

**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

FABRÍCIO SANTANA CRUZ

**MEDIAÇÃO JUDICIAL DE CONFLITOS NO BRASIL: UMA PERSPECTIVA DA
ANÁLISE ECOLÓGICA DO DIREITO.**

SALVADOR-BA

2024

FABRÍCIO SANTANA CRUZ

**MEDIAÇÃO JUDICIAL DE CONFLITOS NO BRASIL: UMA PERSPECTIVA DA
ANÁLISE ECOLÓGICA DO DIREITO.**

Dissertação apresentada ao programa de pós-graduação da Faculdade de direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para obtenção do grau de mestre.

Orientador: Professor Doutor Wálber Araújo Carneiro.

SALVADOR

2024

Dados internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

C957 Cruz, Fabrício Santana
Mediação judicial de conflitos no Brasil: uma perspectiva da análise ecológica do direito / por Fabrício Santana Cruz. – 2024.
119 f.

Orientador: Prof. Dr. Wálber Araújo Carneiro.
Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia,
Faculdade de Direito, Salvador, 2024.

1. Teoria dos sistemas. 2. Mediação. 3. Direito processual. 4. Sociologia. I. Carneiro, Wálber Araújo. II. Universidade Federal da Bahia - Faculdade de Direito. III. Título.

CDD – 347.09

FABRÍCIO SANTANA CRUZ

**MEDIAÇÃO JUDICIAL DE CONFLITOS NO BRASIL: UMA PERSPECTIVA DA
ANÁLISE ECOLÓGICA DO DIREITO.**

Dissertação apresentada ao programa de pós-graduação da Faculdade de direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para obtenção do grau de mestre.

Aprovado em 05 de abril de 2024

Banca examinadora

Walber Araújo Carneiro – Orientador

Universidade Federal da Bahia

Bernardo Montalvão Varjão de Azevedo

Universidade Federal da Bahia

Gabriel Seijo Leal de Figueiredo

Faculdade Baiana de Direito

Dedico este trabalho a Deus que foi meu suporte nos muito momentos difíceis desta jornada.

A todos os meus professores da alfabetização, da graduação e agora da pós-graduação que estimularam minha curiosidade e a ousadia para ir além do que parecia possível.

Ao professor Wálber Araújo Carneiro, pela sua paciência e ensinamentos que foram fundamentais para a conclusão deste trabalho.

A minha família e amigos queridos que mesmo sem entender bem por que eu estava trilhando este caminho me apoiaram incondicionalmente.

As minhas queridas amigas, estudantes tenazes que me sustentaram neste propósito em especial, Érica, Ana Célia, Vanessa, Cândida e Nadja.

"Totó tenho a impressão de que não estamos
mais no Kansas"

O mágico de Oz, 1939.

RESUMO

O presente trabalho teve como objetivo principal verificar se a teoria dos sistemas sociais autopoieticos, desenvolvida por Niklas Luhman poderia lançar novas luzes sobre a compreensão da mediação judicial de conflitos. A pesquisa promoveu um diálogo entre a sociologia, a teoria do direito e o processo civil. Utilizando de uma metodologia de revisão bibliográfica a investigação identificou uma visão parcial estabelecida pela perspectiva tradicional da mediação que localiza a efetividade nos termos de um problema de comunicação intersubjetiva, numa premissa de sociedade formada por indivíduos. A teoria sistêmica descortinou uma dimensão de problemas intersistêmicos que levou a através de uma análise ecológica do direito a proposição de uma mediação orientada para a prestação de sustentabilidade ao ambiente.

Palavras-chave: Teoria dos sistemas. Mediação. Análise ecológica. Direito processual. Sociologia.

ABSTRACT

The main objective of this work was to verify whether the theory of autopoietic social systems, developed by Niklas Luhman, could shed new light on the understanding of judicial mediation of conflicts. The research promoted a dialogue between sociology, legal theory and civil procedure. Using a literature review methodology, the research identified a partial view established by the traditional perspective of mediation that locates effectiveness in terms of a problem of intersubjective communication, in a premise of a society formed by individuals. The systemic theory has uncovered a dimension of intersystemic problems that has led to the proposition of a mediation oriented towards the provision of sustainability to the environment through an ecological analysis of law. The main objective of this work was to verify whether the theory of autopoietic social systems, developed by Niklas Luhman, could shed new light on the understanding of judicial mediation of conflicts. The research promoted a dialogue between sociology, legal theory and civil procedure. Using a literature review methodology, the research identified a partial view established by the traditional perspective of mediation that locates effectiveness in terms of a problem of intersubjective communication, in a premise of a society formed by individuals. The systemic theory has uncovered a dimension of intersystemic problems that has led to the proposition of a mediation oriented towards the provision of sustainability to the environment through an ecological analysis of law.

Keywords: Systems theory. Mediation. Ecological analysis. Procedural law. Sociology. Systems theory. Mediation. Ecological analysis. Procedural law. Sociology.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 A PERSPECTIVA TRADICIONAL DA MEDIAÇÃO JUDICIAL DE CONFLITOS .	18
2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	18
2.2 O PROBLEMA – ORIGENS E HISTÓRICO RECENTE DA MEDIAÇÃO JUDICIAL DE CONFLITOS.....	23
2.3 A ESTRATÉGIA DE SOLUÇÃO – CONCEITO, SISTEMA NORMATIVO E DISCURSO DESCRITIVO DE “CULTURA DO LITÍGIO” E “CULTURA DE PAZ”.....	28
2.3.1 Conceito de mediação desenvolvido pela doutrina	28
2.3.2 Sistema normativo e institucionalização.	31
2.3.3 Análise da produção científica recente – Cultura do litígio x cultura da paz.	38
2.4 OS RESULTADOS – CONTEXTO DA INSTITUCIONALIZAÇÃO – BAIXA DIFUSÃO, DISCURSO DA CULTURA DO LITÍGIO E DA CULTURA DA PAZ.....	50
2.5 OCULTAMENTO DO PROBLEMA DA COMUNICAÇÃO INTERSISTÊMICA COMO PROBLEMA DE EFETIVIDADE DA MEDIAÇÃO JUDICIAL DE CONFLITOS.	54
3 MEDIAÇÃO JUDICIAL A PARTIR DA DIFERENÇA SISTEMA/AMBIENTE - TEORIA DOS SISTEMAS SOCIAIS, CONTINGÊNCIA E COMPLEXIDADE NA SOCIEDADE MODERNA.....	57
3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	57
3.2 DUPLA CONTINGÊNCIA E A FORMAÇÃO DA SOCIEDADE FUNCIONALMENTE DIFERENCIADA – HÁ SISTEMAS SOCIAIS AUTOPOIÉTICOS.....	60
3.2.1 O meio do sentido	62
3.2.2 A comunicação possível na dupla contingência	63
3.2.3 A estrutura dos sistemas sociais.....	65
3.2.4 O sistema do direito e sua função	66
3.2.5 O problema da comunicação intersistêmica.....	66
3.2.6 O acoplamento estrutural	69
3.3 A MEDIAÇÃO JUDICIAL DE CONFLITOS NA DINÂMICA DO ACOPLAMENTO ESTRUTURAL DO SISTEMA DO DIREITO COMO RESPOSTA AO PROBLEMA DA COMUNICAÇÃO INTERSISTÊMICA.	71
3.3.1 Considerações iniciais.....	71

