a uniformidade do globo. Junto com as dimensões planetárias dos negócios, das finanças, do comércio e do fluxo de informação, é colocado em movimento um processo ‘localizador’, de fixação no espaço. Conjuntamente, os dois processos intimamente relacionados diferenciam nitidamente as condições existências

A partir das navegações, a globalização projetou o modo europeu de ser e estar no mundo, tornando-o global, ao passo que limitou ao local os modos de ser e estar no mundo dos povos colonizados - americanos, africanos e asiáticos -, em um processo hegemônico, de cima para baixo, pautado na superioridade dos colonizadores.

Com a colonização, surge a diferenciação de raças entre pessoas, não só pela vinculação de determinado fenótipo a um ponto geográfico, mas para fundamentar uma suposta superioridade biológica. A escravidão negra de forma intensa foi adotada como modelo de produção, conquanto não tenha ido adiante o trabalho forçado das populações indígenas. As crenças, cultos, línguas e formas de conhecimento dos agrupamentos humanos nativos foram engolidos no transcurso do processo. Nesse momento, o avanço europeu pelo mundo tinha como padrão o homem branco heterossexual capitalista e católico, e qualquer manifestação humana diferente era violentamente lançada à margem do sistema vigente.

Era esse o tempo do *colonialismo*, na definição de Aníbal Quijano, que o conceitua como um padrão de dominação e exploração em que o controle da autoridade política, dos recursos de produção e do trabalho de populações determinadas possui uma diferente identidade de suas sedes centrais (QUIJANO, 2005, p. 118).

Passaram-se séculos; a escravidão, por não se adequar ao modo de produção industrial, foi oficialmente abolida; sobrevieram declarações de independência das antigas colônias e territórios; fronteiras foram desenhadas; o processo de globalização, com o advento da internet, começou a ganhar cadência cada vez mais frenética. No século XX, formalmente, já não se falava em colonialismo.

Por que, então, ainda nos dias de hoje estamos diante de um padrão e hegemônico nas relações sociais, manifestado no extermínio indígena, na discriminação da mulher, no encarceramento da população negra, na intolerância religiosa com as crenças de matriz africana, no desrespeito à diversidade sexual e nas posturas xenófobas em relação aos imigrantes e refugiados? A resposta está na noção de *colonialidade*. Apesar do fim do colonialismo, é a colonialidade que marca as relações contemporâneas de poder.

O termo diz respeito a um fenômeno histórico complexo que se estende até os dias de hoje, entendido como um padrão de poder que opera pela naturalização de hierarquias territoriais, raciais, culturais e epistêmicas. Essas hierarquias, fortemente enraizadas, possibilitam

---

de populações inteiras e de vários segmentos de cada população. O que para alguns parece globalização, para outros significa localização; o que para alguns é sinalização de liberdade, para muitos outros é um destino indesejado e cruel” (BAUMAN, 1999, p. 7-8).

a reprodução de relações de dominação, propiciando a exploração pelo capital dos seres humanos em escala global e a subalternização dos conhecimentos, das experiências e das formas de vida (QUIJANO, 2005, p. 120). O colonialismo se identifica, sobretudo em sua configuração mais atual, com aquilo que Boaventura de Sousa Santos denomina globalização hegemônica (2004, p. 246).

Foi por força desse fenômeno que os países da América Latina importaram, na dinâmica do sistema-mundo global, modos de ser e de produzir dos países colonizadores, que, a essa altura, eram encabeçados pelos Estados Unidos. O país, conquanto inicialmente colônia inglesa, não se submeteu à colonialidade, mas soube se apropriar dessa dinâmica de poder, assomando-se como o grande colonizador mundial, sobretudo em razão de seu fortalecimento nos contextos pós-guerras do século XX.

Com efeito, internalizamos um conceito de Estado baseado em uma noção monista de “povo”, como se fosse possível encaixotar na mesma embalagem toda a diversidade latino-americana presente em determinado espaço geopolítico. Não somos produto homogêneo que admite um só rótulo. Se é verdade que, em países de pequenas dimensões geográficas e homogeneidade linguística e cultural, é possível que assim se enxergue um Estado; na América Latina, em que se veem, nas palavras de Galeano (2017), todas as cores do arco-íris humano, com a miríade de línguas, culturas e modos de ser e estar do mundo que isso representa, não parecer fazer sentido uma ideia tão simplista.

Transplantamos, em especial a partir das redemocratizações pós-ditaduras, teorias da constituição e regras constitucionais retiradas de um tecido social completamente diferente do nosso. As constituições latino-americanas desse período reproduzem compromissos institucionais e respostas jurídicas pensadas diante de problemas do contexto europeu, reeditando na América Latina uma ideologia constitucional que apresenta dificuldades de realização de suas promessas.

