



## AS POSSIBILIDADES DE APLICAÇÃO DA MEDIAÇÃO NOS PROCESSOS JUDICIAIS E A LEGITIMAÇÃO PELO PROCEDIMENTO DE NIKLAS LUHMANN<sup>1</sup>

Matheus Pontelli Perobelli<sup>2</sup>

### RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo observar as possibilidades de aplicação da Mediação aos processos judiciais em andamento, visto que grande parte dos processos cíveis, comerciais e trabalhistas possui direitos disponíveis, passíveis de negociação. Cabe salientar que no presente trabalho não se pensa apenas nos benefícios potenciais da mediação, ligados à questão temporal (duração) do processo. Busca-se observar a possibilidade da obtenção de decisões legitimadas pela participação dos sujeitos do processo, revestindo-se tal forma decisória de um nível de justiça social que, sobremaneira, contribui para a intensificação da paz social, objetivada na ação estatal. A legitimidade de tal forma de solução de conflitos é analisada tendo-se por base a Teoria da Legitimação pelo Procedimento, de Niklas Luhmann. Um estudo em tal nível possibilita a compreensão visando a efetiva aplicação da mesma a casos práticos, auxiliando na inserção da Mediação como forma efetiva de solução de conflitos.

**Palavras-chave:** (Legitimação pelo Procedimento; Processo; Mediação; Solução de Conflitos.)

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa sobre alguns pontos-chave do sistema processual atual. O enfoque principal será sobre os problemas que freqüentemente vêm abalando o Poder Judiciário. Problemas que se avolumam e que vem tomando espaço dentro desse campo de batalhas complexo, chamado Processo.

Freqüentemente a mídia vem apresentando os problemas enfrentados pelas partes, dentro do processo judicial tradicional. A maior parte dos problemas se associa, trazendo vergonha e revelando uma incapacidade de organização do Estado, ao tempo de duração de um processo judicial. Além da morosidade do instrumento processo, o volume de trabalho, dadas as questões que são diariamente incluídas à esfera judicial, também acaba por entrar a

<sup>1</sup> Trabalho de pesquisa referente as cadeiras de Processo Civil e Processo do Trabalho.

<sup>2</sup> Autor. Professor do Curso de Direito da Faculdade de Direito de Santa Maria – FADISMA e da Faculdade de Direito da Faculdade Palotina de Santa Maria - FAPAS. Endereço eletrônico: math.perobelli@gmail.com.



prestação jurisdicional do Estado, principalmente quando já se carece de uma estrutura adequada.

O volume de trabalho crescente nos foros traz a tona outro problema, igualmente prejudicial à solução dos conflitos. Para poder cumprir uma demanda de trabalho majorada diariamente, o magistrado acaba por realizar uma análise “precária” dos problemas que lhe são trazidos. Saliente-se que a precariedade da análise não se efetiva por falta de capacidade do agente judicial. Ela se firma como necessidade e ação de trabalho normal dentro do judiciário, dadas as demandas que a sociedade possui, que forçam o magistrado a apresentar uma solução o mais rápido possível, impedindo-o de realizar um trabalho de análise mais individualizado e qualificado.

Não bastando, esta situação ainda impede que as partes se aproximem durante o processo, pela forma burocrática que o conflito original toma, quando chega ao judiciário. Notadamente fica prejudicado o contato do juiz com as partes e também as possibilidades de conciliação, apesar dos diplomas legais existentes, que em tese beneficiariam tal possibilidade de solução. O resultado desta situação é invariavelmente a insatisfação dos jurisdicionados e daqueles que necessitam da prestação jurisdicional, seja pela falta de uma solução em prazo aceitável, seja pela inviabilidade da solução determinada no e pelo curso do trâmite judicial.

Tem-se assim, um Judiciário que não atende à sua função, tradicional, de pacificação social. E isso ocorre pois os instrumentos que foram estruturados para determinar sua atuação, paradoxalmente limitam a possibilidade de contato com as partes. As decisões, dessa forma, se mostram ineficientes, principalmente quando ambas as partes (autor e réu, demandante e demandado) são derrotadas pelo tempo, pela memória e pela promessa do Judiciário.

Várias são as crises apontadas, no que se refere ao Estado. Os problemas de ordem financeira podem ser denominados como uma “crise estrutural”, que é determinada pela falta de instalações adequadas, pessoal, equipamentos, etc. Da mesma forma, nota-se uma “crise de modelo”, uma vez que frente ao processo de globalização que requer celeridade, a forma estatal tradicional inviabiliza a ação de operadores jurídicos tradicionais.

Ambos os problemas tendem a gerar a morosidade do judiciário. Porém, é neste meio de crise que o presente trabalho busca uma possibilidade de solução. E uma solução possível já se encontra disponível aos operadores dentro do próprio sistema legal, na forma da Mediação, forma alternativa para a solução de conflitos.



No presente momento da jurisdição, é bem-vindo o estudo sobre as formas alternativas de litígio. O modelo atual e tradicional de jurisdição tende a falir, caso não se busquem novas formas de trabalhar o processo. E, nesse sentido, a Mediação se mostra com uma das melhores formas de solução para os atuais problemas da jurisdição, especialmente pelo fato de já estar inserida no sistema legal.

A metodologia de abordagem consiste naquele norte geral que serve de guia ao projeto, embasando sua percepção teórico-científica, conforme apontam Marconi e Lakatos (2003). Em termos da metodologia de abordagem, será tomado como norte uma metodologia dedutiva. O método dedutivo consiste em uma série de conexões, que configuram uma tese geral, aplicando-a à análise de um fenômeno particular.