3.3.2 A orientação para abertura cognitiva	72
3.3.3 Mediação judicial de conflitos como resposta ao problema da comunicação intersistêmica.	76
3.4 CONTEXTO E RESULTADOS DA MEDIAÇÃO JUDICIAL COMO RESPOSTA AO PROBLEMA DA COMUNICAÇÃO INTERSISTÊMICA.	81
4 ANÁLISE ECOLÓGICA DO DIREITO E MEDIAÇÃO JUDICIAL DE CONFLITOS	86
4.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES	86
4.2 RECONSTRUÇÃO TEÓRICA NECESSÁRIA E PREOCUPAÇÃO ECOLÓGICA	87
4.3 MEDIAÇÃO JUDICIAL DE CONFLITOS E ORIENTAÇÃO SISTÊMICA CONTEXTUAL- UMA METODOLOGIA SISTÊMICA PARA A FORMULAÇÃO DE CASOS.....	91
4.4 ANÁLISE ECOLÓGICA DA MEDIAÇÃO: APLICAÇÃO DA DIFERENÇA PRESTAÇÃO/FUNÇÃO, AUTONOMIA/SUSTENTABILIDADE E DO PRINCÍPIO FUNCIONAL DA INTEGRIDADE.	94
5 CONCLUSÃO	104
REFERÊNCIAS.....	108

1 INTRODUÇÃO

A mediação judicial de conflitos vem ganhando importância cada vez maior no cenário das transformações do direito processual e entre as estratégias da Justiça para enfrentar a demanda crescente da tutela de direitos.

Estabelecida dentro do contexto de uma política judiciária de solução adequada de conflitos, ela possui tratamento normativo consolidado, que se estende desde o regramento por resolução administrativa do Conselho Nacional de Justiça, resolução 125/2010, até seu tratamento pelo Código de Processo Civil e a Lei específica da Mediação judicial de conflitos 13.140/2015.

Uma ampla estrutura organizacional foi projetada para promover a mediação como forma de solução de conflitos seja no âmbito do judiciário seja fora dele. A resolução 125/2010 do CNJ estabeleceu a instituição de centros e núcleos no âmbito dos diversos foros da justiça com o escopo de oferecer aos cidadãos o tratamento adequado de seus conflitos, estimulando soluções não adversariais.

Podemos identificar um esforço do Poder judiciário de institucionalizar a mediação e difundir sua prática para os conflitos em que seja a forma mais adequada de solução.

A resolução 05/2018 do Ministério da Educação (BRASIL, 2018), que define as diretrizes curriculares nacionais do curso de graduação em direito, se harmoniza com este influxo de institucionalização da mediação ao prescrever disciplinas para o ensino da mediação nos cursos de formação em direito.

A doutrina e produção teórica da mediação de conflitos também tem acumulado esforços no sentido de promover a difusão da mediação judicial de conflitos. As inúmeras vantagens da mediação têm sido identificadas e propostas como solução para um contexto de inefetividade dos direitos e insuficiência da prestação jurisdicional.

O maior obstáculo a implementação da mediação, identificado pela produção teórica e pelo discurso institucional prático, estaria configurado na necessidade de se promover uma revolução cultural que possa estabelecer uma “cultura de paz” no lugar da atual “cultura do litígio”.

Sem muita polêmica a doutrina jurídica tem conceituado a mediação judicial como um procedimento em que um terceiro imparcial promove o diálogo entre as partes de modo a potencializar sua chegada à solução da controvérsia.

Diante do acúmulo de debates sobre a mediação judicial de conflitos se estabilizou sua descrição como uma das formas não adversariais de solução de conflitos disposta no bojo de um sistema multiportas em que a jurisdição se apresenta como uma possibilidade a ser oferecida aos demandantes juntamente com outras soluções equivalentes. Somente a análise do caso permitiria estabelecer a mais adequada.

O consenso sobre as qualidades da mediação judicial de conflitos, a existência de um microsistema normativo específico para sua operacionalização, eo processo de institucionalização como política judiciária não tem sido, contudo, suficientes para promover a efetividade e difusão da mediação de acordo com as projeções teóricas a seu respeito.

De acordo com o relatório da pesquisa justiça em números o índice de conciliação, que inclui sentenças homologatórias de acordo excluídas do conjunto de sentenças e decisões terminativas, foi de 11, 9% em 2021 (BRASIL, 2022).

Este resultado tímido em que aproximadamente 90% dos conflitos que chegam a demandar um tratamento pela justiça são solucionados pela via jurisdicional, sinalizam que a mediação judicial de conflitos tem um longo caminho para concretizar sua difusão e efetividade.

A explicação corrente para os problemas de efetividade da mediação judicial de conflitos atribui seus obstáculos a ações e práticas humanas, a uma “cultura do litígio” que se contrapõe a “uma cultura de paz”.

Encontramos tanto na produção teórica como no discurso institucional, consignado nos normativos, a alusão a estas duas categorias e uma problematização que tem como objetivo difundir as vantagens da mediação para as consciências humanas a fim de lhe garantir efetividade.

Este cenário que reúne o consenso doutrinário sobre as vantagens da mediação e um sistema normativo exaustivo sobre o tema, tem construído uma sensação de esgotamento dos debates. É como se já se tivesse descrito e compreendido a mediação judicial em sua inteireza sendo necessário agora somente uma ação das consciências, uma revolução cultural.

Este contexto nos levou a suspeitar que talvez essa ideia de “cultura de paz” contraposta a uma “cultura do litígio” estivesse ocultando dimensões do problema de efetividade da mediação que estariam a determinar resultados tímidos a despeito da crescente rede institucionalizada, dos esforços legislativos, da prática, e atuação

enfática do próprio poder judiciário.

A contraposição de uma “cultura de paz” a uma ‘cultura do litígio’ demarca a premissa de uma sociedade formada por indivíduos. Os problemas de funcionamento são assim naturalmente vinculados a ações e subjetividades.

Esta posição oculta uma questão em particular: Além da interação dos sujeitos indicados como humanos que outras forças refletem nas operações da mediação judicial de conflitos? Sob quais condições a mediação judicial de conflitos se estabelece na sociedade para além das relações entre indivíduos?

Para nos situarmos nesse contexto apresentado e buscarmos novas soluções é fundamental ter em mente a existência de um consenso erigido sobre as abordagens a respeito da mediação judicial de conflitos, uma espécie de imagem formada.

A crença de que existe uma descrição exhaustiva da mediação judicial de conflitos, e a não problematização de sua autologia paralisa a compreensão de outras possibilidades e por fim oculta o caráter contingente e complexo da sociedade.

A compreensão da mediação judicial fruto de uma observação que situa o sujeito individual no centro das reflexões, atende e desenvolve soluções para diversos problemas enfrentados na sociedade, questões que dizem respeito ao acesso à justiça, a democracia representativa, efetividade processual, política judiciária entre outras, contudo seus limites ocultam outras questões atuais que envolvem contextos comunicativos que extrapolam a ação dos indivíduos.

Este é o ponto de partida desta investigação. Identificamos que os obstáculos que impedem a implementação da mediação judicial são veiculados em torno de uma descrição que se apoia em uma perspectiva de sociedade fincada em atores individuais e suas ações. Temos desta maneira uma visão parcial da mediação judicial de conflitos que acreditamos ter esgotado o tema.

