V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS I

CHARLISE PAULA COLET GIMENEZ

MARIELLA BERNASCONI

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 I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/ Unisinos/URI/UFSM /Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: Charlise Paula Colet Gimenez, Mariella Bernasconi – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-261-3
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 I

Apresentação

Los temas que ahora se presentan hablan de la necesidad de reconocimiento y la aplicación de nuevas formas de resolución de conflictos como medio de pacificación social y la realización de la ciudadanía. Se entiende que la transferencia al tercero juez de los resultados de la decisión de conflictos determina quién gana y quién pierde, pero carecen las personas implicadas en una respuesta eficaz a sus necesidades e intereses. Por otra parte, se observa que el poder judicial se constituye en una forma de venganza institucionalizada, siendo la difusión de ganador-perdedor.

Así, los textos se centraron en la necesidad de legislar sobre la negociación, conciliación, mediación e justicia restaurativa. Que sean integrantes del proceso y no simples medios no vinculantes en el derecho. Dichas modalidades deben estar reglamentadas por ley y si se celebran tengan valor jurídico que evite un proceso.

Por tanto, se trató la abogacía preventiva y la prevención del litigio, tratando de cambiar el perfil del egresado, que el mismo no se centre en el abogado litigante sino también en el abogado que previene el litigio y que puede por medio de las modalidades relacionadas supra evite un proceso y con ello se solucione un conflicto evitando todo un proceso judicial.

Profa. Dra. Charlise Paula Colet Gimenez - URI

Profa. Mariella Bernasconi - UDELAR

A MEDIAÇÃO JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL BRASILEIRA COMO MARC NA PERSPECTIVA DO PLURALISMO JURÍDICO NA AMERICA LATINA

LA MEDIACIÓN JUDICIAL Y EXTRAJUDICIAL DE BRASIL COMO MARC EM LA PERPECTIVA DEL PLURALISMO JURÍDICO EM LATINO AMERICA

Antonio Carlos Fialho Garselaz [1]

Resumo

O artigo analisa a mediação judicial e extrajudicial brasileira como mecanismo alternativo de resolução de conflitos, no contexto do pluralismo jurídico influenciado pelo novo constitucionalismo latino americano, apresentado as contribuições e mazelas que a positivação deste instituto no sistema jurídico brasileiro pode trazer na solução dos conflitos.

Palavras-chave: Mediação, Pluralismo jurídico, Marc

Abstract/Resumen/Résumé

El artículo analiza la mediación judicial y extrajudicial de Brasil como un mecanismo alternativo de resolución de conflictos en el contexto de pluralismo jurídico influenciado por el nuevo constitucionalismo latinoamericano , presenta las contribuciones y los dolores que positivización este instituto en el sistema jurídico brasileño puede traer la solución de conflictos.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Mediación, Pluralismo juridico, Marc

[1] Graduado em Direito pela UNISINOS. Especialista em Direito Tributário pelo IBET. Mestrando do programa de Mestrado em Direito e Sociedade do Centro Universitário La Salle/Canoas-UNILASALLE. Advogado. Bolsista Capes/Prosup

1 Introdução

Com o surgimento do estado moderno houve, também a expropriação do conflito e os problemas que até então eram resolvidos pelas partes, com auxilio de suas comunidades, passaram a ter no estado em face do monopólio da justiça, a exclusividade para solução do litígio.

O direito Latino-americano que surgiu após a independência da Espanha e Portugal, foi forjado para colonialidade, com estruturas organizacionais visando atender objetivos das metrópoles em torno do comércio, do capital e garantias para as elites.

A conseqüência desta estrutura é a imposição de uma única realidade para o direito, que oriundo exclusivamente do Estado, mitiga organizações sociais dos povos originários e transfere ao Estado, a própria soberania do povo, uma vez que este se apresenta como único autorizado a produzir o direito.

Esta colonialidade do direito se preocupou ainda com a sua perpetuação, quando da criação das primeiras faculdades, no caso do Brasil, as faculdades de São Paulo e Recife que foram moldadas para formação de juristas aptos a desenvolverem as estruturas do Estado recém independente, dentro dos dogmas dos países colonizadores, com objetivo de manutenção das estruturas burocráticas das metrópoles

A crise dos paradigmas jurídicos da modernidade, combinados com as formas atuais de dominação e exclusão, tem como uma de suas origens a centralização do Estado como único produtor de normas e único autorizado a resolver conflitos, influenciado especialmente pela maneira como ocorreu o processo de colonização e independência das Colônias na America Latina.

