

Exercer o direito: uma participação com múltiplas vozes¹

*Carole Younes**

Resumo

A sociedade francesa, ao utilizar de inovadoras práticas para a solução de conflitos, lançou olhar diferente ao direito, o que permitiu novas descrições dos processos de judicialização próprios à mediação. O objetivo com este breve ensaio é comentar as experiências da autora como advogada e juíza em meio às mudanças das concepções do direito que se originam dos modelos sociais. A mediação contribuiu para iluminar a face negociada da lei, constituindo, desse ponto de vista, um paradigma que excede sua existência num processo de resolução dos conflitos para alcançar a questão da normatividade, aí entendido o contexto da justiça institucional.

Palavras-chave: Mediação. França. Advocacia e Magistratura.

¹ Comentário breve inspirado na apresentação feita pela autora no Colóquio REVISITER LES RELATIONS ENTRE JUSTICE ETATIQUE ET MEDIATION: un enjeu de société, na Université Paris I, Panthéon-Sorbonne, 6-7 de junho de 2011.

* Mestre e doutora em Direito pela Universidade de Paris 1 - Panthéon-Sorbonne. Advogada e mediadora. E-mail: caroleyounes@yahoo.com.

1 INTRODUÇÃO

A emergência da mediação na França modificou as práticas de resolução dos conflitos de forma profunda; não quantitativamente, mas, principalmente, quanto às novas formas de perceber e resolver os conflitos, levando a uma reflexão sobre a realidade social.

Além do uso e da análise dessas novas práticas, a mediação olhou de forma diferente para o direito, deixando, assim, o campo aberto para antropólogos, sociólogos e psicólogos do direito descreverem os processos de judicialização próprios à mediação, bem como para reexaminar as práticas judiciárias e as relações existentes entre os diferentes agendamentos, negociados, impostos e aceitos, de acordo com a tipologia do direito trípode do Laboratório de Antropologia Jurídica de Paris.

Foi o sentido no debate aberto há dez anos que se procurou localizar em filigranas os laços que unem a emergência da mediação e as mudanças das concepções do direito, partindo dos nossos modelos sociais. A mediação contribuiu para iluminar a face negociada da lei, constituindo, desse ponto de vista, um paradigma que excede sua existência num processo de resolução dos conflitos, para alcançar a questão da normatividade, aí entendido o contexto da justiça institucional.

É na perspectiva de perceber a polifonia, quando a tentação gera o desejo de ouvir um direito uníssono, que eu gostaria de evocar minhas experiências como operadora do direito, em particular minha prática como advogada e o que pude perceber e experimentar na prática de juíza.

Essa postura consiste em mostrar, no processo judicial, como os cidadãos são atores do direito, e não somente como o direito age sobre eles.

O historiador Michelet nos esclarece. Eis o que ele escreve no “Renascimento”:

Luiz XI, que só queria sua tirania, desejou apaixonadamente que se levantasse em todos os cantos o velho véu da ignorância, através do qual se abrigava a arbitrariedade infinita dos reis das províncias e dos cantões. Com que facilidade e sob costumes não escritos, confiados à memória pouco segura e corruptível dos praticantes, todas as vontades dos senhores leigos e eclesiásticos, deveriam valer como leis! Leis mutáveis ao bel-prazer do interesse e da necessidade do dia.²

Quem poderia ter reclamado? Que pobre homem, diante dos filhos de Robert-le-Diable, teria ousado dizer: “Mas o costume é outro”.

Em 1497, Rochefort ordena, em nome do Rei, a publicação dos costumes. Para publicar era preciso escrever, formular, redigir. Eis como foi feito em todas as sedes: ‘Nossos comissários tendo reunido nossos oficiais (do lugar) e as pessoas dos três Estados, praticantes de *outros* redutos eleitorais e jurisdições, publicarão’ [...].³

Esses *outros*, diz Michelet, é a nação. Ele prossegue:

Quero dizer que nesse debate os senhores eclesiásticos e leigos podiam impor aos comissários do Rei uma redação feudal, os praticantes eram consultados e como em quase todos os lugares eles eram clientes dos senhores, *chamava-se para testemunhar os notáveis, os velhos, homens, enfim, a multidão*. Os comissários eram livres, num caso controverso, para fazer uma espécie de enquete da

² MICHELET, J. Renaissance.. In: _____. *Histoire de France*: au seizième siècle. Paris: Chamerot, 1855, v. 7, p. 190.