A realidade da mediação judicial de conflitos no Brasil não parece se apresentar limitada às questões elaboradas pela distinção indivíduo/sociedade, a compreensão a partir desta distinção nos levaram a considerar que soluções efetivas poderiam se dar tão somente com a observação do problema da comunicação intersubjetiva.

Diante deste contexto nos perguntamos nesta pesquisa se a compreensão da mediação judicial de conflitos a partir da teoria dos sistemas sociais autopoieticos, de Niklas Luhmann poderia resultar em novos conhecimentos sobre o problema da efetividade demonstrando que o tema não está esgotado, e que não se restringe ao problema da comunicação intersubjetiva.

Ao analisar a tarefa da sociologia em construir uma teoria geral da sociedade, Luhmann conclui que existem quatro obstáculos na forma de suposições que impediriam o conhecimento da realidade moderna: A suposição de que a sociedade está constituída de homens concretos e por relações entre seres humanos; a de que a sociedade se estabelece ou pelo menos se integra através do consenso dos seres humanos, da concordância de suas opiniões e da complementariedade de seus objetivos; que as sociedades são unidades regionais territorialmente delimitadas; e por fim que as sociedades podem se observar desde seu exterior como grupos de seres humanos com territórios (Luhmann, 2006, p.11).

A teoria dos sistemas sociais autopoiéticos se propõe a realizando observação sob a égide de uma distinção sistema/ambiente, descrever como é possível a sociedade. Neste sentido aqui a utilizamos como ferramenta de investigação afim de ver além do cenário até então descrito sobre a mediação judicial de conflitos no Brasil, que seria considerado por Luhmann como um obstáculo epistemológico uma vez que se funda na diferença sociedade/indivíduo.

Diante das deficiências da produção teórica da sociologia Niklas Luhman apresenta a teoria dos sistemas como proposta para compreensão de uma sociedade marcada pela complexidade e contingência. A complexidade é por ele entendida como a constatação de que existem mais possibilidades do que se pode realizar. A respeito da contingência Luhmann a entende como o fato de que as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas (Luhman, 1983, p.45).

O mundo se apresenta desta maneira como um horizonte de infinitas possibilidades que podem ocorrer em infinitos arranjos agora de uma forma e no momento seguinte de forma diferente. O processo evolutivo da diferenciação funcional ordenaria estas possibilidades e permitiria a redução da complexidade eum manejo da contingência. A sociedade se caracteriza pela autonomização funcional e fechamento operativo de seus sistemas parciais de sentido, capazes de se auto-organizar e se autorreproduzir a partir de seus próprios elementos comunicativos (Luhmann, 2006, p.26).

Como resultado desta descrição Luhman (2006, p.20) apresenta a sociedade como um sistema social distinto de outros sistemas funcionais, que tem a comunicação como operação básica, dotada de um caráter omniabarcador uma vez que toda a comunicação se dá dentro da sociedade.

Sua teoria da sociedade propõe uma ideia de sistema e de comunicação como elementos fundamentais para a compreensão da sociedade complexa, divergindo do que a tradição teórica havia produzido até então. Os sistemas são compreendidos em sua autorreferência, fechados ao invés de abertos, e a comunicação se apresenta por consequência como um circuito reflexivo distinto de uma ideia de comunicação como transmissão.

Neste cenário os seres humanos se apresentam como ambiente dos sistemas sociais, de modo que, embora sejam fundamentais para os processos comunicativos, se constituindo como sistemas autorreferentes e autopoieticos que operam por meio da consciência e da linguagem, não são componentes da sociedade, mas seu entorno.

A efetividade da mediação e sua concretização é concertada desta forma não só dentro dos limites do subsistema do direito da sociedade, mas dentro do sistema omniabarcador da sociedade em sua dinâmica envolvendo outros subsistemas sociais, os sistemas psíquicos e o influxo de um horizonte ilimitado de demandas ambientais complexas e contingentes.

Através do recurso a essa perspectiva sistêmica podemos compreender o problema de efetividade da mediação judicial de conflitos nas relações do sistema do direito com os demais sistemas da sociedade e com o ambiente.

A formação do acordo consignado pelo procedimento da mediação judicial de conflitos não tem como raio de ação somente a diferença de contextos apresentada pelas subjetividades expande-se a sua compreensão para a divergência entre os âmbitos contextuais da sociedade formados pela comunicação recursiva dos mais diversos campos.

O conflito que demanda uma solução do sistema do direito envolve a estabilização de expectativas normativas articuladas por diversos sistemas comunicativos que operam fechados em suas próprias recursividades comunicativas, mas se apresentam cognitivamente abertos ao ambiente sofrendo irritações, e se sensibilizando a uma constante evolução.

Diante da necessidade dessa observação que aponte as condições e pressupostos da descrição da mediação judicial de conflitos da sociedade, é que recorreremos à teoria dos sistemas sociais autopoieticos como perspectiva.

Neste prisma por trás de um aparente esgotamento e superação do tema, como se tudo que houvesse para ser conhecido sobre a mediação judicial de conflitos já

tivesse sido realizado, podemos encontrar uma questão pulsante: como explicar que a despeito do conhecimento que possuímos sobre a mediação judicial de conflitos, do consenso a respeito de suas inúmeras vantagens ainda encontramos tanta resistência a sua adesão em grande escala?

Por que, ainda que reconhecidas tantas qualidades, a mediação de conflitos ocupa um espaço tão reduzido no universo das soluções de conflito operadas pelo judiciário brasileiro? Ou em resumo: Por que a despeito de todas as soluções propostas, e esforços para sua institucionalização, a mediação judicial enfrenta problemas de efetividade?

Neste sentido questionamos neste trabalho que a descrição da mediação judicial de conflitos baseada na dicotomia indivíduo/sociedade apresenta um débito reflexivo que resvala em uma compreensão e consequente implementação equivocada, ou ao menos parcial da mediação. Articulamos a hipótese de sermos carentes de uma investigação que leve em conta a forma moderna de organização da sociedade, os sistemas funcionais.

E, considerando esse déficit, nos valem da teoria dos sistemas sociais autopoieticos para alcançar novos resultados na compreensão da mediação judicial de conflitos no Brasil, partindo da distinção sistema/ambiente.

É possível que a falta desta observação seja um fator decisivo para nossa dificuldade de identificar e responder cientificamente por que a mediação judicial de conflitos tem tanto potencial não realizado. Esta face oculta da mediação judicial de conflitos nos impossibilita de propor a questão da efetividade da mediação nos termos do problema de uma comunicação intersistêmica no lugar dos termos limitados do problema de uma comunicação intersubjetiva.

Partimos da premissa de que estamos diante de um novo arranjo social com a modernidade, e, portanto, se faz necessário o auxílio de uma nova teoria da sociedade para a observação de fenômenos atuais.

O processo de mudanças por que passou a sociedade instituiu a necessidade de se buscar novas distinções para observar fenômenos que não se mostram de forma satisfatória a partir de um único campo.

A despeito do potencial explicativo de diversas teorias sociais, a sociedade moderna desafia a construção de distinções que possam compreender o caráter policêntrico dos novos tempos.