Dessa forma pode-se dizer que o método dedutivo é “(...) uma cadeia de raciocínio em conexão descendente” (ANDRADE, 1998, p. 56). Assim usa-se este método para uma melhor especificação de teorias e leis gerais. No presente caso, tem-se como elementos gerais a possibilidade de mediação existente no sistema jurídico brasileiro, bem como a Tese da Legitimação pelo Procedimento, elemento tipicamente teórico da obra de Luhmann. Como elemento particular está a aplicação das duas questões apontadas aos processos ora em curso.

O Método de procedimento, por sua vez, visa mostrar de que forma como a pesquisa se realiza, em termo das ações que visam a sua consecução. Como método de procedimento, será utilizado o monográfico. Por meio de tal método, permite-se uma análise de cunho teórico a respeito do objeto de pesquisa, fundamentada nas teorias de base, conforme Marconi e Lakatos (2003).

Para a realização da coleta de dados proposta para o trabalho, foram utilizados os métodos de procedimento, pesquisa bibliográfica e pesquisa documental. A primeira consiste em analisar metodicamente textos previamente elaborados por fontes confiáveis, versando sobre o mesmo tema que será pesquisado. Consiste igualmente em reforçar ou refutar as opiniões e percepções iniciais do pesquisador, acerca do modo como determinada questão já foi visitada por seus pares acadêmicos.

A segunda consiste na observação de documentos. Sua principal vantagem é que visto versarem sobre conteúdo restrito, permitem que o foco do pesquisador a seu respeito seja bastante específico. Assim, dinamizam os esforços de coleta de dados e possibilitam ao pesquisador, respostas mais precisas a respeito do tema.



Dessa forma, o presente trabalho buscará observar a possibilidade e a viabilidade da aplicação da mediação dentro dos Processos Judiciais. Mas essa possibilidade não ocorre de forma isolada, ou por mero deleite intelectual dos pesquisadores. As bases para a sua legitimação se encontram na Teoria da Legitimação pelo Procedimento, de Luhmann.

O tema se mostra de fundamental importância para o estudo acadêmico. Para ambas as carreiras jurídicas, tanto para o juiz como para o advogado, a mediação pode representar uma boa alternativa à jurisdição, aumentando as oportunidades de ganhos e crescimento pessoal. Principalmente pois esta forma de solução privilegia a socialização do conflito e de seus elementos, como forma de superação.

Em um âmbito social, este estudo se mostra importante. Isso ocorre uma vez que é dever da academia buscar possíveis soluções para os problemas identificados em sociedade. Passa-se a análise da metodologia adotada no presente trabalho.

## **1. PENSANDO O DIREITO E A SOLUÇÃO DE CONFLITOS**

O que mais é notado nestes dias de modernidades é a existência de crises que vem a abalar todas as formas já pré-concebidas pelos passos da humanidade. É inegável que o mundo esteja mergulhado em uma crise. A sociedade em geral enfrenta uma forte crise em seus valores, que desde a metade do séc. XX têm se transformado. O Estado enfrenta o avanço de entidades supranacionais sobre a sua soberania, entre outras.

Foi-se o tempo em que o Estado era reconhecido como força dinâmica e determinante, conforme apontado por Weber (1982), como “(...) uma comunidade humana que pretende, com êxito, o monopólio do uso legítimo da força física dentro de um determinado território.” (Weber, 1982, p.98), ou seja, um elemento capaz de garantir controle de um território. As mudanças na realidade implementadas por meio da globalização apontam que um conceito monolítico, fundado nestes termos não tem coesão suficiente para garantir seu sucesso.

Uma visão crítica de tal posicionamento é dada por Giddens, que demonstra que tal definição aponta para

[...] um mundo paradoxal onde o progresso material era obtido apenas à custa de uma expansão da burocracia que esmagava a criatividade e a autonomia individuais. (GIDDENS, 1991, p. 17)



Ainda como seres humanos normais, a grande maioria da sociedade se assusta diante da possibilidade de mudanças, ainda que pra melhor. E é inegável que as crises venham a trazer certos benefícios para o contexto científico da sociedade. É com as crises que a sociedade evolui e busca novas alternativas que convívio e progresso.

Ao que parece, o Direito, como instituto de controle social, não está fora desta crise. A forma como vem sendo tratadas as desigualdades e a forma como pensa-se no Direito acaba por criar mais complexidade e crise. Para Streck (2000) há uma grande crise no que tange a interpretação dos casos trazidos ao Direito, visto que a interpretação dos elementos que estão em jogo pode (ou deve) ser elemento fundamental da busca pela solução de conflitos.

Mas ao mesmo tempo, aponta uma solução. Segundo o autor,

[...] o que importa é fazer uma ‘boa hermenêutica’; o importante é ‘resolver, com competência dogmática, ‘neutralmente’, as antinomia’ do sistema” (...) Enfim, tamanha é a dimensão da crise , que o *establishment* jurídico-dogmático não conseguiu ‘resolver o problema’ no plano da hermenêutica. (STRECK, 2000, p. 65).

Deste modo, resolver o conflito é uma das funções fundamentais do próprio sistema.