Assim a crise do sistema jurídico monista que se apresenta especialmente na crise do sistema judiciário Brasileiro possuem nos chamados meios alternativos de resolução dos conflitos – MARC, importante contribuição para solução dos conflitos como uma forma de tutela judicial diferenciada.

O sistema jurídico Brasileiro encontra-se em crise decorrente do alto índice de judicialização e pelo esgotamento e ineficácia do judiciário, que possui dificuldade em dar solução para demandas que recebe, evidenciando a necessidade de um mecanismo alternativo ser implementado para resolução dos conflitos.

O sistema jurídico Brasileiro passou no último ano por significativas alterações por meio da positivação da medição judicial e extrajudicial em face da Lei 13.140/15 e também da incorporação de ambos mecanismos pelo Novo Código e Processo Civil Brasileiro Lei 13.105/15.

Assim o presente artigo se justifica pela necessidade de se encontrar alternativas efetivas para solução dos conflitos no âmbito do sistema jurídico brasileiro, e tem como problema, identificar como e de que maneira esta positivação da mediação judicial e extrajudicial, pode influenciar na solução dos conflitos, tendo como objetivo, demonstrar que simples positivação da mediação não é suficiente para melhorar o acesso a justiça da população historicamente afastada da tutela judicial para solução dos seus conflitos.

A metodologia a ser aplicada, será revisão bibliográfica sobre o pluralismo jurídico e novo constitucionalismo latino americano, bem como pesquisa empírica nos dados sobre a judicialização no Brasil, disponibilizados pelo CNJ e analise dos dispositivos legais que incorporaram a mediação no sistema jurídico brasileiro.

2 Novo constitucionalismo Latino-americano

Por ocasião da independência das colônias, não houve nenhuma significativa mudança em relação as metrópoles Espanha e Portugal, havendo apenas adaptações pontuais, mantendo-se as oligarquias e o direito baseado nas declarações anglo-francesas com incorporação da legislação cível napoleônica.

Ocorre que direito das metrópoles Portugal e Espanha nunca possuiu as condições para organizar satisfatoriamente os estados colonizados e atender aos anseios das múltiplas realidades jurídicas existentes a região latino-americana

Desta forma se manteve uma dependência jurídica das colônias, que refletem atualmente na crise do sistema jurídico Latino americano e Brasileiro, que foram moldados para o monismo, impactando especialmente nas dificuldades de se incorporar as demandas sociais e novos direitos e formas alternativas de resolução de conflitos que surgem nas organizações e comunidades.

Em termos gerais na America Latina a cultura jurídica utiliza como fontes, o direito romano, germânico e canônico, com instituições jurídicas burocratizadas e

com controle elitista, sendo que em regra prioriza as demandas da elite, em detrimento das demandas de segmentos sociais, como nações indígenas, populações afros, campesinos agrários e outros movimentos urbanos.

O direito latino americano seguindo tendências européias estruturou o seu sistema jurídico, por meio de cartas constitucionais supostamente emanadas do povo, mesmo que historicamente excluam grande parte da diversidade da região como sendo sujeitos de direitos.

O contexto político do inicio do século XIX nos países latino-americanos, para Wolkmer (2015) foi um campo fértil para o surgimento de uma doutrina jurídica denominada constitucionalismo liberal que além da concepção monista do direito, limitava o poder do estado das metrópoles européias, apresentando ainda valores como liberalismo econômico, mínima intervenção do Estado e as garantias relativas aos direitos individuais.

Assevera Wolkmer (2013) que as constituições latino americanas, não estabeleciam um Estado de direito, mas um modelo de Estado forjado para garantias e proteções e desenvolvimento do sistema capitalista, representando interesses elitista influenciados pela cultura européia, que refletiram também nas instituições jurídicas que surgiram após a independência, especialmente os tribunais, os códigos e as constituições.

Entretanto, nos últimos anos surgiu na região, uma forte retomada do poder político por aqueles historicamente excluídos, em que uma das principais reivindicações eram assembléias constituintes que contemplassem todos segmentos populacionais dos Estados, especialmente os povos originários, escravos, imigrantes, campesinos dentre outros, buscando organizar as constituições com menor grau possível de colonização apresentando concepções pluralistas e formar alternativas para resolução de conflitos.

Também, tornou-se imperioso uma descolonização direito, por meio de estruturas administrativas e instituições jurídicas, que assimilassem as peculiaridades Latino-americanas, especialmente a diversidade cultural, o que começou a ser apresentado na região, por meio do Novo Constitucionalismo que

pode ser analisado em três grandes ciclos: Relação Estado-povos indígenas, direito à identidade e direito à diversidade cultural.