No contexto moderno de uma sociedade complexa, a resposta para estas

questões passa pelo problema das relações e interferências que se mostram na dinâmica dos diversos sistemas funcionais da sociedade.

Gunther Teubner (2005) indica a mudança do paradigma de sociedade afirmando que o direito não é produzido pelas ações humanas como um artefato cultural, na realidade o direito, como sujeito epistêmico, cria atores humanos como resultado de um processo comunicativo de operações jurídicas redundantes.

Nesta linha nos propomos a demonstrar os limites da descrição da mediação judicial de conflitos baseada na distinção indivíduo/sociedade (com os humanos como elementos da sociedade) e apresentar as possibilidades de uma nova descrição baseada na distinção sistema/ambiente veiculada pela teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann.

É a partir da demonstração desses limites que buscaremos descrever que os problemas de efetividade da mediação judicial de conflitos podem ser mais bem compreendidos nos termos do problema da comunicação intersistêmica.

Para uma introdução do tema é suficiente ter em mente que a teoria da sociedade, aqui utilizada como apoio teórico de nossas reflexões, tem como eixo a descrição de uma sociedade moderna marcada pelas características da complexidade e da contingência e que lança mão de sistemas sociais autopoieticos como estratégia para processar esta complexidade e manejar a contingência.

Uma vez introduzida a base teórica de investigação sociológica deste trabalho buscamos delinear uma dimensão funcional da mediação judicial de conflitos com a identificação de sua dinâmica dentro do sistema do direito e seus impactos e relações com o ambiente. Incorporado o paradigma sistêmico passamos a descrever onde a mediação judicial de conflitos se situaria em um mundo formado por sistemas sociais autopoieticos.

Por mediação de conflitos judicial entendemos o processo institucionalizado dentro do sistema organizacional dos tribunais, mediado por terceiro imparcial que facilitando o diálogo entre as partes promove uma solução autocompositiva.

Procedimento que distingue entre demandas adequadas à solução jurisdicional e demandas adequadas à solução judicialmente mediada.

O processo de mediação é produto da comunicação da sociedade em diversos recortes de compreensão, nos interessa a mediação judicial de conflitos, de modo que se faz necessário localizá-la dentro do sistema do direito, como comunicação jurídica, e mesmo internamente descartamos a análise da descrição da mediação extrajudicial,

focando no sistema organizacional do poder judiciário.

A delimitação do tema leva em conta a necessidade de observar o movimento de institucionalização da mediação de conflitos dentro do poder judiciário e suas repercussões no ambiente. Seria possível observar a mediação de conflitos em outros campos como o comunitário ou o estritamente privado contudo tal ampliação do tema envolveria um aumento considerável dos objetos textuais que buscamos analisar no presente estudo. A riqueza de documentos confeccionados por iniciativas de mediação comunitária já tornaria a pesquisa inviável para os limites de uma dissertação.

O auxílio da teoria sistêmica nos levou a melhor descrever a mediação judicial de conflitos, e descortinou a presença do problema da comunicação intersistêmica que vai além da questão da comunicação entre sujeitos. Com fundamento em uma distinção sistema/ambiente foi possível descrever a mediação judicial de conflitos dentro da dinâmica dos acoplamentos estruturais como um sistema de organização da sociedade que possibilita a elaboração de decisões jurídicas mais sensíveis aos problemas de comunicação intersistêmicos.

Em outras palavras uma descrição da mediação judicial de conflitos através da perspectiva sistêmica nos põe diante da possibilidade de acoplamentos estruturais, e esta dimensão fomenta reflexões a respeito da comunicação intersistêmica. Se a mediação judicial de conflitos pode descrever a provocação comunicativa existente entre sistemas diferentes na geração de acordos como poderíamos melhor compreender os limites sistêmicos, as irritações e a ressonância exercida no sistema do direito e os impactos ambientais dessa dinâmica?

Com este fim mobilizamos o arsenal teórico da Análise ecológica do direito, proposta por Walber Araújo Carneiro (2020) de modo a constituir uma conexão entre a descrição ampliada pela observação de segunda ordem realizada, e orientações para uma autorregulação do direito. A proposta é produzir uma comunicação, a partir do sistema da ciência, que possa ser compartilhada como um elemento de sentido capaz de irritar o sistema do direito na direção de uma mediação judicial de conflitos que produza acordos que promovam um incremento da cognição do direito, e assim contribuam para a solução de problemas intersistêmicos, ecológicos.

A análise ecológica do direito aplicada a mediação judicial de conflitos demonstrou que a descrição fundada na diferença indivíduo/sociedade, não consegue observar como o processo de mediação judicial de conflitos impacta o ambiente ao promover acoplamentos estruturais entre o sistema do direito e outros sistemas

sociais, promovendo a consecução de acordos que solucionam demandas que não se adequam a uma solução jurisdicional, demandas intersistêmicas, ecológicas.

Indo além de uma melhor descrição a análise ecológica do direito nos permitiu propor soluções para questões referentes a demanda ambiental cada vez maior por soluções mediadas e a necessidade interna do sistema do direito de garantir decisões orientadas para a sustentabilidade por um princípio funcional de integridade.

Fomos capazes de verificar a possibilidade generativa de uma melhor descrição dos casos submetidos à mediação uma vez que podem ser descritos em torno das interferências dos sistemas envolvidos nos problemas, bem como descrever a utilização da mediação à semelhança do que se processa com os direitos fundamentais que atuam como eclusas de sentido entre o sistema do direito e o ambiente (Carneiro, 2018).

Realizamos uma pesquisa bibliográfica, exploratória, qualitativa, informada por um método dialético. Além desta introdução foram construídos 3 capítulos de desenvolvimento e um de considerações finais.

No primeiro capítulo, para cumprir um objetivo de demonstrar os limites de uma descrição da mediação judicial de conflitos baseada na distinção indivíduo e sociedade, apresentamos reflexões sobre sua descrição em instrumentos legais, obras doutrinárias e produções científicas que produzem uma imagem da mediação judicial que oculta sua relação com o ambiente e a questão central da comunicação intersistêmica. Aqui neste trabalho chamamos esta perspectiva de tradicional.

No segundo capítulo, com o escopo de demonstrar as vantagens e possibilidades de uma descrição da mediação judicial de conflitos sistêmica, apresentamos conceitos fundamentais da teoria dos sistemas sociais autopoieticos e o problema da comunicação intersistêmica, para a partir daí compreender a mediação judicial na dinâmica dos acoplamentos estruturais do sistema direito. Aqui descrevemos a mediação judicial de conflitos através de uma distinção sistema/ambiente.

No terceiro capítulo apresentamos uma perspectiva da análise ecológica do direito como proposta de observação dos impactos da mediação judicial de conflitos no seu ambiente, e os reflexos da comunicação intersistêmica de modo a orientar a auto-observação dogmática sobre o tema. Neste capítulo pudemos esboçar uma forma ecológica de tratamento dos casos submetidos a mediação judicial em sua visão ampliada, e indicar uma forma de compreender a mediação judicial de conflitos a partir

do princípio funcional da integridade/sustentabilidade de modo a irritar o sistema do direito e promover sua autorregulação de modo a absorver novos contornos de efetividade pra o tema.