Nesta cena é trazido à tona um problema, atinente ao processo jurídico. Tendo em vista o conteúdo da denúncia acima e visando a forma como são aceitas as decisões proferidas através do processo, cria-se uma situação de dúvidas entres aqueles que fazem uso do “proceder jurisdicional”, ou ainda, jurídico. Criam-se indagações e exclamações como: “por que devo acatar essa decisão?”, “esta decisão é injusta!”, “onde esta a justiça!”, ou ainda surgem dúvidas mais complexas, como por exemplo, “de onde vem esta decisão? Quem decide?”. Há uma incógnita dentro do ser que esta se sujeitando ao fruto de um procedimento social. Isto provoca uma crise dentro do seu próprio papel e dentro do seu espaço a ser ocupado dentro no ser social.

Sendo mais claro, há uma problematização em torno da legitimação das decisões enquanto frutos do procedimento sócio jurídico, que se traduz no processo. Saberes históricos indicam que o Estado chamou para si algo que é proveniente de um procedimento, genuinamente, do ser humano. Conforme Cintra, Grinover e Dinamarco (2005), a habilidade de discutir suas relações deu ao ser humano a possibilidade de auto compor as divergências jurídico-pessoais, em que por ventura esteja envolvido, como primeira forma de resolução de conflitos.



Nas fases primitivas da civilização soa povos inexistia um Estado suficientemente forte para superar os ímpetus individualistas dos homens e impor o direito acima da vontade dos particulares: por isso, não só inexistia um órgão estatal que, com soberania e autoridade, garantisse o cumprimento do direito, como ainda não havia sequer as leis (normas gerais e abstratas impostas pelo Estado aos particulares). Assim, quem pretendesse alguma coisa que outrem o impedisse de obter haveria de, com sua própria força e na medida dela, tratar de conseguir, por si mesmo, a satisfação de sua pretensão. (CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, 2000, p. 23).

Não obstante a isso, denota-se a propensa maleabilidade do ser humano em aceitar determinadas formas de procedimento, contanto que isso faça parte da sua própria ideia de procedimento. Ou seja, que o sujeito seja aquele que é participativo dentro do processo/procedimento que esta se desenrolando, e diverge sobre determinados atos que o envolvem. Porém a auto composição cria em torno dos envolvidos uma atmosfera de desrespeito por não ter uma força maior que a escora.

Nesta situação, foi proposta pelo Estado a jurisdição e o fim das auto composições para que houvesse uma maior confiabilidade para reger as questões a serem discutidas em face dos direitos. Desta forma, compreende-se que a capacidade do Estado dirimir os conflitos se dá pela Jurisdição que é de sua “propriedade” ou função.

Por meio deste, reforçam-se fatores de uma dita racionalidade, elemento fundamental da ação estatal para Weber (1982). A racionalidade que rege a sociedade transforma-a na moderna sociedade capitalista. Conforme Nunes,

As modernas sociedades capitalistas industriais são constituídas por: a) um padrão distinto de autoridade racional baseada no universalismo de procedimentos; b) um padrão dominante de ação social baseada no individualismo e no impersonalismo de procedimentos que repousa em uma multiplicidade de frações de classe, grupos de status, partidos políticos e cidadania; c) uma economia de mercado baseada na transferência impessoal de recursos econômicos, onde as trocas independem das características pessoais dos indivíduos envolvidos. (NUNES, 2003, p. 23-24)

É por meio de tal estrutura que o Estado fixa e delimita a jurisdição. A Jurisdição torna a decisão mais segura em relação ao jurisdicionado. Pois quem decide neste tramite, é o juiz por ser ele investido pelo Estado-Juiz na função de dizer o Direito.

As legitimações das decisões, a partir desse momento na história, ficam subjugadas a essa forma de tramite das decisões a ser exaradas. Ou seja, apenas poderão ser ditadas decisões proferidas pelo Estado-juiz, que atua através dos magistrados.



Simultaneamente a esta, poder-se-á também adotar outra forma de encarar essa provável legitimação do Estado para julgar as questões que são geradas nas relações sociais. Não propriamente a questão da legitimação do Estado, mas sim, a legitimação da própria decisão, que faz com que esta seja aplicada ao jurisdicionado. Desta forma apresenta-se a tese, defendida por Niklas Luhmann, da legitimação através do procedimento (LUHMANN, 1980, p. 210). Legitimação esta que atua perante os integrantes de uma determinada sociedade. Esta legitimação se dá em torno dos três poderes do Estado, e vários outros pontos da sociedade. É marcada pela forma de obtenção das referidas decisões, que tem a peculiaridade de envolver o aquele que será atingido pela decisão. Dessa forma, este fará parte da decisão e por quanto, não se insurgirá perante a mesma de forma a causar um desequilíbrio no meio em que está inserido.

Nota-se, portanto, que a racionalidade que rege a ação estatal pertence a uma razão metonímica. Esta, para Santos (2002) torna-se:

[...] uma razão exaustiva, exclusiva e completa, muito embora seja apenas uma das lógicas de racionalidade que existem no mundo e seja apenas dominante nos estratos do mundo abrangido pela modernidade ocidental. A razão metonímica não é capaz de aceitar que a compreensão do mundo é muito mais do que a compreensão ocidental de mundo. Em segundo lugar, para a razão metonímica nenhuma das partes pode ser pensada fora da relação com a totalidade. (...) a compreensão do mundo que a razão metonímica promove não é apenas parcial, é internamente muito selectiva. A modernidade ocidental, dominada pela razão metonímica, não só tem uma compreensão limitada do mundo, como tem uma compreensão limitada de si própria (SANTOS, 2002, p. 242-243).