A primeira etapa das reformas constitucionais, ocorreu com a Constituição Brasileira de 1988, com mecanismos de participação popular e democrática, seguida da constituição Colombiana de 1991, que trouxe novos processos constituintes derivados do povo que refletiram diretamente nas constituições do Venezuela e Equador dando inicio ao novo constitucionalismo latino americano que culminou com a constituição Boliviana.

Para Yepes (2007) o maior reconhecimento dos direitos humanos em outros países, influenciou diretamente a constituição Colombiana de 1991. A Carta reflete um pacto de ampliação democrática, que traz também objetivos de combater violência e corrupção.

A constituição Colombiana de 1991 não atendeu a integralidade dos anseios sociais da população, mesmo assim juntamente com a constituição Brasileira de 1988, inaugurou as reformas constitucionais latino americanas, sendo reconhecida especialmente, por também trazer uma nova perspectiva de assembléia constituinte.

Para Pastor (2013) a Assembléia Constituinte Colombiana de 1991 buscou resgatar a doutrina do poder constituinte, que até aquele momento, seguiam na America Latina, modelos europeus que minimizavam a participação da sociedade.

Na seqüência surge a constituição da Republica Bolivariana da Venezuela de 1999, que para Wolkmer (2013) é a precursora do novo constitucionalismo pluralista, consagrando em seu Art. 2º o pluralismo político e rompendo com a antiga idéia eurocêntrica de pensar o direito e o estado na região.

O processo constituinte Venezuelano na visão de Hernandez (2013), também pode ser considerado como um marco do novo constitucionalismo latino americano. Na Venezuela previamente a constituição de 1999 havia a constituição de 1961, que limitava a participação popular, exclusivamente ao poder de voto, se caracterizando por uma democracia representativa.

A constituição da Venezuela teve significativa importância e papel chave no Novo constitucionalismo, se posicionando entre as primeiras reformas constitucionais ocorridas no Brasil e na Colômbia e as recentes cartas constitucionais do Equador e da Bolívia.

A terceira etapa contemporânea deste novo constitucionalismo, será representado pelas constituições do Equador (2008) e da Bolívia (2009).

A constituição do Equador admitiu direitos próprios da natureza (pachamama), direito ao desenvolvimento e ao bem viver (sumak kawsay), destacando também os direitos indígenas e afro-equatorianos.

A Carta apresentou também importante mudança na jurisdição e no controle de constitucionalidade, envolvendo jurisdição indígena e justiça estatal, contemplando ainda a resolução dos conflitos com aplicação pluralista do direito próprio indígena, desde que não fosse contrário a constituição e aos direitos humanos reconhecidos internacionalmente.

Assim, a constituição equatoriana deslocou valores antropocêntricos de tradição européia, para reconhecimentos de direitos próprios da natureza no chamado giro biocêntrico, que reconhece os direitos da natureza e do bem viver, o que segundo Wolkmer (2013) causou muitas controvérsias, uma vez que neste momento houve o abandono da tradição ocidental, que tinha no ser humano o destinatário exclusivo de direitos subjetivos fundamentais, apresentando-se a natureza também sendo um sujeito de direitos.

Dando continuidade as reformas constitucionais latino-americanas, em 2009 surge a constituição Boliviana, que para Wolkmer (2013) representa o marco fundamental de institucionalização do pluralismo jurídico.

A constituição Boliviana, representando até o momento a última reforma constitucional latino -americana, percorreu o caminho das experiências positivas dos recentes processos constitucionais da Venezuela e Equador, especialmente no que se refere a assembléia constituinte.

Para Wolkmer (2013), a constituição da Bolívia de 2009 é seguramente a de maior transformação institucional que se apresentou nos últimos anos, instituindo um

estado plurinacional e apresentando o verdadeiro Novo Constitucionalismo contemplando um direito comunitário, plurinacional e descolonial .

Assim, destaca-se na constituição boliviana, o fato de ser um documento que reconhece a plurinacionalidade, o que foi uma novidade no constitucionalismo latino-americano em relação a luta histórica dos excluídos contra o modelo liberal.

A constituição Boliviana prevê em seus artigos 30 a 32, os direitos das nações e povos indígenas originários e camponeses cuja a existência é anterior a invasão espanhola, ao lado do projeto de um estado comunitário e plurinacional o que culminou com a constitucionalização da diversidade, se apresentando como uma carta constitucional que no dizer de Wolkmer (2013) pode ser denominado como um direito comunitário participativo que se produziu a partir do fato e da norma.