³ MICHELET, J. *Histoire de France*. Paris: Librairie Abel Pilon, [s.d.]. v. 9, p. 293.

multidão, isto significa chamar o povo para testemunhar a verdadeira lei do país⁴.

Os tempos mudaram, no entanto essa observação ainda é válida hoje.

Ela poderia ser anexada ao processo de socialização jurídica e à interiorização da norma coletiva que lhe dá sentido. Poderia, também, apontar o diálogo constante entre as normas jurídicas e sociais.

Nessa perspectiva, meu propósito é falar do que pode acontecer no caminho que vai do cliente ao advogado, depois ao juiz, e descrever o que pode ser percebido na co-construção do direito, quando seguido da interpretação e da tradução que evocam espaços de mediação ou de intermediação dentro da lei.

O que se entende aqui como espaços da mediação?

Seria a perspectiva dos destinatários, que são também os emissores, quer seja advogado, quer seja juiz ou parte, e as relações permanentes entre eles e o emissor oficial – o legislador.

Pensa-se numa história intercalada por episódios sucessivos da vida do direito, a imagem do viver junto, tudo o que nos une, tudo o que nos separa.

A hipótese seria a seguinte: a expressão desse espaço de mediação se desenvolve primeiramente *na prática profissional do advogado*, sob o efeito de interpretações ou de histórias sucessivas sobre *as expectativas legítimas referentes a uma relação social, ao seu desdobramento, como ela se forma ou se desprende...* É nesse aspecto de co-construção do direito que se expressa a busca da legitimidade:

⁴ MICHETET, [s.d.].

– legitimidade para o jurisdicionado, mas também para o advogado ou o juiz, que reconhece uma norma ou uma expectativa como tal, atribuindo-lhe um valor.

– legitimidade do juiz, que, quando diz a regra, deve referir-se a uma autoridade superior, a do povo, em nome da qual os julgamentos são feitos, mas também em nome do qual a lei é promulgada.

Tudo conforme a época descrita por Michelet, quando o povo era interrogado para se ter conhecimento de seus costumes, para saber o que ele entende sobre direito e se suas expectativas contribuíam para moldar a lei, seus contornos e suas evoluções.

O direito, então, ficava na interseção de várias projeções, de interpretações sucessivas e de mudanças evolutivas.

Mais que um estado ilustrado pela bela expressão quebequense “direito vivo”, é a descrição de um processo dando sequência aos trabalhos de Roderick Macdonald⁵.

No início da cadeia se encontra o jurisdicionado, aquele que vem procurar uma resposta judicial para resolver um conflito, estabelecer uma situação, firmar um direito, acabar uma desordem, corrigir um erro...

A ideia concebida é de que o jurisdicionado, o cliente, o usuário, o cidadão, não sabe e não conhece nem a linguagem nem a gramática do direito; a justiça como instituição está longe dele, ele fica fora do conflito e não participa do processo de resolução utilizado nos procedimentos e normas que lhe escapam, em razão

⁵ MACDONALD, R. Acessibilidade para quem? De acordo com qual concepção da justiça? *Os Cadernos de Direito*, n. 33, p. 457, 1992; MACDONALD, R. Normatividade, pluralismo e sociedades avançadas: hipótese do pluralismo para pensar o direito. In: YOUNES, C.; LEROY, E. (Dir.). *Mediação e diversidade cultural*. Paris: Karthala, 2002. p. 21-38.

da complexidade da lei, da multiplicação de textos legais e de regulamentos...

No entanto e a despeito dessas representações, o cliente tem a experiência do direito na sua vida cotidiana: ele tem sua percepção do que é injusto, de como deveria ser, do que numa dada situação de bloqueio deveria se produzir, ou ao contrário, do que não é tolerável... e do que não deveria ser aceito.

Quer nas relações com as instituições, quer com particulares, trata-se de interagir certas normas de comportamento com outras; existem expectativas *vis-à-vis* às instituições e expectativas dessas instituições com relação a elas.

O cliente vem procurar com o profissional uma forma

- do que ele percebe como sindicável, justificado, justo;
- do que ele pressente como provável de compensar sua justa reivindicação.

Nessa etapa indiferenciada é ele que diz o que ele considera seus direitos, não com base numa apreciação puramente subjetiva, mas relacionada à norma tal como ele a sente, como ele a compreende, a usa, o que vai corresponder à ideia que ele faz do que deve ser a relação social, a função e o lugar de cada um.