Posterior a esta introdução ao tema proposto pelo presente artigo, tentando situa-lo no tempo e no espaço. Agora, passar-se-á um breve recorte do referido assunto dentro da sociedade e de seu comportamento perante o Direito.

### **1.1. Legitimação, Direito e Sociedade**

Como fora explicitado no tópico anterior, a sociedade moderna é caracterizada por fortes e inúmeras mutações, extremamente ágeis, que tendem a modificar o habitat em que



está o ser humano em pouquíssimo tempo. Vive-se em uma época de agilidade nunca antes presenciada em épocas pretéritas.

O alto desenvolvimento da sociedade e a sua rápida mutação trazem a necessidade de uma forma de controle social. Um controle que reprima determinados impulsos do ser humanos e os equilibre. Nesta senda, apresenta-se o Direito trazendo a sanção como instituto de sua forma impositiva de controle social. Estes fatos tornam o direito algo, sob uma visão geral da sociedade, imprescindível.

O direito, desta forma, tem por escopo regular a sociedade de tal forma a proporcionar uma segurança jurídica para a perpetuação da própria sociedade. Porém o Direito procura regular a sociedade através da criação e da manutenção de figuras sistematicamente ordenadas e instruídas para determinado objetivo. Este objetivo que a sociedade ostenta, assim como a sua normatização, muda com o decorrer do tempo, porém as formas criadas pelo Direito tornam-se perenes, e imortalizadas, tomando forma de papéis.

Os papéis, criados na sociedade, geram na sua exteriorização, ou seja, no seu tato social, uma elaboração de certas expectativas em torno de tudo que pode ser realizado, compreendido, criado, enfim, relacionado por este papel. Segundo Niklas Luhmann, a vida humana em sociedade é repleta dessas expectativas, mas não apenas por estas, mas também pelos desapontamentos que as expectativas vêm a causar (LUHMANN, 1981, p. 46).

Sendo um pouco mais específico, quando uma expectativa relacionada a um determinado papel não chega a se concretizar, gera-se um desapontamento. Expectativas e desapontamentos nada mais são que “produtos” da atuação do ser humano na sociedade, pois não se pode interagir em sociedade sem criar determinadas expectativas sobre outras pessoas, coisas ou situações.

É como vem afirmar Luhmann:

[...] coisas, homens, eventos, símbolos, palavras, conceitos, normas. Nelas se ancoram as expectativas. Neste mundo complexo, contingente, mas mesmo assim estruturalmente conjecturável existem, além do demais sentidos possíveis, outros homens (grifo do autor) que se inserem no campo da minha visão como um ‘alter ego’ [...]” (LUHMANN, 1981, p. 81).

Com o aumento de intensidade da ação humana em sociedade, produzem-se cada vez mais expectativas em torno dos elementos acima citados. Esta situação, por sua vez, gera uma maior complexidade. Pois ao se relacionar apenas com uma pessoa, um sujeito erige suas



expectativas somente em relação a essa pessoa, diferente de quando o mesmo sujeito se relaciona com uma comunidade inteira.

Essa alta complexidade gerada pelo relacionamento humano e por suas expectativas, pode trazer também uma carga de desapontamentos. Isso por que nem todas as expectativas que se apresentam podem ser processadas pela realidade e efetivamente corresponderem a um suporte fático.

Dessa forma surge a necessidade do Direito que tem como função, neste caso, limitar a atuação dos papéis para com suas expectativas e desapontamentos. As reações diante de um determinado desapontamento podem ser variadas. Isso faz com que o Direito crie meios de conter as reações mais radicais.

Antes a ocorrência de um movimento reacionário dentro de determinado espaço social, instaura-se um desequilíbrio, fruto de uma expectativa que não teve uma correspondência afirmativa do mundo fático. Este desequilíbrio deve de alguma forma, ser controlado, procurando-se reverter os resultados, ou seja, procurar evitar o desequilíbrio e trazer paz ao sistema.

Entre outras coisas o direito dispõe da coerção como agente regulador de suas normas. Desse modo, uma das formas do direito trabalhar em torno dos desequilíbrios seria a força. A força se colocaria entre a sociedade que não dispõe da tranquilidade e o foco do desequilíbrio. A força empregada nesta situação seria capaz de transformar a situação desarmônica numa situação próxima daquilo que está na expectativa da sociedade.

O uso da força, porém, traz além do estigma da expectativa não realizada, um desgaste natural do sistema (Direito), que para o indivíduo ao qual foi imposto, adota uma característica de tirania do Direito. Desta forma, há possibilidade de um desequilíbrio ainda maior. Esse estigma pode ser melhor controlado quando este foco de desequilíbrio mantiver a sua expectativa controlada de dentro da sua área de poder.

Assim que se pode afirmar que o Processo, ou os meios de resolução de conflitos, devem trazer um todo para o processo judicial, e não apenas a parte (autor e réu). As expectativas e desapontamentos de um determinado papel processual devem ser analisadas e trabalhadas dentro de um contexto. Este, por sua vez, deve ser busca na realidade sentimental do processo, ou seja, o sistema deve trazer meios e motivos para que o indivíduo sinta-se envolvido pelo procedimento.



Essa “estratégia” cria um comprometimento do ser social (indivíduo) que estiver em contato com a ação ou situação em execução.

Neste modo, a quebra de expectativa não formará na consciência deste indivíduo uma carga de culpa que deverá ser transferida para a sociedade. Porém, como o ser é parte atuante do procedimento, a sua quebra de expectativa poderá ser encarada de uma forma mais simples e dessa forma melhor superada.