Assim o novo constitucionalismo se instaurou na América Latina a partir de mudanças políticas, impulsionando novos paradigmas no continente e novas sociabilidades coletivas, tendo como desafio para o futuro, a concretização de direitos de mecanismos alternativos de resolução de conflitos

O direito latino-americano, por muito tempo serviu como instrumento de efetivação dos objetivos econômicos capitalistas e liberais europeus, entretanto, os grupos historicamente dominados e alijados das discussões constitucionais passaram a perceber sua capacidade de lutar pelo rompimento dos projetos coloniais, encontrando no pluralismo jurídico de viés comunitário, importante papel para efetividade destes anseios.

3 Pluralismo Jurídico

A analise da perspectiva pluralista do direito, passa pelo estudo da teoria monista. Assim a idéia central do monismo jurídico, esta centrada no direito oriundo exclusivamente do Estado, neste sentido esclarece Sáenz (2004, p.4) “[...] es transversal em a todas las teorías del PJ [pluralismo jurídico] la convicción de que el Estado está lejos de ser el único foco de juridicidad de una sociedad”.

Para o monismo só é jurídico as normas emanadas pelo Estado, desta forma, esclarece Wolkmer (2015) que o pluralismo jurídico, fundamenta-se na sua diferenciação com o monismo, tendo uma forte influencia da omissão estatal, da crise do poder judiciário e do surgimento de novos sujeitos de direitos coletivos,

que se emancipam com base em um processo de libertação democrática e participativa, apresentando-se como uma nova forma de racionalidade, para explicar a complexidade social da America Latina.

Assim o Pluralismo se contrapõe ao monismo e também reflete para Wolkmer [...]“a multiplicidade de manifestações e praticas normativas existentes num mesmo espaço sociopolítico, podendo ser ou não oficiais”[...](2015 p 257)

A concepção pluralista do direito, contempla diversos teóricos, assim o presente artigo será desenvolvido por meio do referencial teórico do pluralismo jurídico transformador de Antonio Carlos Wolkmer, que propõe um pluralismo jurídico que se caracteriza como “[..] uma estratégia democrática de integração [que] procura promover e estimular a participação múltipla dos movimentos populares organizados e dos novos sujeitos sociais de base.” Wolkmer (2015, p.272).

A teoria do autor, propõe uma interação do pluralismo legal com o pluralismo *comunitário-participativo*, o que denomina, como marco teórico emancipatório.

Este marco teórico desenvolve-se com o que o autor denomina de efetividade formal e material, sendo a primeira relacionada ao surgimento de novos sujeitos sociais, tanto individuais quanto coletivo e a satisfação de suas necessidades fundamentais, e a segunda relacionada a ‘[...] reordenação do espaço público, mediante uma política democrático-comunitária descentralizadora e participativa, desenvolvimento da ética concreta de alteridade, construção de processos para uma racionalidade emancipatória” Wolkmer (2015, p.273).

Assim o pluralismo jurídico tem sua origem, no declínio da concepção de que o Estado com o monopólio da produção jurídica, possa resolver a integralidade dos conflitos sociais, especialmente aqueles que envolvem novos sujeitos de direitos, como movimentos sociais, povos originários, campesinos dentre outros.

Para Rubio[...] “la estructura normativa del moderno Derecho positivo formal a comienzos del siglo XXI, es poco eficaz, sobre todo para solucionar y atender los problemas relacionados con las necesidades de las sociedades periféricas.”(2007, p.37). Desta forma, entende que o pluralismo jurídico, se

apresenta como racionalidade para estas necessidades, contribuindo para emancipação de novos sujeitos de direitos.

No que tange ao conceito de Pluralismo, esclarece Wolkmer (2015) que, em face do complexo contexto histórico-social que envolve esta racionalidade, o pluralismo pode ser classificado com diversas formas e possibilidades, não existindo um conceito único, uma vez que se pode privilegiar aspectos jusfilosófico, sociológico ou antropológico, havendo entretanto o consenso entre as diversas formas de analisar o pluralismo, de que o direito não emana exclusivamente do Estado, assim Antonio Carlos Wolkmer define o pluralismo como:

> "[...] multiplicidade de manifestações ou práticas normativas num mesmo espaço sociopolítico, interagidas por conflitos ou consensos, podendo ou não oficiais e tendo sua razão de ser nas necessidades existenciais, materiais ou culturais." (WOLKMER, 2015, p.257)

Assim o pluralismo político e jurídico, será a interação do pluralismo legal (direito) com o comunitário-participativo (social e político), que terá como fundamentos da sua efetividade material, conforme Wolkmer (2015), o surgimento de novos sujeitos sociais (individuais e coletivos) e satisfação das suas necessidades, apresentando ainda como fundamentos da efetividade formal, a reordenação do espaço público mediante uma política democrático-comunitária descentralizadora e participativa, com a construção de processos para uma racionalidade emancipatoria.