Introduzimos em nossos países o capitalismo financeiro e abrimos as portas para a especulação<sup>3</sup>. Nesse ponto, a colonialidade, consubstanciada na faceta dada ao neoliberalismo

---

<sup>3</sup> “Este espaço-tempo virtualmente instantâneo e global, combinado com a lógica de lucro especulativa que o sustenta, confere um imenso poder discricionário ao capital financeiro, praticamente incontrolável apesar de suficientemente poderoso para abalar, em segundos, a economia real ou a estabilidade política de qualquer país. E não esqueçamos que de cada cem dólares que circulam diariamente no globo apenas dois pertencem à economia real. Os mercados financeiros são uma das zonas selvagens do sistema mundial, talvez a mais selvagem. A discricionariedade no exercício do poder financeiro é total e as consequências para os que são vítimas dele — por vezes, povos inteiros — podem ser arrasadoras.” (SANTOS, B. S., 1999, p. 55).

pelo Consenso de Washington, tem submetido os países da América Latina a expedientes de exploração mais severos e danosos do que os presenciados em tempos de colonialismo. Não podemos deixar de perceber que “o intercâmbio desigual funciona como sempre: os salários de fome da América Latina contribuem para financiar os altos salários dos Estados Unidos e da Europa”<sup>4</sup> (GALEANO, 2017, p. 275). Um exemplo emblemático dessa dinâmica foi a dramática situação vivenciada pela Argentina entre os anos 1990 e 2000<sup>5</sup>. O ocorrido é descrito como “o caso mais extremo de pobreza na abundância” ou de “‘desdesenvolvimento’ em circunstâncias não bélicas” (SACHS, 2008, p. 10).

É nessa teia de manifestações da colonialidade que surgem os “ninguéns”, tão precisamente descritos pela sensibilidade do uruguaio Eduardo Galeano (2002, p. 42):

As pulgas sonham em comprar um cão, e os ninguéns com deixar a pobreza, que em algum dia mágico de sorte chova a boa sorte a cântaros; mas a boa sorte não chova ontem, nem hoje, nem amanhã, nem nunca, nem uma chuvinha cai do céu da boa sorte, por mais que os ninguéns a chamem e mesmo que a mão esquerda coce, ou se levantem com o pé direito, ou comecem o ano mudando de vassoura.

Os ninguéns: os filhos de ninguém, os dono de nada.

Os ninguéns: os nenhuns, correndo soltos, morrendo a vida, fodidos e mal pagos:

Que não são embora sejam.

Que não falam idiomas, falam dialetos.

Que não praticam religiões, praticam superstições.

Que não fazem arte, fazem artesanato.

Que não são seres humanos, são recursos humanos.

Que não tem cultura, têm folclore.

---

<sup>4</sup> “[...] este novo modelo de imperialismo não toma suas colônias mais prósperas, conquanto enriqueça seus polos de desenvolvimento; não alivia as tensões sociais regionais, antes as agrava; dissemina ainda mais a pobreza e concentra ainda mais riqueza: paga salários vinte vezes menores do que em Detroit e estipula preços três vezes maiores do que em Nova York; torna-se dono do mercado interno e das etapas cruciais do aparelho produtivo; apropria-se do progresso, decide seus rumos e lhe fixa as fronteiras; dispõe do crédito nacional e orienta a seu talante o comércio exterior; não só desnacionaliza a indústria como também os lucros que a indústria produz; estimula o desperdício de recursos ao desviar para o exterior parte substancial do excedente econômico; não emprega capitais no desenvolvimento, antes os subtrai” (GALEANO, 2017, p. 276).

<sup>5</sup> “Foi Carvallo quem decidiu, sob os aplausos do Consenso de Washington, estabelecer uma taxa de conversão fixa de paridade entre o peso e o dólar, em 1991, inaugurando assim a nova fase de hegemonia mais ousada do pós-comunismo dos Estado Unidos. O resultado desse câmbio fixo foi a entrega da soberania econômica argentina a esse país [...] Pouco mais de dez anos depois da ousada atitude de Carvallo, sucederam-se cinco presidentes em poucas semanas, e o peso foi por fim ‘libertado’ do dólar. Uma corrida aos bancos seguiu-se à dramática desvalorização do peso, e os depositantes descobriram que as retiradas estavam rigorosamente limitadas, o que provocou protestos de rua e violentos distúrbios, de Buenos Aires a Salta. Os argentinos haviam descoberto que sua economia, inclusive a parte mais valiosa do setor público, e em particular sua poupança, tinham sido pilhadas. Pouco depois, muitos pequenos investidores nos Estados Unidos e na Europa se deram conta do mesmo triste fado das poupanças que haviam investido nos títulos da dívida argentina. Ao longo dos mesmos dez anos, as grandes seguradoras de *Wall Street* [...] haviam abocanhado cerca de 1 bilhão de dólares por terem afiançado os títulos do governo argentino. Foram muitos os responsáveis pela pilhagem que abalou a vida de 57 por cento do povo argentino, hoje oficialmente pobre, apesar de viver em um dos países mais pródigos em riquezas naturais do planeta” (MATTEI; NADER, 2013, p. 60-61).

Que não têm cara, têm braços.  
Que não têm nome, têm número.  
Que não aparecem na história universal, aparecem nas páginas policiais da imprensa local.  
Os ninguéns, que custam menos do que a bala que os mata.

Perceba-se o plural em referência aos destinatários da lógica de dominação. É que, seja na época do colonialismo, seja no ambiente da colonialidade, os prejuízos do imperialismo atingem mais que indivíduos, ferindo todo um grupo, categoria ou classe de pessoas, por vezes até indetermináveis. Daí porque os conflitos advindos da colonialidade se mostram eminentemente como conflitos de grupos, isto é, coletivos.