No quinto e último capítulo são apresentadas as nossas considerações finais onde concluímos que a observação da mediação judicial de conflitos a partir da distinção indivíduo/sociedade, é a descrição tradicional na auto-observação dogmática, que oculta questões relativas à comunicação intersistêmica e a relação entre sistema e ambiente. Uma perspectiva sistêmica reposiciona a questão da efetividade da mediação judicial de conflitos como solução de conflitos intersistêmicos da sociedade.

A partir de uma análise ecológica concluímos que existe uma demanda articulada pelos sistemas sociais para irritar o sistema do direito com os fins de constituir acoplamentos estruturais, sob a forma de acordos que tratem de demandas específicas distinguindo-as de demandas solucionáveis pela jurisdição. Esta demanda pode ser correspondida pela mediação judicial de conflitos, para alcançar este objetivo propomos a construção de comunicações do sistema da ciência que atuem como elemento de sentido capaz de irritar o direito na direção de uma maior sensibilidade à problemas ecológicos.

2 A PERSPECTIVA TRADICIONAL DA MEDIAÇÃO JUDICIAL DE CONFLITOS

Neste capítulo iremos apresentar uma imagem da mediação judicial de conflitos que aqui denominamos como tradicional com o objetivo de distinguir da perspectiva sistêmica que abordaremos nos próximos capítulos.

O nosso objetivo é descrever como a mediação judicial de conflitos pode ser compreendida a partir da distinção sociedade/indivíduo que é predominante na dogmática.

2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A mediação é um fenômeno da sociedade que interessa a diversas disciplinas. A pedagogia, a psicologia, a administração, a antropologia, a comunicação, entre outras, constroem uma relação com a mediação descrevendo-a em seus contextos de abrangência.

O termo é utilizado amplamente para descrever diversas práticas que objetivam ajudar partes em conflito. Na definição de Enia Cecilia Briquet a mediação “é um processo no qual uma pessoa imparcial ajuda as partes a se comunicarem e afazer escolhas voluntárias e conscientes num esforço de resolver suas disputas.” (Briquet, 2016, p.15).

A definição da mediação de conflitos de forma ampla, sem especificar rigidamente um procedimento, passos ou regras de forma exaustiva, permite uma necessária área de manobra de seu uso como estratégia de solução de conflitos em diversos campos da sociedade. Essa amplitude é uma vantagem que pode ser temperada conforme a mediação é manejada em diferentes contextos.

Para o direito a definição de um conceito mais amplo de mediação, e a definição de um procedimento mais aberto, não rigidamente roteirizado, apresenta uma evolução que se introduz na esteira de um processo instrumental, vocacionado a tutela efetiva dos direitos.

Ainda que seja uma preocupação constante dos juristas estabelecer balizas para conferir um certo grau de estabilidade, previsibilidade e segurança ao procedimento da mediação de conflitos.

Tendo isto em mente, ao lado de um procedimento jurisdicional vinculado a rigidez do exercício de um poder estatal se constroem novas portas para a solução de

conflitos, estabelecidas no âmbito do judiciário e no ambiente privado, contando com a descrição de um núcleo básico de diretrizes suficientes para garantir o devido processo legal, atualmente lido como regra de higidez substancial que ultrapassa os limites do processo estatal. Maneja-se através da mediação uma flexibilidade controlada na solução de conflitos.

O direito assim constitui uma relação com o tema da mediação, repercutindo sua importância nas searas do direito administrativo, ambiental, coletivo, consumidor, penal etc.

A construção de uma mediação judicial, distinta na sociedade, é articulada pelo direito processual como uma estratégia, entre outras, para solucionar os problemas que mobilizam uma solução jurídica, diversa da solução jurisdicionaladjudicatória.

É no bojo de uma distinção primeira entre a estratégia de solução jurisdicional através de sentença, e outras estratégias de solução não adversarial tais como a negociação, a conciliação e a arbitragem que se constitui a mediação como proposta de solução consensual diferenciada.

O objetivo é articular uma solução mais flexível, adequada às características de um tipo de conflito que demanda um processo não adversarial de solução, em que as partes possam de vontade própria e, exercitando sua autonomia, construir um acordo que preserve uma relação com tendência à continuidade.

A necessidade de distinção da mediação judicial como estratégia de solução de conflitos tem sua origem descrita na compreensão cada vez maior que foi sendo produzida a respeito da solução de conflitos por meio da jurisdição.

Uma compreensão que nos levou a conceber que a tarefa de solucionar disputas somente através da via jurisdicional não teria como garantir o necessário acesso à justiça, célere e efetiva.

Boaventura de Sousa Santos, relata a existência de uma crise da administração da justiça, que eclodiu nos anos 60 e se faz sentir até os nossos dias. A expansão de direitos sociais que incluíram as classes trabalhadoras nos circuitos de consumo de que anteriormente se encontravam alijados, estabeleceu um estado- providência que está implicado na solução da imensa conflituosidade gerada pelas disputas decorrentes dos direitos de habitação, saúde, relações de trabalho, segurança social, entre outros (Santos, 2012, p.145).

A consagração de novos direitos, a perspectiva de um Estado que chamava para si a solução dos conflitos, e as constantes crises financeiras resultaram em

uma situação em que a Justiça não se apresenta capaz de implementar recursos suficientes para absorver a crescente demanda por acesso a uma justiça célere e efetiva.

É possível que a crise da justiça indicada pelo sociólogo português represente uma condição do direito, uma vez que a tarefa de gerir os litígios da sociedade é tamanha que sempre apresentará desafios a demandar novas estratégias de enfrentamento e recursos.

Para os nossos fins de pesquisa interessa perceber que esta condição ou crise originou o surgimento do interesse por novas fórmulas de solução de conflito como a mediação.

Neste cenário a tecnologia processual, refletindo sobre o acesso à justiça e a efetividade das práticas do judiciário, repensou a jurisdição e promoveu reformas para garantir a tutela de direitos. Esse movimento se revelou insuficiente para dar conta das demandas de uma sociedade cada vez mais complexa de modo que se produziu a necessidade de criação de construtos teóricos distintos que configurassem novas soluções para a demanda crescente.

Inicialmente era comum a doutrina se referir a meios alternativos de solução de controvérsias, contudo com o passar do tempo se foi evoluindo para ideia de meios adequados de solução de conflitos, compreendendo-se que cada conflito é possuidor de características que ensejariam uma fórmula mais precisa para a sua solução, com economia de recursos e melhores resultados.

Atualmente estabelecemos o modelo de justiça multiportas, com meios de solução adequada de conflitos, em que a jurisdição se apresenta como uma das portas de acesso à justiça, juntamente com outros meios tais como a arbitragem, a negociação, a conciliação e a mediação.

Leonardo Carneiro da Cunha, explicando a metáfora da justiça multiportas assevera que é como se no átrio do fórum, existissem várias portas e a depender da demanda apresentada as partes se encaminhariam para a porta da arbitragem, da conciliação, da mediação ou mesmo da jurisdição estatal (Cunha, 2020, p.1).

Esta conformação da justiça multiportas, e da descrição dos meios de solução consensual em equivalência à solução jurisdicional adjudicatória, como meios adequados, consolida a imagem atual da mediação judicial de conflitos no Brasil.