A superação da quebra de expectativa é entendida como a superação de uma crise dentro do próprio sistema, a qual pertence o ser afetado pela quebra. Ainda que seja mínimo este desapontamento, as consequências do mesmo podem tomar proporções que, no fluir do tempo, afetam a sociedade com mais impacto.

Um exemplo a ser citado é a violência. A violência que é empregada como forma de protesto ou de manifestação pela insatisfação e desapontamento diante das tomadas de decisão e exclusão de determinados papéis de nossa sociedade.

Delineadas a atuação do direito junto a sociedade e a legitimação, necessita-se agora de uma definição em torno da Mediação e seu processo. Este será trabalhado no próximo tópico.

## 2. EM QUE CONSISTE A MEDIAÇÃO?

A mediação se aplica de forma semelhante à Jurisdição tradicional. Porém, deve-se interpretar o teor da palavra “semelhante”. Isso pois, ela deixa espaço para o pressuposto de que haja determinadas diferenças entre ambas, que serão apresentadas nos próximos parágrafos.

Pode-se colocar a mediação como

[...] um mecanismo para a solução de conflitos através da gestão do mesmo pelas próprias partes, para que estas construam uma decisão rápida, ponderada, eficaz e satisfatória para os envolvidos. (ARAÚJO, SILVEIRA E DITZ *apud* MORAIS, 1999, P. 442)

O Souza Neto (2000) não traz, em sua obra “Mediação em Juízo”, um conceito definido sobre o que seja a mediação. Porém quando fala sobre o entrave do Poder Judiciário elenca como forma de trabalho das questões jurídicas um procedimento rápido e legítimo,



onde as pessoas sintam-se ouvidas e saiam com um entendimento. (SOUZA NETO, 2000, p. 27)

Para o filósofo e mediador francês Jean- François Six, a mediação é bem mais que uma forma de trabalho e de solução e conflitos, uma vez que a mediação, bebendo de fontes orientais (nipônicas), traduz-se em ferramenta de compreensão dos espaços físicos e da sociedade deste espaço (SIX, 2001, p. 15). Dessa forma interpreta-se a mediação como a própria comunicação do entendimento entre os seres e os objetos sociais, físicos ou fictícios.

Continuando na parte que tange a solução de conflitos, a mediação caracteristicamente possui um terceiro desinteressado e neutro, assim como ocorre na Jurisdição, onde o Estado-Juiz põe-se entre os “litigantes”. Porém na mediação tem-se a figura do mediador.

O mediador, diferentemente do Juiz, não fará um julgamento de mérito da questão. Apenas conduzirá os litigantes a procurarem uma solução, um acordo. Diferente do processo judiciário, sua função é restabelecer a comunicação (BONAFÉ-SCHMITT apud STRECK p. 16-17). No entanto, sua atuação perante as partes visa igualmente restaurar as relações que foram deterioradas pelo conflito.

A Mediação nada mais é que um método consensual de solução de conflitos. Busca, de forma efetiva, restaurar a relações sociais deterioradas pela conhecida lide. Isso fica evidente no momento em que a mediação põe frente a frente, não as partes, mas sim dois indivíduos (dois todos), que vão discutir seus pontos conflitantes.

No emprego da mediação há, sem muitas dúvidas, uma grande perda do formalismo existente no procedimento judiciário, o que faz com que a mediação seja uma forma alternativa de solução dos conflitos. A forma como são tratados os assuntos, torna as relações mais informais, facilitando aos indivíduos compreenderem suas fraquezas e as fraquezas daquele que está do outro lado da mediação.

Tendo em vista que na mediação fica dissolvida aquela amarra formal do processo, colocam-se na pauta (e na mesa) os reais sentimento e proposições do indivíduo em relação ao litígio e ao seu, em tese, oponente. Permite-se, ainda, que estes sentimentos sejam trabalhados e compreendidos pelos indivíduos e pelo mediador.



Essa compreensão favorece o procedimento. Ocorre no sentido de que, a partir do momento que cada uma das partes compreende o que aflige o outro, inicia-se o processo de restauração da relação entre esses dois sujeitos.

Esta restauração não tem sido possível no âmbito da Jurisdição do Estado, ou seja, da Jurisdição tradicional. É importante salientar que a palavra “tradicional” exerce uma grande função, uma vez que está separando a forma tradicional de jurisdição, onde um Juiz busca ao fim do processo apenas uma sentença, não se importando com o restabelecimento das relações sociais, preocupação de um medidor, seja ele Juiz ou não.

Neste âmbito, o litígio forja-se de uma competição entre as partes tendo o reconhecimento do direito como prêmio de vitória. Esquece-se, ainda, da original função Jurisdicional do Estado, que é a pacificação dos conflitos, o Juiz guia-se pelo formalismo e desta forma perde o poder de reatar a relação entre as partes, tendo em vista apenas o objeto da ação e seu fim na sentença.

A crítica acima se forma de acordo com um sistema em que, as partes queiram resolver de forma pacífica, porém a negociação é falha e o ente Jurisdicional não instiga para que haja um acordo entre as partes. Entende-se desta forma que, mesmo havendo uma audiência de acordo na fase de saneamento, aquela não instiga as partes a procurarem uma real solução para o conflito.