A coordenação desses grupos em movimentos sociais tem levado atualmente à articulação de reações contra o padrão de poder hegemônico, monista, externo, de cima para baixo, explorador e exclusivo, conduzindo à revisão das pautas do constitucionalismo europeu e norte-americano consolidado na América Latina. Essa mudança de ares se deve às lutas dos povos indígenas e dos povos afrodescendentes, que vêm conquistando a implementação de ações afirmativas como medida mínima de igualdade; das mulheres, que têm no movimento *Ni Una Menos* exemplo vivo na América Latina; da população LGBTQ, massacrada, quando não pelo assassinato, pelo preconceito e, notadamente em relação aos transgênero, pela falta de opções de trabalho; das minorias em geral e dos grupos vitimizados pelo racismo.

Os vários movimentos sociais perceberam a existência de interesses comuns nas próprias diferenças e para além das diferenças que os separa, convergindo, todos eles, em combates contra-hegemônicos e emancipatórios, distintos, mas relacionados entre si. Esse mosaico de diversidades coordenadas dá corpo a um “cosmopolitismo subalterno insurgente” que induz, a partir de uma lógica contra hegemônica de globalização, ao abandono dos paradigmas externos de epistemologia, voltando nossos olhos às epistemologias do Sul (SANTOS, 2010). É por meio delas que passamos a raciocinar modelos de Estado e de constitucionalismo próprios às nossas experiências sociais, culturais e econômicas.

Essa oxigenação foi possibilitada pela conjuntura política das últimas décadas, marcada pela ascensão de lideranças políticas que assumiram as pautas de segmentos sociais historicamente excluídos pelo modelo de democracia representativa liberal. É, por exemplo, o caso da eleição de Evo Morales na Bolívia, de Rafael Delgado no Equador, de Luís Inácio Lula da Silva no Brasil, de Tabaré Vázquez no Uruguai. Com o espaço criado em seu favor, os

movimentos sociais passaram a reivindicar maior participação popular e o reconhecimento de sua legitimidade.

Começa a surgir, nesse contexto de redescoberta das epistemologias do Sul, um constitucionalismo mais adequado à realidade da América Latina: contra-hegemônico, pluralista, interno, de baixo para cima, cooperativo e inclusivo. É o que se passou a chamar de Novo Constitucionalismo Latino-Americano.

Embora apenas alguns países tenham promovido uma reengenharia em seus sistemas, com a formulação de novas constituições ou alterações de suas disposições constitucionais<sup>6</sup>, o ideário do Novo Constitucionalismo Latino-Americano está irradiado na região. Ele se pauta, em especial: a) na participação popular na elaboração e interpretação da Constituição; b) na adoção de um modelo de “bem viver” fundado na percepção de que o ser humano é parte integrante de um cosmos; c) na rearticulação entre Estado e mercado a partir da reestruturação do modelo produtivo; d) na rejeição do monoculturalismo e na afirmação de pautas pluralistas; e) garantia de participação de todas as etnias formadoras das nações latino-americanas; f) na preocupação com a superação das desigualdades sociais e econômicas (BARBOSA; TEIXEIRA, 2017, p. 1128).

O movimento, ainda incipiente, se vê diante de vários desafios rumo à concretização de possibilidades para uma democracia participativa ou, ao menos, com maior nível de protagonismo da população, para que se dê voz às diferenças e todos os matizes humanos presentes no pluriculturalismo latino-americano, empoderando e emancipando.

### **3 POSSIBILIDADES DA MEDIAÇÃO DE CONFLITOS COLETIVOS**

No atual cenário de ressignificação do acesso à justiça, entendido como o direito de “acesso ao direito, de preferência sem contato ou sem passagem pelos tribunais” (COSTA E

---

<sup>6</sup> Raquel Yrigoyen Fajardo (2012), ao analisar as mudanças constitucionais realizadas nos países da América Latina nas últimas décadas, descreve três ciclos: a) constitucionalismo multicultural (1982-1988), marcado pelo surgimento do multiculturalismo, notadamente em relação às populações indígenas, e representado, *v.g.*, na Constituição da Guatemala (1985) e na da Nicarágua (1987); b) constitucionalismo pluricultural (1989-2005), por meio do qual os Estados não só reconhecem a multiculturalidade, como positivam os direitos de diversidade cultural, reconhecendo, por exemplo, um sistema de justiça próprio aos indígenas, sendo apontadas como exemplo nas constituições de Colômbia (1991), México (1992), Paraguai (1992) e Venezuela (1999); c) constitucionalismo plurinacional (2006-2009), formado pela Constituição da Bolívia (2006) e do Equador (2008), que propõe a refundação do Estado a partir do reconhecimento explícito das raízes indígenas ignoradas, que não são meramente reconhecidos, mas considerados como sujeitos constituintes.

SILVA, 2009, p. 19). É que o processo judicial heterocompositivo, adjudicatório e adversarial, tem sido substituído por meios outros de composição de conflitos, entre eles a mediação. Por meio dela, os envolvidos em determinado conflito são conduzidos por um terceiro facilitador a definir, exclusivamente por si, em conjunto e considerando reciprocamente suas necessidades e limitações, em um processo democrático e dialético.