O pluralismo jurídico para Wolkmer (2015), centra seus objetivos, na busca da totalidade de direitos de uma sociedade, esclarecendo que o pluralismo não tem a pretensão de negar o direito estatal, mas sim de obter o reconhecimento de que o direito estatal, é apenas uma das formas jurídicas que existe na sociedade, trazendo a idéia da coexistência das formas jurídicas que contempla o direito estatal e as demais manifestações normativas não estatais.

Assim o Pluralismo Jurídico pode contemplar não só formas independentes, como também práticas normativas oficiais formais, envolvendo ainda a coexistência de ordens jurídicas distintas, por meio práticas normativas autônomas por diferentes

grupos sociais, reconhecidas e ou incorporadas e controladas pelo estado dentre elas mecanismo alternativos de solução de conflitos.

Para Wolkmer (2015) a produção de um pluralismo de sujeitos coletivos com base em democracia participativa, deve resgatar direito das minoriais, o direito a diferença, a autonomia e a tolerância.

A racionalidade emancipatória do Pluralismo Jurídico, tem como fundamento, a superação de outras formas de pluralismo, pautados no modelo neoliberal e tendo por premissa, o projeto político oriundo das necessidades históricas de segmentos excluídos do processo de produção do direito.

Esclarece Wolkmer (2015) que o pluralismo jurídico como forma emergente de cultura político-jurídica, deve estar calcado em estruturas e mecanismo, voltadas a práticas coletivas de cidadania, com especial atenção ao que chama de pedagogia libertadora. Para o autor a pedagogia libertadora, esta relacionada a uma educação voltada ao processo de descolonização, ampliando os horizontes das sociedades colonizadas.

Ainda para Wolkmer a existência do pluralismo jurídico emancipatório pressupõe a ocorrência de alguns requisitos, sendo eles "[...] a) a legitimidad de los neuvos sujetos sociales, b) la democratización y descentralización de un espacio público participativo, c) la defensa pedagógica de una ética de la solidaridad, d) la consolidación de pocessos conducentes a una racionalidad emancipatória e a legitimidade dos novos movimento sociais, esta relacionada especialmente, com o fato de que não devem se adptar uma situação normativa posta, mas sim, se apresentar como "[...] un sujeto vivo, actuante y libre, que participa, se autodetermina y modifica lo mundial del processo histórico social" (WOLKMER 2007, p 26).

No que tange a democratização e descentralização do espaço público participativo, segundo Rúbio, esta relacionado ao surgimento de novos movimento sociais, que trazem, um complexo sistema de necessidades, que variam de uma sociedade para outra, especialmente pelas condições negadoras de necessidade de subsistência, dentre elas o direito a saúde que possuí um constante conflito entre necessidade e demanda (RÚBIO 2007, p 46)

Ainda democratização do espaço comunitário esta relacionado a necessidade de transformações nas práticas culturais, visando concretização de direitos emanados de necessidades de novos sujeitos de direitos, ressaltando também Rúbio que a defesa de uma ética de solidariedade, esta relacionada ao entendimento da dignidade do outro, afim de que os sujeitos historicamente oprimidos, possam emancipar-se. (RÚBIO 2007, p 47)

Para Wolkmer (2015) a exaustão do Estado na resolução dos conflitos coletivos, refletem na transformação da relação Estado e Sociedade no que tange ao processo de regulamentação, e assim os MARC´s, se apresentam como uma nova modalidade onde prevalece a livre vontade .

4 A Mediação Judicial como mecanismo alternativo para resolução de conflitos no sistema jurídico Brasileiro.

A idéia dos mecanismo alternativos esta relacionada a sistemas de justiça com vies comunitário participativo, esclarecendo Boaventura de Sousa Santos que os conflitos sociais e os mecanismos para sua resolução possuem na sociologia valiosa contribuição, e que muitos foram os estudos voltados a análise do litígio e não da norma, com orientação teórica do pluralismo jurídico, voltado a análise de mecanismos de resolução jurídica de conflitos de maneira informal as margens do direito estatal (SANTOS, 2013, p. 215).