Como escreve Moraes (1999), relatando a importância da Mediação para a resolução de conflitos:

Na mediação, por constituir um mecanismo consensual, as partes apropriam-se do poder de gerir seus conflitos, diferentemente de Jurisdição estatal tradicional onde este poder é delegado aos profissionais do Direito, com preponderância àqueles investidos nas funções jurisdicionais (MORAIS, 1999, p. 146).

Além de tudo, a Mediação se faz necessária em tempos de crise, tais como a atual crise do Judiciário que se enfrenta nos dias atuais, principalmente no que tange a crise funcional do Judiciário. Porém o uso do instituto da mediação deve dar-se de forma cautelar, pois existem partes do direito que não podem ser colocadas aos cuidados da mediação, como se verá mais adiante.



No próximo tópico estudar-se-á a formação e uma sala de mediação. Coloca-se, preliminarmente, que uma sala de mediação não necessariamente se dará fora de uma sala do fórum, nem que o Estado não poderá estar presente.

## 2.1. Composição da Mediação

Viu-se no item anterior que a mediação é uma forma alternativa de resolução de conflitos em que os litigantes tomam parte das atuações dentro do procedimento. Acompanhando a teoria de Luhmann sobre a legitimação e procedimento, nota-se que a mediação, a princípio, traz um convite, aos mediados, para pensar a situação do conflito e buscar qual a melhor solução para as duas partes.

Ainda, a mediação apresenta a função de restaurar das relações entre os mediados, visando dessa forma à pacificação real dos conflitos. A mediação possui duas peças chaves: o mediador e as partes, ou os todos.

Primeiramente explica-se o cabimento da mediação para os indivíduos que contrataram ou de alguma forma se sujeitaram ao procedimento. Da mesma forma, coloca-se que na mediação não há o mesmo tratamento que o processo judiciário, ou seja, não são partes que estão buscando uma voz do Estado. Do contrário, são pessoas (um todo) que estão buscando uma solução para uma problema.

O mediador é uma peça fundamental desta forma de solução de conflitos. Sua presença é o que garante a ocorrência de uma mediação. Sem a presença do mediador, decompõe-se o terceiro pólo, aquele que deve observar e dirigir a discussão de forma desinteressada. Tal posição está em consonância com o que seria a imparcialidade do Juiz. O desinteresse citado pretende colocar que o mediador não deve ter ligação com um das partes, tão pouco ter interesses na mediação, caso contrário a mediação torna-se uma negociação. Caso não houvesse a figura do mediador, a composição tornar-se-ia uma negociação, apenas com dois pólos, ao invés de três.

É de fundamental importância à figura do terceiro neutro, ou seja, o mediador, este pode ser qualquer pessoa escolhida pelas partes para gerenciar o conflito, ou designada pelo Estado ou mesmo por um órgão privado. Ele, o mediador, tem o poder e a função de conduzir a discussão entre as partes. Manter essa discussão de forma respeitosa para as partes entre si e, principalmente, de forma justa.



Afirmou-se nos itens anteriores que o mediador não elabora, da mesma forma que o Magistrado, o julgamento de mérito da questão. De fato, o mediador não intervém na questão da mesma forma que o Juiz, porém isso não pode levar a entender que aquele não conduza as discussões em torno da questão.

O conhecimento da matéria legislada é fundamental. O mediador deve ter sob seu domínio a matéria a ser discutida, deve conhecer o direito material que zela a relação que esta sendo discutida (SIX, 2001, p. 253). Somente assim poderá se concretizar o que foi colocado no parágrafo anterior, ou seja, o acordo ficará mais próximo do justo entre as duas partes. Fazendo com que ocorra maior êxito na mediação.

O desinteresse na demanda vem a ser uma dos principais adjetivos do mediador. A sua interpretação do caso não deve ater-se para lado algum do caso, mas sim para o procedimento que está conduzindo. Cita-se novamente Bolsan de Moraes, que argumenta: “Diz-se que o mediador é o *advogado do processo*, logo, ao assim agir, ele esta trabalhando pelo bem do processo, e não em benefício de qualquer das partes” (MORAIS, 1999, p. 156). Desta forma, também se nota que há uma necessidade de o mediador entender sobre a matéria que esta mediando.

Analisando-se as características colocadas acima, vê-se que o mediador tem uma grande semelhança com papel que o Juiz exerce durante uma audiência de instrução. O Juiz tem essa grande chance e por que não dizer possibilidade, de trabalhar com os anseios dos papéis do processo.

Neste no momento, o processo judicial se funde com o procedimento de solução de litígios, que é a mediação. Ou seja, a audiência de conciliação, desde que bem instruída e sendo da vontade do juiz, no momento mediador, torna-se um campo muito fértil tanto para a compreensão dos anseios dos papéis ali envolvidos, como para a formação de acordos e transações, que podem de pronto encerrar o processo judicial.

Observa-se que o ganho em matéria de tempo e procedimento é muito grande. Quando o juiz, seguindo a teoria de Luhmann, busca legitimar o processo pelo próprio procedimento, e convida os papéis ali envolvidos a buscarem juntos uma solução, ambos ganham.

Primeiramente o processo, que volta a cumprir a sua função de restaurar as relações na sociedade e reduzir a complexidade dos conflitos. Ganha também o Judiciário que reduz a



sua carga de processos, e os papéis ali envolvidos, que buscaram uma solução juntos, mediados por um terceiro, ganham a solução do conflito e a possível reconstituição das relações antes rompidas pelo processo judiciário.