A mediação tem se consolidado como instrumento de solução de conflitos que educa, facilita a interação humana e ajuda a compreender e respeitar diferenças e a realizar tomadas de decisões sem a intervenção de terceiro que decidem pelos afetados por um conflito. Bem por isso que “as práticas sociais da mediação configuram-se em um instrumento de realização da autonomia, da democracia e da cidadania”, conforme a lição do jurista argentino Luis Alberto Warat (2018, p. 18).

A mediação é espécie do gênero da autocomposição de conflitos, que se contrapõe aos meios adjudicatórios de realização da justiça, também chamados de heterocompositivos. Esses meios heterocompositivo, porquanto adversariais, trazem uma visão negativa de conflito, sempre composto por um perdedor e um ganhador, em uma relação ganha-perde (*win-lose*). Essa ideia parte do equivocado pressuposto, absorvido da faceta capitalista<sup>7</sup> da colonialidade, de que todas as relações sociais são pautadas na competição e, portanto, impõem um jogo de soma zero, no qual, para que haja um vencedor, um dos envolvidos deve necessariamente levar outro à derrota<sup>8</sup>.

Superando esse paradigma, a mediação concebe o conflito de forma positiva, em que se pode e deve haver uma relação ganha-ganha (*win-win*). Nesse modelo de solução de conflitos, é possível maximizar ganhos cooperando com o outro participante, antes visto como adversário.

Um das premissas elementares da resolução consensual de conflitos é a efetiva participação e o empoderamento dos envolvidos. São eles os exclusivos responsáveis pelo desfecho da questão controvertida. Em um cenário em que as próprias partes constroem de forma conjunta os termos e condições para resolução do conflito, ainda que representados, existe uma desejável inclusão democrática.

---

<sup>7</sup> “O espírito capitalista é o egoísmo competitivo, excludente e dominador” (COMPARATO, 2017, p. 567).

<sup>8</sup> Daí porque “há conflitos que nunca deveriam ser decididos por um tribunal pois o que é fundamental não é a decisão, mas a capacidade de ultrapassagem do conflito por aqueles que estão envolvidos. Assim sucede com conflitos [...] em que deve proceder-se a uma imputação de responsabilidade entre diversos intervenientes. Em todas essas situações [...], o conflito deve ser desviado dos tribunais, sendo absorvido por instâncias de mediação altamente qualificadas” (COSTA E SILVA, 2009, p. 76).

Há, pois, a quebra da estrutura vertical da jurisdição, possibilitando que a justiça passe a ser praticada de forma horizontal. A mediação é, assim, um caminho para a substituição, na resolução de conflitos, de um saber de dominação, imposto, por um saber solidário, construído a partir do consenso.

Embora a mediação tenha sido inicialmente pensada para questões individuais, percebe-se que a sua aplicação no campo dos conflitos coletivos, além de possível, tem o potencial de multiplicar em proporção geométrica seus benefícios. Benefícios esses que se somam à articulação político-jurídica de grupos e de movimentos sociais própria do Novo Constitucionalismo Latino-Americano, dando-lhes possibilidades emancipatórias e de participação democrática direta.

### **3.1 Emancipação e autodeterminação**

Boaventura de Sousa Santos (2003, p. 6-7), ao se questionar sobre a possibilidade de o direito ser emancipatório, no sentido de gerar transformações sociais, chega a interessantes conclusões. Primeiro, afirma que as duas grandes estratégias de transformação social, a reforma das leis e a tomada de poder, estão em crise: a primeira tem se mostrado inócua ao longo das últimas décadas no contexto de Estados capitalistas que não se mostram interessados nas agendas de inclusão; a segunda ruiu à medida que os Estados saídos de revoluções se mostraram tão nocivos às pessoas quanto os que sucederam.

O autor conclui que o direito, em si considerado, não consegue ser emancipatório tampouco não-emancipatório, porque o que pode “ser emancipatório ou não-emancipatório são os movimentos, as organizações e os grupos cosmopolitas subalternos que recorrem à lei para levar suas lutas adiante” (SANTOS, 2003, p. 71). Não obstante, para que essas lutas emancipatórias tenham espaço, é necessária uma legalidade alternativa, pautada em formas do direito informal e não oficial, porosas e influenciadas pelas causas políticas adjacentes às questões postas. Assim, o direito que viabiliza transformações sociais não é o direito estatal e oficial, de aplicação impositiva.

O abandono de meios adjudicatórios de resolução de conflitos permite justamente a criação de um campo em que incide um direito alternativo, marcado pelas tensões políticas existentes na questão e em que o uso do direito estatal é substituído pelas necessidades e limitações dos envolvidos. Para Luis Alberto Warat (2018, p. 20), a mediação é “uma proposta

jurídica de resolução de conflitos que escapa do normativismo”, de modo que o único parâmetro para composição do conflito é a lei da necessidade, não as regras do direito posto.

A mediação é, assim, instrumento de um modelo de justiça que não se realiza apenas sob o manto da validação judicial e que tampouco está condicionado à correspondência da solução atingida com o arcabouço legal positivado (FREITAS JR., 2014, p. 9). Por isso, o *locus* da resolução consensual de conflitos envolvendo grupos sociais é o espaço de realização do direito cosmopolita insurgente: um espaço livre do direito oficial e no qual são feitas construções horizontais, inclusivas e viabilizadoras de transformação social.