Para Santos uma das grandes contribuições da sociologia para administração da justiça, esta em apresentar de forma empírica os reflexos das reformas nos sistemas jurídicos, para que possa ser observado se as alterações realizadas, refletem em questões como acesso a justiça, diminuição dos índices de judicialização e na própria democratização do judiciário. (SANTOS, 2013, p. 222)

Observa ainda o sociólogo, que as reformas na administração judiciária que buscam a criação de alternativas, se apresentam como as de maior inovação na política judiciária, uma vez que de maneira paralela e não conflitante com o direito oficial, buscam a resolução de litígios, por meio de instituições voltadas a busca de soluções participativas e mediada entre os litigantes. (SANTOS, 2013, p. 217)

Santos propõe uma nova política judiciária, voltada a democratização do direito da sociedade, iniciando pela própria administração da justiça que afirma ser “uma dimensão fundamental da democratização da vida social” (Santos, 2013, p. 218),

que deve estar voltada dentre outros, para participação da sociedade na administração da justiça, bem como para simplificação dos atos processuais e incentivação de formas alternativas de resolução de conflitos, como conciliações e mediações dentre outros.

Assim a mediação judicial irá se configurar como uma forma alternativa de resolução de conflitos, se caracterizando também como uma pluralidade alternativa no interior do direito oficial, esclarecendo Wolkmer que:

> [...] a dimensão do [termo] "alternativo" na inserção do "fenômeno jurídico" traduz uma variante de "juridicidade" distinta do que foi instituída como obrigatória e burocratizada, ou seja, outro procedimento normativo espontâneo distinguindo-se do introjedado formalmente pelo poder oficial hegemônico. (WOLKMER, 2015 p. 330).

Embora a mediação não seja um mecanismo novo, somente em 2010 ela foi incluída no ordenamento jurídico brasileiro, por meio da resolução 125 do CNJ, que disciplina a política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do poder judiciário, evidenciando a crise no sistema estatal de direito brasileiro e a necessidade de alternativas para resolução de conflitos.

A crise no sistema judicial Brasileiro, pode ser verificada por meio dos dados estáticos disponibilizados pelo CNJ, que demonstram no Relatório Justiça em Números 2014, que dos 95,1 milhões de processos que tramitavam no judiciários brasileiro em 2013, 85,7 milhões tramitavam no primeiro grau.

Assim dentre os motivos fundamentam a Resolução destacam-se:

> **CONSIDERANDO** que,[...] cabe ao Judiciário estabelecer política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade, de forma a organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação;
>
> **[...]**

> **CONSIDERANDO** que a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, e que a sua apropriada disciplina em programas já implementados no país tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças (CNJ, RESOLUÇÃO 125/2010 p.2)

Desta forma a Resolução atribuiu aos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC), a responsabilidade de desenvolver, planejar e executar junto aos tribunais, a política judiciária de tratamento adequado de conflitos, possibilitando ainda aos núcleos estimularem programas de mediação comunitária.

A possibilidade dos núcleos estimularem programas de mediação comunitária, é um importante avanço nos mecanismos alternativos de resolução de conflitos no sistema jurídico brasileiro, que contribui:

> [...]possibilitando a formação de uma nova cultura jurídica pluralista voltada a participação democrática de base com a proposição de um outro significado de justiça com uma concepção comunitária e participativa. (WOLKMER, 2015 p. 329)

Entretanto a crítica que faz ao sistema jurídico brasileiro, é que embora invista recursos e crie alternativas com intuito de desafogar o judiciário, muito pouco se dedica a criação de mecanismos voltados ao seu afastamento do monopólio da justiça.

Assim a solução dos conflitos por métodos alternativos, se apresenta também como uma forma de acesso a justiça, entretanto em que pese a resolução 125 do CNJ possibilitar que o judiciário Brasileiro estimule programas de mediação comunitária, o que se observa é o judiciário invocando para dentro de sua estrutura, as formas alternativas de solução de conflitos, captando-as e mantendo o monopólio da justiça, como ocorre no caso da mediação.

Dando continuidade a implementação da política nacional de mecanismos alternativos de resolução de conflitos, no ano de 2015 foi sancionada a Lei 13.140 que dispõe sobre a mediação entre particulares, como meio de solução de controvérsias judicial e extrajudicial, bem como sobre a autocomposição de litígios, no âmbito da administração pública, positivando de vez a mediação no sistema jurídico brasileiro.

Na Lei 13.140/2015 dentre outros aspectos de regulação da mediação, destacam-se o procedimento, as questões inerentes aos mediadores judiciais e extrajudiciais, o procedimento de mediação judicial e extrajudicial, bem como a mediação para pessoas jurídicas de direito público.