## 2.2. Características da Mediação

A *Oralidade* é uma das principais características da mediação, sabendo-se que a mediação possui um procedimento informal. Isto é de grande valia, pois é nos momentos de informalidade que os indivíduos se expressam da melhor forma seus problemas e suas angústias. Dessa forma o mediador pode receptor e compreender o que aflige a cada um dos indivíduos, podendo dessa forma conduzir a discussão para esses pontos a fim de conseguir a resolução do conflito.

As questões que devem ser mediadas, na maioria dos casos, ocorrem entre indivíduos que possuíam uma relação quebrada pelo litígio. Isso quer mostrar que há necessidade de se restaurar as relações entre as pessoas, ou seja, procurar que haja realmente uma volta ao estado anterior ao conflito. Essa questão diz respeito à oralidade e também a *Reaproximação das Partes*.

A *Reaproximação das Partes* é o contraponto apresentado pela mediação em relação ao processo judiciário tradicional. Como já foi exposto, a jurisdição tradicional procura apenas resolver o litígio de maneira fria, como a lei, e esquece de observar quem pede ajuda, bem como esquece de buscar o restabelecimento das relações que os indivíduos mantinham.

Segundo Fisher, Ury e Patton (2005), a essência de um processo alterativo de resolução de conflitos, como a negociação e em grande medida a própria mediação envolve a empatia. Ou seja, a capacidade de entender que o outro tem necessidades (e direitos) que precisam ser respeitados para a busca da solução. Mas mais que apenas isso, envolve igualmente a

[...] conciliação de interesses, em vez de posições, funciona por dois motivos. Primeiro, porque para cada interesse, geralmente existem diversas posições possíveis e capazes de satisfazê-los. Com demasiada frequência, as pessoas simplesmente a posição mais óbvia [...] Quando se examinam realmente os interesses motivacionais por trás das posições opostas, frequentemente se descobre uma posição alternativa que atende não apenas aos interesses de uma das partes como também da outra.



Ressalta-se na tese de Fisher, Ury e Patton (2005) que os interesses que aparentemente são conflitantes e que geram conflitos, na realidade não o são. Representam apenas posições tomadas por força de uma determinada situação na qual os jogadores foram colocados, em função, um da ação do outro. Se os jogadores atuassem visando uma cooperação mútua, a chance de conseguir um resultado que atendesse suas demandas seria muito maior e produzida com muito menos efeitos nocivos, visto que uma das virtudes do procedimento é reestabelecer a comunicação e os relacionamentos originais.

Dessa forma têm-se a seguinte situação, do prédio do Foro saem um ganhador e um perdedor, e que neste momento odeiam-se mais do que quando entraram ali buscando a voz do Estado. Um por que não ganhou tanto quanto queria e o outro por que perdeu a questão.

Situações como esta tende apenas a gerar mais conflito na sociedade. Por esse motivo a mediação busca atender essa demanda de reatar as relações deterioradas pela sociedade e pelos conflitos.

O *Custo Financeiro* de uma mediação também passa a ser inferior no momento em que é comparado com o tempo do processo judiciário tradicional e quando se aplica o procedimento da mediação, a um ganho muito grande em tempo. Há vezes em que as pessoas detentoras de direitos abdicam destes por não querem enfrentar trâmites lentos e custosos, assim a mediação se apresenta como uma solução e garantidora de tais direitos.

### 3. MEDIAÇÃO E LEGITIMAÇÃO PELO PROCEDIMENTO

Feitas as devidas considerações sobre a mediação, passa-se à realização de uma nova análise sobre a legitimação. Com especial ênfase para a legitimação pelo procedimento e a mediação.

Em meados da Idade Média a Legitimidade era usada “como conceito jurídico para a defesa da usurpação e tirania” (LUHMANN, 1980, p. 29). Esta utilidade da legitimação é consolidada e propagada principalmente pela restauração napoleônica. A concepção mediana de legitimidade perde a sua força e seu fundamento moral com o surgimento do direito positivado. A legitimidade, hoje, possui o significado da obrigatoriedade de determinadas normas e decisões jurídicas.

Niklas Luhmann apresenta o seguinte conceito de que “pode definir-se a legitimidade como uma disposição generalizada para aceitar decisões de conteúdo ainda não definido,



dentro de certos limites de tolerância.” (1980, p. 30). Sendo que, ao participarem ativamente de um determinado procedimento, os indivíduos acabam por aceitarem a decisão como sua construção.

A questão que leva Luhmann a estudar a legitimação pelo procedimento, passa pela sistemática do Estado moderno. As pessoas não aceitam uma determinada decisão sem estar, de uma maneira, envolvidas nessa decisão. Pode-se pensar em processo onde a audiência de conciliação seja realizada às pressas, sem ao menos haver um contato do juiz com as partes, logo estas partes sentiram que não estão sendo ouvidas pelo procedimento.

Por tanto, as pessoas necessitam estar dentro do procedimento, auxiliando na formação das decisões, para melhor entendê-lo e concebê-lo. Observa-se dessa teoria um grande campo para plantar a idéia de uma mediação judicial. As audiências de conciliação que muitos acham uma perda de tempo, se torna, do contrário, uma possível saída para diversos problemas da tradicional jurisdição.

Segundo Luhmann, no Estado moderno, a coação e consenso, supostos pilares do estado, não são ou não deveriam ser capazes, de conceber uma legitimidade superior ao Estado. Ou seja, o simples fato do indivíduo buscar a voz do Estado não mais causa a aceitação das decisões, mas pelo contrário, é necessária ligação entre os indivíduos do processo e os motivos deste.