É também por essa razão que a resolução consensual de conflitos coletivos empodera as pessoas e grupos envolvidos com a questão discutida. São eles os únicos responsáveis pela edificação da solução do problema. Na palavras de WARAT (2018, p. 44), com a mediação, há “a substituição de uma solução alienante por uma solução que vai ao encontro da autonomia”.

Com efeito, nas soluções adjudicatórias de conflitos, os cidadãos atribuem a terceiros a direção da sua vida. Com a prática da mediação de questões coletivas os envolvidos têm autonomia para tratar e administrar seus conflitos, identificando a causa do problema e a maneira mais adequada para solucioná-lo (MARTINS, 2003, p. 58). Com isso, o cidadão e os grupos sociais deixam de ser meros espectadores na composição das questões que os envolvem, passando a ser protagonistas, reforçando sua liberdade e autodeterminação.

### **3.2 Realizando a democracia participativa**

Um dos desafios mais marcantes do Novo Constitucionalismo Latino-Americano é a criação e a concretização de instrumentos de democracia participativa. Contrasta esse desafio a mediação de conflitos coletivos, marcadamente democrática. O espaço de construção do consenso só se realiza com a participação das coletividades interessadas, que, ainda que representadas por instituição legitimada, compõem ativamente o processo consensual.

Busca-se, inclusive, no que toca aos conflitos que envolvem entes públicos na consecução de suas funções, a superação do padrão que enxerga a participação popular como apenas envolvendo administrados de um lado e administradores do outro, com uma participação inclusiva e colaborativa não só de cidadãos, mas também de interesses organizados, de entidades com e sem fins lucrativos, planejadores e gestores públicos.

É possível também transplantar para conflitos que recaiam sobre a elaboração e implementação de políticas públicas o modelo de resolução consensual coletiva, oxigenando, democratizando e otimizando resultados. As políticas públicas podem ser abordadas pelo direito em dois campos: interno, ligado à sua consecução administrativa, sob a ótica do gestor público; e externo, afeto à composição de conflitos, na perspectiva do operador do direito. É no segundo que se propõe, em alternativa à abordagem externa comumente feita, de bases neoconstitucionalistas eurocêntricas, um modelo democrático de resolução de conflitos coletivos envolvendo políticas públicas, por meio do qual os envolvidos possam resolver construtivamente as disputas<sup>9</sup>.

É que a resolução consensual de conflitos coletivos passa ao largo dos problemas geralmente relacionados à judicialização de políticas públicas. Com efeito, a mediação pode se dar dentro ou fora de um processo judicial e seu parâmetro de definição de conflitos não é, imediatamente, a lei, mas as necessidades e limitações práticas dos envolvidos, inclusive orçamentárias. Logo, cai por terra a discussão sobre a postura do juiz no cenário pós-positivista, visto que a função do magistrado, quando presente, será conduzir os envolvidos à mediação e, em sendo o caso, homologar o acordado. Aqui não há preocupação sobre ativismo e autocontenção (*judicial self-restraint*).

Fala-se, outrossim, que a judicialização de políticas públicas é falha porque, em geral, requer medidas legislativas e complexas ações administrativas que dependem, em última instância, da combinação de ações políticas e expertise técnica para as quais o judiciário não é capacitado, vocacionado ou legitimado. No ponto, não se furta do administrador a possibilidade de gestão e controle das políticas públicas que estabelece e concretiza. Isso porque o administrador, com sua expertise técnica, capacidade, vocação e legitimação, é incluído na solução da questão posta. Não cabe, no modelo de mediação descrito, a imposição goela abaixo de decisão heterocompositiva. Assim, evita-se a ingerência indevida do Judiciário nas políticas

---

<sup>9</sup> “Dada a maior complexidade que envolve os conflitos coletivos envolvendo políticas públicas [...], seja pelo fato de que atingem uma pluralidade de titulares de direitos no polo ativo e, normalmente, no polo passivo, podem envolver mais de um órgão público que tenha competência para proteção desses direitos (algumas vezes de mais de uma esfera da Federação), seja pelo fato de que muitos destes conflitos são multifacetados, envolvendo direitos fundamentais que estão em conflito com outros direitos também de natureza fundamental, coloca-se como absolutamente desafiadora para o Poder Judiciário a perspectiva de realizar a sua adequada ponderação obtendo uma solução que seja ao mesmo tempo viável e juridicamente aceitável. Em razão de seu potencial para gerar um diálogo que propicie o esclarecimento de interesses convergentes e divergentes, bem assim para permitir a exploração de soluções que atendam a todos os interesses legítimos, a mediação se afigura, assim como o instrumento apropriado para a busca de uma solução” (SOUZA, 2012, p. 99).

públicas, ao mesmo tempo que se pode antecipar, com a deflagração do procedimento, a pauta discutida, levando para a agenda pública questão por vezes soterrada por interesses outros.

Percebe-se também que a inclusão democrática própria da consensualidade coletiva tem o condão de afastar do modelo de mediação abordado a crítica da “dificuldade contramajoritária” também feita à judicialização de políticas públicas.

Além dessas constatações, o espaço no qual a mediação é veículo do exercício da democracia parece-nos ser também um dos meios para atingir o “desenvolvimento includente, sustentável e sustentado” de Ignacy Sachs ou mesmo o “desenvolvimento como liberdade” do Nobel de economia Amartya Sen, noções intimamente ligadas com os ideias do Novo Constitucionalismo Latino-Americano.