O acúmulo de reflexões produzidas doutrinariamente e pela prática, a respeito das fórmulas de solução não adversarial de conflitos, bem como o esforço de

empreendimentos para sua institucionalização com a criação de organizações, estrutura e funções dentro do próprio poder judiciário, criação de instrumentos legislativos, e inclusão do tema nos currículos de ensino, estabelece a ideia de que o tema da mediação judicial de conflitos já se encontra suficientemente delineado pelo sistema jurídico.

A atual configuração da mediação judicial de conflitos no concerto de uma justiça multiportas, a operar como política de solução adequada de conflitos, a existência de um microssistema legislativo composto pela lei de mediação – 13.140/2015, o código de processo civil – 13.105/2015 e a resolução 125/2010 do Conselho Nacional de justiça, deixam a impressão de que uma implementação efetiva da mediação depende agora da mobilização dos atores sociais.

Encontramos esta ideia de uma espécie de esgotamento do tema na maioria dos livros que tivemos acesso durante a pesquisa.

Em obra de referência sobre a justiça multiportas Trícia Navarro Xavier Cabral e Hermes Zaneti Júnior, identificam que, apesar do temor pela ausência de condições estruturais e pessoais, o grande obstáculo à implementação efetiva da política de solução adequada de conflitos é cultural (Cabral, Zaneti júnior, 2017, p.8).

Em suas palavras, “Juízes não querem perder poder; advogados não querem perder mercado de trabalho; as partes não querem ter maior custo ou tramitar suas demandas em terreno incerto e desconhecido; e o Judiciário não quer ter maior responsabilidade.” (Cabral, Zaneti júnior, 2017, p.8).

Antes mesmo da existência do sistema normativo que institucionalizou a justiça multiportas, Kazuo Watanabe, importante precursor do tema na doutrina, identificava que o grande obstáculo no Brasil para a utilização da mediação, juntamente com outros meios de solução não adversarial de conflitos, estaria na formação acadêmica dos operadores do direito, vinculada a uma “cultura da sentença” (Watanabe, 2007, p.7).

Os profissionais seriam educados para buscar a sentença como forma de solução de todos os conflitos que lhe fossem demandados, e estariam fechados a outras possibilidades de solução de conflito.

O problema da efetividade da mediação judicial de conflitos é desta maneira, descrito nos termos de um problema de comunicação intersubjetiva. Tanto na doutrina como em registros documentais do discurso institucional, a exemplo de manuais de mediação judicial produzidos pelo judiciário, identificamos menção constante a

necessidade de uma mudança cultural.

Do início ao fim de nosso estudo de revisão bibliográfica pudemos encontrar como resposta ao problema de efetividade da mediação a necessidade de uma revolução cultural que desse cabo da “cultura do litígio” reinante entre os brasileiros, estabelecendo-se uma “cultura de paz”.

A despeito de um esforço de institucionalização considerável, a mediação judicial de conflitos no Brasil ainda ocupa um tímido espaço entre as multiportas da justiça, teoricamente há desinteresse em seu trato específico, sendo comum confundir-la com a conciliação ou tratá-la no conjunto das outras fórmulas de solução adequada de conflitos.

Este cenário nos fez suspeitar que o tema não se encontra esgotado como pode parecer. Nos questionamos se existiria uma compreensão da mediação que ainda nos escapa por estarmos olhando através de uma distinção sociedade-indivíduo, e reputando os problemas de efetividade às ações dos sujeitos da sociedade como indivíduos.

Será que além do conflito entre sujeitos individuais outros elementos da complexidade social estariam atuando para conservar uma situação de inefetividade e baixa difusão da mediação no Brasil?

Como o que nos chamou atenção para o tema foi o fato de termos nos últimos anos um amplo esforço de institucionalização da mediação no poder judiciário, optamos por questões metodológicas a nos focar na mediação judicial de conflitos.

Tendo em mente que o problema de pesquisa deste trabalho reflete sobre a possibilidade de uma perspectiva a partir da teoria dos sistemas sociais autopoieticos da mediação judicial de conflitos nos apresentar novas explicações a respeito da questão da efetividade da mediação no Brasil, a primeira tarefa que se nos apresentou foi a de expor como o tema é descrito na perspectiva tradicional.

Assim para configurar a imagem da mediação judicial de conflitos no Brasil descrita pela perspectiva tradicional do direito, procedemos neste capítulo a uma revisão bibliográfica e análise documental que teve como objeto livros e textos doutrinários, artigos e teses recentes e as principais legislações temáticas.

Guiamos a nossa pesquisa na formação de um roteiro em que buscamos apresentar como a doutrina, documentos legislativos e o discurso institucional, descrevem o problema que dá origem a mediação, a estratégia de solução e os resultados. Em outros termos apresentamos a origem recente da mediação judicial,

seu conceito e descrição doutrinária e normativa, e seus problemas e resultados na consecução de uma justiça célere e efetiva.

Inicialmente descreveremos a origem da mediação judicial de conflito nos focando no tipo de problema da sociedade que a existência de um conceito distinto de mediação judicial de conflitos busca resolver. Aqui traçamos seu histórico atual indicando o movimento de acesso à justiça e a configuração do sistema multiportas americano como marcos do problema da crise da justiça. Seguindo pelo processo de institucionalização no Brasil.

A seguir descreveremos o conceito e aplicação da mediação judicial de conflitos apresentando a descrição doutrinária sobre o tema e o sistema normativo existente. Aqui focamos nossa atenção na configuração da mediação judicial de conflitos como forma adequada de solução de conflitos. Ainda, mapeamos através da análise de teses recentes os reflexos da perspectiva tradicional na produção científica resultando na construção de um discurso que contrapõe uma “cultura do litígio” e uma “cultura de paz”.

Ao fim identificaremos os resultados que a institucionalização da mediação judicial de conflitos vem produzindo, e destacaremos que as respostas da perspectiva tradicional aos desafios da efetividade não podem se limitar a necessidade de uma mudança cultural ou de ações dos indivíduos. Para enfrentar os problemas complexos da sociedade moderna se faz necessária uma forma mais complexa de observação.

2.2 O PROBLEMA – ORIGENS E HISTÓRICO RECENTE DA MEDIAÇÃO JUDICIAL DE CONFLITOS.

A mediação judicial de conflitos já era conhecida na antiguidade, havendo registros de sua utilização na Grécia antiga, na civilização romana e na China (Briquet, 2018, p.97).

A despeito de sua vasta história, nos interessa a sua configuração moderna onde representará a constituição de uma forma de solução de conflitos distinta da jurisdição, que visa proporcionar uma solução adequada, diversa da sentença.

Aos buscarmos este ponto de distinção encontramos uma convergência doutrinária apontando uma crise da jurisdição, que não poderia dar conta de toda a demanda de conflitos produzidas pela sociedade.

O problema que a mediação judicial de conflitos busca solucionar é, desta maneira, o problema de garantia de acesso a uma justiça célere e efetiva. Assim o que se constrói como distinção é uma estratégia que se incorpora a um variado arsenal de procedimentos para a solução de controvérsias.

Na perspectiva tradicional a conceituação da origem da mediação judicial de conflitos encontra-se descrita como instrumento de tutela do direito fundamental de acesso à justiça.