É ele o suposto destinatário da norma, o que antecipa do que essa norma trata, o que ela é ou o que deveria ser... Suas expectativas numa dada situação são amoldadas pela própria percepção do que deve ou deveria ser...

O cliente não vem apenas com um problema, um conflito, mas também com o contexto e o sentido de que o problema deverá ser estudado e eventualmente resolvido.

Certamente ele não é um conhecedor da lei e não pode articular seu pedido nos termos que poderão posteriormente ser

traduzidos, ou não, por seu advogado ou pelo juiz, de acordo com as categorias e a racionalidade do pensamento jurídico.

Além do mais, o advogado e o juiz, que são cidadãos, que são também mães, assalariadas, locatárias, consumidoras... ouvem primeiramente o texto com esse sentimento, investidos nas suas funções sociais, guiados por um sentido de justiça ou pelo que consideram numa dada relação, como uma expectativa legítima.

Evidentemente essas expectativas não evoluem isoladamente e não estão desconectadas da norma promulgada, essa que qualificamos de direito do Estado. Constatamos além do mais, que as expectativas variam de um país para outro; não temos as mesmas expectativas quando somos locatários ou pacientes na França ou nos Estados Unidos.

Essas expectativas normativas são o resultado do vaivém entre a lei, os costumes, os usos num sentido amplo, os hábitos e a sensibilidade de cada um...

Além do mais, o pedido do cliente é seguido, geralmente, de uma caminhada ou de uma estratégia mais global, quando ele pôde mobilizar outros meios para fazer valer suas expectativas e fazê-las entrar em ressonância com a situação na qual ele se encontra: discussões, atitudes, decisões, repreensões, correios, recursos a terceiros, modalidades de resolução para regularizar seu problema, tendo como base a ideia que ele tem sobre o que vem para cada um.

Então, chega o momento em que ele sente que a ordem normativa do Estado pode fazer o que ele não conseguiu fazer fora desse contexto constrangedor.

O cliente vem não apenas com um pedido, um problema, um conflito, mas também com as normas que lhe parecem responder essa situação: ele acredita que pode haver tradução possível entre sua linguagem e a da lei.

Podemos formular a hipótese, algumas vezes constatada, de que quando a socialização jurídica de uma pessoa é importante, mais rápido ela estará susceptível a encontrar uma correspondência entre suas expectativas e as chances de conseguir uma tradução nas categorias do direito do Estado: pedido admissível e bem fundamentado.

É mais uma transferência que uma privação de posse à qual assistimos. O cliente vai além do mais continuar a utilizar as categorias que ele conhece para qualificar a situação; ele não muda sua linguagem, mas sabe, e é aí sem dúvidas que a confiança é confirmada, ele acredita que seu advogado vai traduzir fielmente, vai utilizar artificios jurídicos que ele considera como seus direitos ou suas obrigações.

2 O ADVOGADO INTERPRETA

O advogado que recebe o pedido nessa fase procura ressonância com seu próprio senso sobre o que ele considera justo; ele procura saber, intuitivamente, se as normas de conduta e de comportamento, hábitos e as expectativas normativas de seu cliente estão coerentes com o que o advogado considera, ele mesmo, justificadas, se há adequação entre os mundos normativos no qual ele atua e sua concepção de justiça própria à relação social considerada.

Num segundo momento, a escuta do advogado torna-se mais seletiva. Ele se aproxima não somente do que é justo ou do que deveria ser, mas do que é possível fazer no contexto do direito: “Eu entendo sua situação, suas expectativas, mas...”

O silogismo jurídico e a articulação entre normas e fatos é a reconstrução, *a posteriori*, da complexidade e do entrelaçamento, da superposição entre o que é e o que deve ou o que deveria ser.

2.1 O advogado: intérprete-tradutor mais que um especialista

Diz-se que o advogado é um especialista: aquele que afirmará o que diz a lei, ou o que ela não diz, o que é possível, mas não pode ser provado, o que poderia funcionar...

O advogado vai pôr em forma e colocar formas segurando seus dois fios: o da tradução de um lado e o da interpretação do outro. Ele é, obviamente, um intermediário.