No momento histórico em que se mostra intolerável a agressiva faceta do neoliberalismo formulada no Consenso de Washington, fica evidenciado que o crescimento econômico não é sinônimo de desenvolvimento humano. Aquele é meramente instrumental a este<sup>10</sup>. Amartya Sen, com base no liberalismo igualitário de John Rawls, formulou uma concepção de desenvolvimento pautada, acima de tudo, na liberdade das pessoas, vistas não como meras beneficiárias do desenvolvimento, mas como seus *agentes*, com a sua inclusão no processo de deliberação de políticas públicas. Ignacy Sachs, com forte inspiração em Marx, afirma que “devemos nos esforçar por desenhar uma estratégia de desenvolvimento que seja ambientalmente sustentável, economicamente sustentada e socialmente includente” (SACHS, 2008, p. 118-119), atingida, entre outros caminhos<sup>11</sup>, pela “democracia direta, que cria melhores condições para o debate dos assuntos de interesse público” (SACHS, 2008, p. 39).

Se, nas palavras de Boaventura de Sousa Santos (1999, p. 71), para a construção de um novo contrato social<sup>12</sup>, devemos criar “novas constelações de lutas democráticas que tornem

---

<sup>10</sup> “A pobreza pode ser sensatamente ser identificada em termos de privação de capacidades; a abordagem concentra-se em privações que são *intrinsecamente* importantes (em contraste com a renda baixa, que é importante apenas *instrumentalmente*.)” (SEN, 2010, p. 120).

<sup>11</sup> “Os cinco pilares do desenvolvimento [...] são: a-Social, fundamental por motivos tanto intrínsecos quanto instrumentais, por causa da perspectiva de disrupção social que paira de forma ameaçadora sobre muitos lugares problemáticos do nosso planeta; b-Ambiental, com as suas duas dimensões (os sistemas de sustentação da vida como provedores de recursos e como "recipientes" para a disposição de resíduos); c-Territorial, relacionado à distribuição espacial dos recursos, das populações e das atividades; d-Econômico, sendo a viabilidade econômica a *conditio sine qua non* para que as coisas aconteçam; e-Político, a governança democrática é um valor fundador e um instrumento necessário para fazer as coisas acontecerem; a liberdade faz toda a diferença” (SACHS, 2008, p. 15-16).

<sup>12</sup> “Trata-se de um contrato bastante diferente do da modernidade. É, antes de mais, um contrato muito mais inclusivo porque deve abranger não apenas o homem e os grupos sociais, mas também a natureza. Em segundo

possíveis mais e mais amplas deliberações democráticas sob aspectos cada vez mais diferenciados da sociabilidade”, vê-se na resolução consensual de conflitos coletivos um instrumento que concorrer para essa criação, aprimorando a experiência participativa no cenário latino-americano de hoje.

#### **4 O INTERCULTURALISMO COMO PARADIGMA DA MEDIAÇÃO**

“A mediação é uma forma ecológica de resolução dos conflitos sociais e jurídicos” (WARAT, 2018, p. 17). Nela, o intuito de satisfação das necessidades substitui a aplicação coercitiva e terceirizada de uma sanção legal. O paradigma ecológico<sup>13</sup>, descrito por Luis Alberto Warat, é uma crítica à autonomia individualista da modernidade, propondo, em tempos pós-modernos, uma percepção da realidade em suas inter-relações e não como pura soma de entidades individuais. Essa perspectiva amplia a pura ótica intersubjetiva dos humanos e tenta incluir também a consideração das interdependências e interligações com os seres vivos e com os ecossistemas e a biosfera. Ela impõe, assim, uma mutação na percepção da realidade, especialmente na relação com a natureza e na construção do entorno social. Exige uma nova compreensão do próprio ser humano, uma superação da concepção solipsista e centrada puramente nos interesses humanos para chegar a uma compreensão ecossistêmica do ser humano.

O espaço ecológico, evidentemente, é composto pela diversidade cultural tão marcante no contexto da América Latina. Para atingir a forma ideal de interações de diferentes formas de ser e estar no mundo, Boaventura de Sousa Santos (2004) propõe a superação da dicotomia universalismo cultural/relativismo cultural por meio de uma concepção *multicultural* dos

---

lugar, é mais conflitual porque a inclusão se dá tanto por critérios de igualdade como por critérios de diferença. Em terceiro lugar, sendo certo que o objetivo último do contrato é reconstruir o espaço-tempo da deliberação democrática, este, ao contrário do que sucedeu no contrato social moderno, não pode confinar-se ao espaço-tempo nacional estatal e deve incluir igualmente os espaços-tempo local, regional e global. Por último, o novo contrato não assenta em distinções rígidas entre Estado e sociedade civil, entre economia, política e cultura, entre público e privado. A deliberação democrática, enquanto exigência cosmopolita, não tem sede própria, nem uma materialidade institucional específica” (SANTOS, 1999, p. 60)

<sup>13</sup> “Proponho a denominação ‘ecocidadania’ como referência globalizante de uma resposta emancipatória sustentável, baseada na articulação da subjetividade em estado nascente, da cidadania em estado de mutação e da ecologia no conjunto de suas implicações. A ‘ecocidadania’ representa uma transformação ética, estética, política e filosófica profunda. Seria a possibilidade de criar um novo eixo emancipatório (para a autonomia individual e coletiva) que possa ocupar, na tarefa de recomposição permanente da sociedade, o lugar dos antigos e já trivializados valores emancipatórios” (WARAT, 2004, p. 251).