Nestes termos Humberto Dala Bernardina de Pinho e Marcelo Mazzola apontam que o Código de processo civil e a lei de Mediação (Lei 13.140/015), se fundam na mesma base ideológica de privilegiar o acesso à justiça e a duração razoável do processo (Pinho, Mazzola, 2022, p. 53-55).

Para os autores as reformas processuais ocorridas nas décadas que antecederam a edição do código de processo civil vigente, bem como as mudanças trazidas pela emenda constitucional 45, reforma do judiciário, se harmonizam em um esforço de promover o acesso à justiça e a duração razoável do processo (Pinho, Mazzola, 2022, posição 56-57).

As reformas que buscaram uma maior efetividade da jurisdição não se revelaram suficientes para satisfazer a demanda crescente de modo que foram articuladas novas fórmulas para a solução de conflitos, tanto no âmbito judicial como fora dele.

Demandado pela existência de conflitos crescentes, o direito que formulara como estratégia de solução a jurisdição como poder estatal, se vê obrigado a reformular suas estruturas buscando outras formas de garantir o acesso à justiça.

No mesmo sentido Ricardo Goretti em pesquisa sobre a temática, investiga se as políticas de difusão da mediação, instituídas pelo Judiciário brasileiro podem contribuir para a efetivação do direito fundamental de acesso à justiça. O autor conclui que a mediação pode contribuir para a efetivação do direito de acesso à justiça desde que satisfeitas condicionantes referentes a provisão de recursos financeiros e humanos, capacitação dos mediadores, integração institucional, avaliação dos resultados e adesão da sociedade e dos profissionais do direito através da promoção de uma pedagogia da mediação (Goretti, 2017, p.321-333).

O renascimento da mediação judicial de conflitos como estratégia de solução de conflitos, como se percebe, tem sua origem associada ao movimento de acesso à justiça.

O estudo sobre acesso à justiça promovido por Mauro Capeletti e Bryant Garth (1988), é constantemente citado como um marco importante na concepção da necessidade de instituição de políticas públicas que viabilizassem o acesso igualitário a ordem jurídica justa.

Neste estudo os autores buscaram demonstrar a importância capital do direito fundamental de acesso à justiça. Observou-se que a transformação da sociedade de estados liberais onde predominava o direito individualista, e a igualdade formal, para o estado de bem-estar social, fez surgir a necessidade de o Judiciário atuar para garantir os novos direitos sociais, promovendo uma igualdade substancial, secundada pela possibilidade de todos poderem recorrer à justiça para a tutela de seus direitos (Capeletti; Garth, 1988, p. 9 - 10).

Em suas palavras “o acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental - o mais básico dos direitos humanos, de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, não só proclamar o direito de todos.” (Capeletti, Garth, 1988, p. 12).

A centralidade que o projeto Florença dá a questão do acesso à justiça é fruto da reflexão sobre as estruturas do judiciário levando em conta os influxos de estudos sociológicos, antropológicos e de outras disciplinas que viabilizam pensar o processo além de um contexto teórico jurídico. Os autores conseguiram realizar um relatório abrangente e comparativo de diversos empreendimentos de reforma das estruturas judiciais no ocidente.

Através desse estudo foram identificadas três ondas de um movimento de transformação de uma realidade de igualdade formal em igualdade substancial, soluções práticas para os problemas de acesso à justiça. O estudo cartografou iniciativas que tem como escopo a promoção do acesso à justiça como estratégia para a tutela efetiva dos direitos.

Assim identificaram uma primeira onda configurada na assistência judiciária gratuita, uma segunda onda referente a representação jurídica de interesses difusos e a terceira onda consignada no que denominaram “enfoque do acesso à justiça” (Capeletti, Garth, 1988, p. 12).

Para os fins de nossa pesquisa interessa a terceira onda que não abandona as conquistas das primeiras, mas aprofunda a reflexão, mergulhando na necessidade de debate sobre uma justiça ampla, que inclui o judiciário, mas vai além, abrangendo todas as instituições, organizações, pessoas e procedimentos utilizados para prevenir

ou solucionar disputas.

A mediação judicial de conflitos está incluída nesta terceira onda de acesso à justiça, que realiza uma reflexão mais profunda sobre as estruturas da justiça. O aprofundamento do debate permite questionar as estratégias de promoção da justiça, avaliando seus resultados para realizar alterações e reformas em procedimentos tradicionais bem como difundir novas metodologias de tratamento de conflitos.

Neste passo a mediação se configura em uma estratégia que busca promover um maior alcance do trato de conflitos, na direção do acesso a uma ordem jurídica justa. Fica destacada a vinculação da mediação a proposta de consolidação da tutela efetiva dos direitos.

Em suma a mediação judicial de conflitos se apresenta, assim, modernamente, como solução necessária a efetivação de direitos, e suporte ao direito fundamental de acesso à justiça.

Além da vinculação ao acesso à justiça como direito fundamental, o enfoque do acesso à justiça representado na terceira onda indica uma preocupação com a questão da efetividade da justiça. Refletir sobre a efetividade é observar se as estratégias de solução de conflitos apresentadas pelo direito entregam resultados adequados para a sociedade.

Outro importante marco no renascimento do interesse pela mediação judicial, é identificado na realização da Conferência Pound, ocorrida nos Estados Unidos em 1976. O encontro que refletiu sobre novas estratégias para a solução de conflitos foi a primeira vez em que Frank Sander utilizou o termo justiça multiportas, revelando um modelo em que a corte seria um centro de soluções que analisaria os conflitos indicando o procedimento de solução mais adequado a cada caso (Gabbay, 2013, p.123).

Sob a influência desse movimento reflexivo constante em busca da eficiência de resultados na gigantesca tarefa de tutela efetiva dos direitos, reconhecendo a inviabilidade da jurisdição garantir o acesso à justiça nos termos da sociedade moderna, a mediação judicial de conflitos se apresenta como resposta a um problema de efetividade da justiça.

A institucionalização da mediação judicial de conflitos como política de tratamento adequado de conflitos, configura o modelo de justiça multiportas como aposta das reflexões sobre a efetividade da justiça produzidas tanto no plano internacional como no enfrentamento de problemas locais.

A origem da mediação judicial de conflitos na modernidade se apresenta desta maneira associada ao direito fundamental de acesso à justiça e consequentemente a um questionamento sobre a efetividade das soluções jurídicas apresentadas à sociedade.

De outro lado a fórmula da justiça multiportas consolida a prática da institucionalização de uma política de solução de conflitos adequada a cada conflito que demanda a ação da justiça de forma ampla, não restrita a solução consignada em sentenças judiciais.

Seja pelo seu influxo ligado ao movimento de acesso à justiça, seja pela vertente do modelo americano de justiça multiportas, os marcos de origem apontados pela perspectiva tradicional da mediação têm como premissa a distinção sociedade-indivíduos.

A mediação judicial é descrita como um produto a ser ofertado a um público representado pelos sujeitos, componentes da sociedade. É compreensível que nessa perspectiva a efetividade da mediação esteja vinculada a aceitação desses sujeitos e a uma preocupação com suas ações.

Esta forma de descrever o problema que origina a necessidade de criação de uma distinção da jurisdição, consignada na mediação judicial de conflitos, contribui para uma visão parcial, que não enxerga a influência de outros contextos comunicativos parciais na formação do problema. Quando estes contextos são considerados o são como contribuição de outras áreas e se mantem uma analítica disciplinar do direito.