Por sua vez o Novo Código de Processo Civil Brasileiro, Lei 13.105/2015 também apresentou a mediação como uma forma de tratamento dos conflitos, codificando aspectos como as responsabilidades dos tribunais quanto a criação de centros consensuais de solução de conflitos, os princípios da mediação, qualificação e regulamentação da atividade de mediação e aspectos da audiência de mediação.

Assim ambos institutos contribuem para o desenvolvimento de uma direito comunitário participativo e:

> "Nesse contexto [com] a utilização de procedimentos de baixo nível de institucionalização, em escala parcial (práticas e interpretações alternativas dentro do sistema legal vigente) e em escala total (rupturas e mudança para outro *modus vivendi* de juridicidade), poderão contribuir para o processo de desregulamentação estatal e conseqüente alargamento comunitário de autorregulação voluntaria, sedimentando uma nova política de administração da justiça. (WOLKMER, 2015 p. 333).

Assim passamos a apresentar algumas reflexões sobre a mediação judicial, como mecanismo alternativo de solução de conflitos no interior do direito oficial, buscando entender sem esgotar o assunto, as contribuições e mazelas que esse novo paradigma poderá apresentar para o sistema jurídico Brasileiro..

No que se refere a Lei 13.140/2015 a sociedade Brasileira, durante a tramitação do projeto de lei, criou expectativas de que houvesse por meio da referida

norma, a positivação de práticas de resolução de conflitos extrajudiciais, voltadas a mediação comunitária, o que possibilitaria o acesso a justiça da população marcada por desigualdades sociais, oriunda de uma estrutura sociopolítica colonizada, fomentando uma justiça democrática e desburocratizada.

Entretanto a Subseção II da Lei 13.140/2015 destinada a mediação extrajudicial, se voltou a esmiuçar os procedimentos, para hipótese de haver previsão contratual da clausula de mediação, ou seja, se voltou aos negócios aos contratos e ao capital, em detrimento do acesso a justiça da população marginalizada, para solução de seus conflitos cotidianos.

Aspecto importante da positivação da mediação, como mecanismo alternativo de resolução de conflitos, se revela também nos princípios apresentados tanto na Lei quanto no Novo Código de Processo Civil, que privilegiam aspectos como a voluntariedade e a independência na mediação judicial e extrajudicial.

Assim surpreendem os dispositivos que tratam das penalidades para aqueles que faltarem a mediação, previstos no Art. 22 IV da Lei 13.140/15 para o caso do não comparecimento na mediação extrajudicial, e também no Art. 334 § 8º do NCPC, que considera o não comparecimento injustificado do autor ou réu, como ato atentatório a dignidade da justiça.

O pressuposto inicial para mediação é a vontade dos litigantes de dialogarem e resolverem o conflito, assim obrigatoriedade de comparecerem a sessão, faz com que as partes possam chegar a mediação, influenciada negativamente pela obrigatoriedade de ali estar, o que não ocorreria na hipótese de um comparecimento voluntário.

Outro aspecto controverso da mediação judicial, diz respeito a regulação do tempo de cada sessão, que nos termos do Art. 334 do NCPC, foi fixada com período mínimo de 20 minutos, o que faz com que em muitas comarcas a pauta de conciliação esteja mais distante do que a pauta ordinária de audiências de instrução, o que influência na adesão dos litigante por esta forma de resolução de conflitos, na medida em que normalmente buscam a solução mais célere possível para seu problema.

Assim os enunciados emanados da audiência por meio das jornadas de saúde do CNJ podem ser considerados como fonte do direito. António Manuel Hespanha em sua obra Pluralismo jurídico e direito democrático, apresenta seu elenco

das fontes do direito, afirmando que o direito comunitário de origem judicial vem sendo regularmente reconhecido como fonte de direitos pelos tribunais. (HESPANHA, 2013, p.90).

Por sua vez Wolkmer vai tratar da pluralidade alternativa no interior do direito oficial, onde infere que

> [...] A utilização de procedimentos com baixo nível de institucionalização, em escala parcial (praticas e interpretações alternativas dentro do sistema legal vigente) e em escala total (rupturas e mudanças para outro *modus vivendi* de juridicidade), poderão contribuir para o processo de desregulamentação estatal e o conseqüente alargamento comunitário de autorregulação voluntária, sedimentando uma nova política de administração de justiça." (WOLKMER, 2015, p. 333)

Assim é possível visualizar na audiência pública da saúde, uma abertura judicial visando uma pluralidade no bojo do direito oficial, buscando participação dos atores sociais na busca pela efetivação do direito a saúde, com surgimento de normas que contemplam mesmo que d forma limitada uma democracia participativa da sociedade..