Direitos Humanos, instrumentalizada pelo que denomina de “hermenêutica diatópica”. Segundo o autor, a luta pela dignidade humana nunca será eficaz se assentar em canibalização ou mimetismo cultural.

O que se busca é um diálogo intercultural sobre a dignidade humana que pode levar a uma concepção que, em vez de recorrer a falsos universalismos, se organiza como uma constelação de sentidos locais, mutuamente inteligíveis. Em uma releitura pós-moderna da igualdade material de Aristóteles, o autor assume como premissa de sua hermenêutica diatópica a aceitação do seguinte imperativo transcultural: “temos o direito a ser iguais quando a diferença nos inferioriza; temos o direito a ser diferentes quando a igualdade nos descaracteriza” (SANTOS, 2004, p. 272).

Joaquín Herrera Flores (2002) também identifica a inadequação das visões universalistas (abstratas, formais e de racionalidade jurídica) e relativistas (localistas, culturais e de racionalidade material) dos Direitos Humanos, propondo como solução um “universalismo de chegada ou de confluência” ou um “universalismo de contrastes, de entrecruzamento, de mesclas”. A tese se pauta do diálogo a partir da visão complexa da humanidade, tendo como objetivo uma síntese harmônica das diferentes opções de direitos.

O multiculturalismo, se entendido como o só reconhecimento de várias perspectivas sobre a dignidade humana, não é suficiente. É necessário, para a adequada penetração dos direitos no tecido social, o entrecruzamento das perspectivas, manifestado numa concepção *interculturalista*. Herrera Flores afirma que a visão abstrata universalista adota um multiculturalismo conservador, que compreende a existência de várias culturas, mas somente uma pode considerar-se o padrão ouro do universal, já a visão localista e relativista produz um multiculturalismo liberal de tendência progressista: “todas as culturas são iguais, não há mais que se estabelecer um sistema de *affirmative actions*, para que as ‘inferiores’[...] possam aproximar-se à hegemonia, mas, ao estilo do politicamente correto, respeitando sempre a hierarquia dominante (FLORES, 2002, p. 21).

O modelo desejado é de um universalismo que sirva de impulso para abandonar todo tipo de visão fechada e que seja a favor de energias nômades, migratórias, móveis, que permitam deslocarmo-nos pelos diferentes pontos de vista sem a pretensão de negar-lhes, nem de negar-nos, a possibilidade de luta pela dignidade humana (FLORES, 2002, p. 23).

O campo de aplicação, seja de uma hermenêutica diatópica, seja de expansão de um universalismo de contrastes, é justamente o espaço ecológico dos conflitos coletivos no

ambiente da diversidade latino-americana. Nele se imiscuem pessoas, determinadas ou não, determináveis ou não, das mais diversas origens, histórias, condições sociais, nacionalidades, religiões; de diferentes orientação sexual, identidade de gênero, raça, cor, etnia etc. O encontro de culturas se dá nesse âmbito heterogêneo.

Daí porque não basta aplicar a mediação na resolução de conflitos coletivos para que se atinjam os benefícios aqui descritos. Ela deve ser adjetivada, qualificada como intercultural, tal qual descrita por Carlos Giménez: uma modalidade de resolução consensual de conflitos em situações sociais de multiculturalidade, cujo os escopos são a *“comunicación y comprensión mutua, el aprendizaje y desarrollo de la convivencia, la regulación de conflictos y la adecuación institucional, entre actores sociales o institucionales etnoculturalmente diferenciados”* (GIMÉNEZ, 1997, p. 142). O processo consensual deve estar atento às especificidades dos grupos envolvidos e ser capaz de temperar os contrastes evidenciados pela miscigenação de diferentes no cenário de múltiplas culturas latino-americano, integrando-os em um diálogo de reconhecimento mútuo.

## 5 CONCLUSÕES

Como defluiu da exposição feita, as noções de Novo Constitucionalismo Latino-Americano, mediação de conflitos coletivos, emancipação, democracia e diálogo intercultural se relacionam de forma intensamente recíproca. A nova forma de pensar o constitucionalismo da América Latina demanda a elaboração de mecanismos de emancipação e democracia participativa em um contexto de interação de diversas culturas; a mediação de conflitos coletivos é instrumento que liga os dois pontos: é uma das possíveis pontes que fornecem ao Novo Constitucionalismo Latino-Americano um caminho rumo à participação popular democrática em um modelo de Estado que se pretende contra-hegemônico, pluralista, interno, de baixo para cima, cooperativo e inclusivo. Já os movimentos sociais em sua demanda por democracia direta e emancipação precisam da base sociológica, política e filosófica do Novo Constitucionalismo Latino-Americano para a afirmação de suas lutas, encontrando na consensualidade coletiva ferramenta para a efetivação desse arcabouço teórico. O modelo de mediação de conflitos coletivos, portanto, funciona como uma via de mão dupla entre os dois pontos.