Assim escreve Luhmann:

Consenso e coação, ambos constituem “recursos escassos” do sistema político. A sua soma não deveria ser suficiente, nem capaz, de explicar a institucionalização da legitimidade. Na aceitação efetiva das decisões, a apresentação do motivo real e a relação associativa exata – quer no caso da aceitação da decisão por medo ou por apoio – podem permanecer sensivelmente em suspenso: e sociologicamente, o problema é exatamente esta indecisão, esta generalização da legitimidade que provoca uma aceitação quase desmotivada, tal como no caso das verdades. (LUHMANN, 1980, p. 30)

O processo judicial tradicional “só tem um espaço de manobra de desenvolvimento por motivo da existência de incerteza em questões de direito e de verdade só na medida do alcance dessa incerteza.” (LUHMANN, 1980, p. 52) A incerteza no direito age de forma a levar as pessoas a procura de uma resposta certa. Essa resposta poderá ser encontrada pelo processo judicial. Essa certeza de que uma resposta será encontrada é que leva as pessoas a



legitimarem o procedimento. Ou seja, o participar do procedimento legitima o procedimento pela habilidade de encontrar respostas para os dissídios.

Dessa forma os indivíduos procuram participar dos atos do processo, tentando influenciar o seu desfecho. A introdução no processo de um espaço onde o indivíduo possa expor suas reais pretensões com aquele procedimento, força a legitimação de uma decisão, seja uma sentença ou acordo.

Luhmann escreve que: “Esta é, provavelmente, a teoria secreta do processo jurídico: que, através do envolvimento no desempenho dum papel, se pode captar a personalidade, reestruturá-la e motivá-la para a tomada de decisões” (LUHMANN, 1980, p. 75).

Por fim, aduz-se que a mediação é um procedimento capaz de trabalhar com a percepção de processo e problema que se desenvolve no indivíduo que busca a solução de conflitos, seja judicial ou extrajudicial. Por este motivo a mediação tem uma grande ligação com a teoria defendida por Niklas Luhmann, pois busca a legitimação de seu procedimento através da participação do indivíduo.

Ainda, em tempo, observa-se que a mediação sob esta ótica da legitimação pelo procedimento, seria bem recepcionada. Tanto pela forma extrajudicial, onde não haveria uma intervenção direta do Estado-juiz, como também nas salas de audiência dos foros, onde os juízes, preparados para buscar uma acordo, orientariam os indivíduos no sentido de compor. Apresenta-se assim, como uma potencial solução aos dois problemas, elencados como os principais para a jurisdição tradicional, qual seja, a morosidade e a inefetividade das decisões.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Observaram-se inicialmente neste trabalho os problemas atinentes à jurisdição tradicional do Estado. Identificaram-se problemas de ordem procedimental, estrutural e ideológica, sendo que destas restaram dois problemas principais a serem explorados: a morosidade e a inefetividade das decisões do processo.

Este dois expoentes da problemática estatal foram analisadas sob outras duas óticas. Primeiramente deparou-se a inefetividade das decisões com a teoria da legitimação pelo procedimento de Niklas Luhmann, buscando uma forma de neutralizar aquele problema. Da mesma forma, posteriormente procurou-se trabalhar a morosidade do processo com a intervenção da mediação, tanto em juízo como extrajudicialmente.



Por fim, postulou uma união dos temas tratados, seguindo na linha de combater os dois problemas elencados no início do trabalho.

O presente trabalho se dispôs unicamente a elencar determinados aspectos sobre o procedimento da mediação, juntamente com a teoria da legitimação pelo procedimento, defendida por Luhmann. Ainda, aplicando aqueles dois objetos aos dois problemas, que segundo renomados autores, se destacam dentro da jurisdição tradicional.

Concluiu-se que a mediação, quanto trabalhada de forma séria dentro e fora do processo judicial pode tornar-se uma solução para a jurisdição. Primeiramente pela economia de tempo e dinheiro proporcionada por este procedimento, e ainda, uma maior efetividade as decisões proporcionada pela legitimação do procedimento.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Maria Margarida de. **Introdução à metodologia do trabalho científico:** elaboração de trabalhos na graduação. 3<sup>o</sup> ed. São Paulo: Atlas, 1998.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pelegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo.** 21<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim:** negociação de acordos sem concessões. Trad. Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges. 2. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Imago, 2005.

GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da modernidade.** Trad. Raul Fiker. São Paulo: Ed. UnESP, 1991.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento.** Tradução de Maria da Conceição Corte-Real. Brasília, UnB, 1980.

\_\_\_\_\_. **Sociologia do Direito I.** Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1981.

MARCONI, Marina de Andrade & LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Mediação e arbitragem:** alternativas à jurisdição. Livraria do Advogado. Porto Alegre, 1999.

NUNES, Edson. **A gramática política no Brasil:** clientelismo e insulamento burocrático. 3. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar; Brasília: ENAP, 2003.



SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma sociologia das ausências e das emergências**. In: Revista crítica das ciências sociais, nº 63. Outubro de 2002. pp. 237-280.

SIX, Jean François. **Dinâmica da mediação**. Tradução de Giselle Groeninga de Almeida, Águida Arruda Barbosa e Eliana Riberti Nazareth. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SOUZA NETO, João Batista de Mello e. **Mediação em Juízo**. São Paulo: Atlas, 2000.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

WEBER, Max. **A política como vocação**. In: GERTH, H. H. & MILLS, C. Wright (orgs.). **Max weber** – ensaios de sociologia. 5. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1982