5 Considerações Finais

A mediação judicial recentemente incorporada ao sistema jurídico brasileiro, por meio da Lei 13.140/2015 e pelo Novo Código e Processo Civil, é sem dúvida um avanço nos mecanismos alternativos de resolução de conflitos, que encontra-se em fase de amadurecimento.

O sucesso da mediação judicial brasileira para resolução os conflitos, passa por uma mudança cultural e importante ponto de observação, será a receptividade da sociedade e dos tradicionais atores jurídicos, a muito influenciada pela "solidificação do imaginário legal oficial" (Wolkmer, 2015a p. 114), possuindo dificuldades de compreender justiça as margens do modelo tradicional.

Assim a viabilidade da mediação judicial como forma alternativa de resolução de conflitos passa também pela flexibilização do status dos tradicionais atores jurídicos,

como Advogados Ministérios Público e Juízes, que não mais serão integralmente os donos do conflito, devendo atuar de maneira a contribuir com o desenvolvimento de um sistema jurídico democrático e participativo, voltado ao acesso a justiça, no sentido de que a justiça seja a resolução do conflito da população via judicial ou extrajudicial.

6. REFERENCIAS

DOBROWOLSKI, Silvio. **O Pluralismo jurídico na constituição de 1988**. In Rev. Inf Legisl. Brasilia. 1991. Disponível em http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/175806/000451403.pdf?sequence=1 acesso em 02.02.2016

DUSSEL, Enrique. **1492 O Encobrimento do Outro: A Origem do Mito da Modernidade.** Petrópolis: Vozes, 1993. Disponível em http://enriquedussel.com/DVD%20Obras%20Enrique%20Dussel/Textos/35/1492.pdf acesso em 31.01.2016

FILHO, Jose Carlos Moreira da Silva Filho ;**Pluralismo Jurídico y nuevos movimientos sociales: de la crisis da la dogmática juridica a la afirmación de nuevos derechos.** In: RANGEL, Jose Antonio de La Torre (Org.) **Pluralismo Jurídico**.San Luis Potosí:Cenejus, 2007

HERNANDEZ, Oswaldo Rafael Cali; **A democracia participativa na constituição da Venezuela**, In WOLKMER, Antônio Carlos; MELO, Milena Petters (Org.) **Constitucionalismo Latino Americano: Tendências contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2013.

Lei 13.105/2015 disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm acesso em 02/06/2016 as 18:54

Lei 13.140/2015 disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm acesso em 02/06/2016 as 16:41

LEMOS, Eduardo Xavier. **O Pluralismo Jurídico na omissão Estatal: o direito achado no cárcere**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2014.

PASTOR, Roberto Viciano; Dalmau, Rubén Martínez; **O processo constituinte venezuelano no marco do novo constitucionalismo latino-americano**, In WOLKMER, Antônio Carlos; MELO, Milena Petters (Org.) **Constitucionalismo Latino Americano: Tendências contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2013.

Resolução 125 de 2010 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ Disponível em http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579 acesso em 06/06/2016 as 22:45

RANGEL, Jose Antonio de La Torre: **Pluralismo Jurídico**.San Luis Potosí, 2007.

RUBUIO, Davi Sánchez, **Pluralismo Jurídico e emancipación, a partir de la obra de Antonio Carlos Wolkmer**. in RANGEL, Jose Antonio de La Torre: **Pluralismo Jurídico**.San Luis Potosí, 2007.

SÁENZ, Juana Dávila. **Apuntes Sobre Pluralismo Jurídico**. Bogotá, 2004

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela Mão de Alice: O social e o politico na pós-modernidade**. São Paulo: Cortez, 2013.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura de direito**. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____ **Historia do Direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____; Pluralismo Crítico e Perspectivas para um novo constitucionalismo na América Latina, In WOLKMER, Antônio Carlos; MELO, Milena Petters (Org.) **Constitucionalismo Latino Americano: Tendências contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2013.

_____;CORREAS, Oscar (Org.). **Crítica Juridica na America Latina**. Aguascalientes: Cenejus, 2013.

_____; MELO, Milena P. (Orgs.). **Constitucionalismo Latino-americano. Tendências Contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2013;

_____;**Pluralismo Jurídico: nuevo marco emancipatório en America Latina**. In: RANGEL, Jose Antonio de La Torre (Org.) **Pluralismo Jurídico**.San Luis Potosí:Cenejus, 2007