Com efeito, por meio da resolução consensual de conflitos coletivos cria-se um espaço de emancipação, pois nela o direito formal cede espaço ao direito informal, com a substituição do direito posto pelas necessidades e limitações dos envolvidos. Viabiliza-se, nesse espaço, a realização de transformações sociais.

O processo de mediação coletiva inclui; é eminentemente democrático. Ele representa inegável passo à frente em relação ao atual horizonte representativo. São os próprios envolvidos que edificam a solução de seu conflito. Em vez de terceirizarem a realização da justiça, em geral ao Estado, com a consensualidade eles assumem essa função, reforçando sua autonomia e capacidade de autodeterminação. Identificou-se que a mediação de conflitos coletivos também constitui forma válida de abordagem das políticas públicas pelo direito, tornando-a democrática e contornando as críticas feitas à judicialização da função administrativa.

No espaço de realização da mediação também se opera a interação de diferentes formas de ser e estar no mundo, próprias das diversas culturas presentes no cenário latino-americano. Evitando-se, com a perspectiva intercultural, a canibalização ou o mimetismo cultural, ganham voz os cidadãos, com todas as suas matizes, incluídos povos indígenas e afrodescendentes, mulheres, população LGBTQ, grupos vitimizados pelo racismo e as minorias em geral.

Como se vê, a consensualidade coletiva e constitucionalismo que vem surgindo nos países latino-americanos, a partir de uma epistemologia do sul, harmonizam-se e dialogam. Pelo exposto, conclui-se que a mediação de conflitos coletivos é instrumento útil à articulação de grupos sociais próprias do Novo Constitucionalismo Latino-Americano, garantindo emancipação, participação democrática e a realização do diálogo intercultural. Com o emprego da consensualidade coletiva, além de outras ferramentas com a potencialidades contra-hegemônicas, acreditamos que a história do constitucionalismo é mais eurocêntrica do que o seu futuro.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Maria Lúcia; TEIXEIRA, João Paulo Allain. Neoconstitucionalismo e Novo Constitucionalismo Latino Americano: dois olhares sobre igualdade, diferença e participação in **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, Vol. 08, N. 2, 2017, p. 1113-1142.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**: as consequências humanas. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

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

FLORES, Joaquin Herrera. **Direitos Humanos, Interculturalidade e Racionalidade de Resistência** in Sequência, Santa Catarina, v. 23, n. 44, 9-29, 2002.

FREITAS JR., Antonio Rodrigues. **Contribuição da Ciência Política para um Conceito Operativo de Conflito e uma Pragmática Responsável da Mediação** in FREITAS JR., Antonio Rodrigues (org.). *Mediação e Direitos Humanos: temas atuais e controvertidos*. São Paulo: LTr, 2014.

GALEANO, Eduardo. **As Veias Abertas da América Latina**. Tradução de Sergio Faraco. Porto Alegre: L&PM, 2017.

\_\_\_\_\_ **O Livro dos Abraços**. Tradução de Eric Nepomuceno. 9ª ed. Porto Alegre: L&MP, 2002.

GIMÉNEZ, Carlos Romero. La naturaleza de la mediación intercultural In **Revista de Migraciones**. Madri: Instituto Universitario de Estudios sobre Migraciones, v. 2, p. 125-159, 1997.

MARTINS, Dayse Braga. **A Mediação no Processo de Democratização do Estado** in SALES, Lília Maia de Moraes (org.). *Estudos sobre Mediação e Arbitragem*. Fortaleza: ABC, 2003.

MATTEI, Ugo; NADER, Laura. **Pilhagem**: quando o Estado de Direito é ilegal. Tradução de Jefferson Luis Camargo. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

QUIJANO, Anibal. **Colonialidade do poder e classificação social** in SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula (Org.). *Epistemologias do Sul*. São Paulo: Cortez, 2010.

SACHS, Ignacy. **Desenvolvimento**: incluyente, sustentável e sustentado. Rio de Janeiro: Garamond, 2008.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Os Processos da Globalização** in *Globalização: fatalidade ou utopia?* SANTOS, Boaventura de Sousa (org). Porto: Afrontamento, 2011.

\_\_\_\_\_ **Para além do Pensamento Abissal**: das linhas globais a uma ecologia de saberes. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula (Org.). *Epistemologias do Sul*. São Paulo: Cortez, 2010.

\_\_\_\_\_ Poderá o direito ser emancipatório? **Revista de Ciências Sociais**, n. 65, Maio de 2003, p. 3-76.

\_\_\_\_\_ **Por uma Concepção Multicultural de Direitos Humanos** in Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita. BALDI, César Augusto (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

\_\_\_\_\_ **Reinventar a Democracia:** entre o pré-contratualismo e o pós-contratualismo in A Crise dos Paradigmas em Ciências Sociais e os Desafios para o Século XXI. HELLER, Agnes *et al.* Rio de Janeiro: Contraponto, 1999.

SOUZA, Luciane Moessa de. **Mediação de Conflitos Coletivos:** a aplicação de meios consensuais à solução de controvérsias que envolvem políticas públicas de concretização de direitos fundamentais. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

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

\_\_\_\_\_ **Surfando na Pororoca:** Ofício do mediador. DAL RI JÚNIOR, Arno *et al* (org.). Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.