É para ele que vem a difícil tarefa de dizer que a tradução não é possível, pois, de acordo com sua interpretação das normas do direito positivo, as legítimas expectativas de seu cliente não estão adequadas, ou não totalmente, ou não podem ser adequadas ao direito positivo que representa o contexto constrangedor, no qual a decisão judicial será tomada. Ele define limites sem ser capaz de dar garantias.

Esse especialista sofre verdadeiramente de um déficit: ele formula hipóteses, ele saberá dizer quando as chances de sucesso são inexistentes, mas não pode garantir o reconhecimento legal da tese que ele endossou e argumentou.

A incerteza das fundamentações, a base do direito escapa mais uma vez... a interpretação autorizada e reforçada pela força pública só acontece após a prova de fogo cruzado do Judiciário.

É menos a insuficiência da norma que se realiza plenamente no momento da discussão que a interpretação que irá arbitrar entre as expectativas recíprocas esperadas. Interpretação que deixa às vezes ampla liberdade ao juiz por causa da imprecisão da norma ou sua ausência. É preciso que haja um esclarecimento da norma e uma busca de sentido, sem o qual ela cairá em desuso.

3 O JUIZ

Outra abertura dialógica: a existente entre o juiz e o advogado, entre o porta-voz de uma das partes e o representante do Estado que julga em nome do povo, e que tem por base as normas da lei, publicadas algumas vezes sem muito critério, mas que constituem para ele a verdade, a qual, em todo caso, ele vai construir como tal, e que vai assumir, pois sua responsabilidade reside nessa verdade, que tem como base a arbitragem sutil entre os direitos e as obrigações respectivas.

Em qual sentido o juiz se pronunciará se nenhuma regra precisa vem dar a resposta?

Certamente é a interpretação teleológica que intervém quando o juiz, guiado por sua interpretação, analisa o sentido que o legislador quis dar, com a condição de que esse sentido seja compatível com a concepção de justiça do juiz.

O processo judiciário termina num vaivém entre destinatários e emissores da norma, em resoluções temporárias e circunstanciais do que deve ser num determinado momento a parte de cada um.

A observação do referido processo é rico de ensinamentos sobre a maneira como se constrói o direito e seus numerosos contribuintes.

Existe uma relação de interdependência, um *continuum*, em relação aos jurisdicionados e o juiz, e cada um tem um papel que contribui para moldar um direito vivo.

4 CONCLUSÃO

Nem o processo judiciário nem a regra de direito promulgada me parecem escapar a essa abertura dialógica que constitui o que

se caracteriza a norma nas nossas sociedades democráticas. No entanto, se o viver junto comum às nossas sociedades toca de acordo com uma partitura a várias vozes, cada um tem seu lugar peculiar, o que o juiz ocupa não deveria ocultar essa dimensão profundamente coletiva da obra da justiça.

Trata-se, também, de um convite para revisitar o postulado em que subjaz algumas vezes o desejo de que a mediação se desenvolva como reguladora de conflitos, sabendo que é unicamente ficando a distância do processo judicial que poderemos permitir aos cidadãos serem realmente atores do direito.

Exercising the practice of law:
a participation with multiple voices

Abstract: French society, through its use of innovative practices for resolving conflicts, has introduced a different way of looking at the law, allowing new descriptions of the judicialization processes as they relate to mediation. The aim of this short essay is to comment on the author's experiences as a lawyer and judge in the midst of changing concepts in law that arise from social models. Mediation has helped shed light on the negotiation facet of law, constituting, from this point of view, a paradigm that goes beyond its presence in a conflict resolution process to reach the question of normativity, and thereby an understanding of the context of institutional justice.

Keywords: Mediation. France. Legal representation and judicature.

REFERÊNCIAS

MACDONALD, R. Acessibilidade para quem? De acordo com qual concepção da justiça? *Os Cadernos de Direito*, n. 33, p. 457-484, 1992.

MACDONALD, R. Normatividade, pluralismo e sociedades avançadas: hipótese do pluralismo para pensar o direito. In: YOUNES, C.; LEROY, E. (Dir.). *Mediação e diversidade cultural*. Paris: Karthala, 2002. p. 21-38.

MICHELET, J. *Histoire de France*. Paris: Abel Pilon, [s.d.]. v. 9.

MICHELET, J. Renaissance. In: _____. *Histoire de France*: au seizième siècle. Paris: Chamerot, 1855. v. 7.

Enviado em 11 de agosto de 2012.

Aceito em 17 de setembro de 2012.