Assim os problemas de efetividade da mediação judicial e conflitos são atribuídos a um complexo de ações individuais que constituem uma “cultura do litígio”, e se estabelece como possibilidade de solução, ações que constituam uma “cultura de paz”.

Conhecidos os problemas que originam a necessidade de distinção da mediação judicial de conflitos na sociedade moderna, se faz necessário observar como a perspectiva tradicional construiu o seu conceito e aplicação implantando um sistema normativo com escopo de realizar uma política adequada de solução de conflitos.

2.3 A ESTRATÉGIA DE SOLUÇÃO – CONCEITO, SISTEMA NORMATIVO E DISCURSO DESCRITIVO DE “CULTURA DO LITÍGIO” E “CULTURA DE PAZ”.

Buscamos descrever a mediação judicial de conflitos como resposta ao problema de acesso à justiça e tutela de direitos através de três pontos. O conceito de mediação articulado pela produção doutrinária, o sistema normativo que envolve os regramentos que tratam da temática, e a análise da produção científica recente sobre a mediação que nos revelou a imagem de uma “cultura do litígio” contraposta a uma “cultura de paz”.

2.3.1 Conceito de mediação desenvolvido pela doutrina

É sobre a pedra fundamental de uma sociedade que tem os sujeitos em seu centro, que se estabelece o conceito de mediação na perspectiva tradicional do direito.

Não existe muita discussão ou polemica sobre a definição de Mediação judicial de conflitos. Em geral os livros jurídicos descrevem uma classificação baseada no tipo de composição, se com a interferência de terceiros ou realizada pelas próprias partes, e apresentam elementos comuns para a sua caracterização.

Daniel Assumpção Neves realiza uma distinção focada na jurisdição e nas formas consensuais de solução de conflitos previstas no ordenamento jurídico, a autotutela, a autocomposição (conciliação), a mediação e a arbitragem (Neves, 2018, p.62).

O autor conceitua mediação como “forma alternativa de solução de conflitos fundada no exercício da autonomia de vontade das partes”. Em seguida chama atenção para as diferenças com a conciliação. O mediador não apresenta soluções, a resposta consensual da mediação não representa sacrifício para nenhuma das partes e por fim a mediação é mais adequada para a solução de conflitos advindos de uma relação continuada (Neves, 2018, p.64-65).

Freddie Didier Jr. define a mediação, em conjunto com a conciliação, como fórmula de solução de conflito em que um terceiro intervém em um processo negocial com o escopo de auxiliar as partes a chegarem à autocomposição (Didier, 2019, p.326).

O autor também chama a atenção para a diferença entre a mediação e a conciliação, muito embora qualifique essa distinção como sutil. Nestes termos aponta

a adequação da mediação para o trato de conflitos que envolvem relações continuadas como conflitos familiares ou societários (Didier, 2019, p.327)

Fernanda Tartuce vai indicar que em sua pesquisa observou que a doutrina vinha trabalhando a definição de mediação de forma cuidadosa para evitar a confusão com outros institutos, antes do marco legal da lei 13.145/2015. Em seguida a autora define a mediação como meio consensual para tratar controvérsias em que um terceiro imparcial atua para facilitar a comunicação e possibilitar às partes uma saída criativa para a controvérsia (Tartuce, 2018, p.187).

A leitura da produção doutrinária nos leva a observar que a definição da mediação judicial de conflitos é realizada com o cuidado necessário para que se possa distinguir a técnica de solução adequada a determinado conflito dentro do modelo de justiça multiportas.

Podemos perceber uma distinção fundamental entre as técnicas de solução diversas da jurisdição, e uma distinção em alguns casos sutil entre as técnicas consensuais.

De todo modo a definição da mediação judicial de conflitos operada pela perspectiva tradicional destaca a participação dos sujeitos, seu âmbito de atuação e o conflito como um problema de comunicação intersubjetiva ainda que se considere a participação de pessoas jurídicas, e outros coletivos.

A distinção entre a mediação e conciliação, substancialmente focada na existência de relações continuadas evidencia esta perspectiva. Os conflitos são delineados numa dimensão subjetiva, ainda que coletiva. Passa ao largo desta perspectiva a existência de âmbitos diversos na sociedade em que o mesmo conflito é processado em outro contexto.

Por exemplo a lentidão processual que é vista dentro do direito como um problema a ensejar a criação de estratégias para a tutela de direitos em tempo razoável, pode ser encarada pelo setor econômico como oportunidade de lucro.

O contexto econômico, que influencia qualquer forma de solução de controvérsias, e atravessa a quase totalidade dos conflitos que demandam a atuação da justiça, tem seu modo próprio de interpretar e regular fatos que compõem os casos que serão tratados pelo direito.

A produção reflexiva sobre a mediação, pudemos observar, não se ateve somente a formação de uma definição da mediação de conflitos focada na necessidade prática de solucionar o problema de acesso à justiça e tutela dos direitos.

Na perspectiva tradicional a mediação de conflitos é vista como um processo (Tartuce, 2018, p.187), uma técnica de decisão (Gabbay, 2014, p.14) e uma abordagem filosófica (Warat, 2018, p.17). Todas estas frentes, todavia, repousam sob a premissa da distinção sociedade-indivíduos.

Luís Alberto Warat, compreende a mediação judicial de conflitos como uma forma ecológica de negociação ou acordo transformador das diferenças. A ecologia que propõe se baseia na autodeterminação que implica em um processo de construção da diferença junto ao outro. A mediação não se apresenta somente como uma técnica de decisão alternativa, mas como um processo ecológico que permite transformar o conflito (Warat, p.19, 2018).

A ecologia da mediação, não pode ser reduzida a uma posição dogmática, embora envolva dimensões amplas do social, a perspectiva de Warat é focada na possibilidade de transformação do eu a partir do olhar do outro, nos sujeitos portanto.

Ricardo Goretti enfoca a continuidade das relações como uma necessidade para a busca de um trabalho que permita a manutenção das condições de convivência, indicando que esta condição estaria ameaçada por uma crise intersubjetiva, marca da sociedade moderna (Goretti, 2017, p.48).

Ao realizar apontamentos a respeito do conflito em sua dimensão subjetiva, Rafael Mendonça sinaliza a complexidade psíquica envolvida na formação de uma disputa, uma relação simbólica entre “ser” e “ter”. O desequilíbrio entabulado entre sujeitos significando suas identidades e posses estaria na raiz dos conflitos (Mendonça, 2012, p.100).

Aqui também verificamos que os autores tratando da mediação sob enfoques mais abrangentes incluem em suas proposições uma sociedade com sujeitos individuais no centro.

O ponto focal das reflexões incide sobre o problema da comunicação intersubjetiva e no processo de interação entre sujeitos presentes. Esta distinção primordial, o modelo societal utilizado pela perspectiva tradicional da mediação judicial de conflitos é o limite que destacaremos para construir a nossa proposta de uma nova perspectiva, a perspectiva sistêmica da mediação judicial de conflitos.

São comuns na construção dogmática sobre a mediação judicial de conflitos a indicação do problema da comunicação intersubjetiva, como ponto central do problema de efetividade da mediação judicial de conflitos.

Conforme Gabbay (2013, p.256):

Além do momento inicial de triagem, há desafios relacionados ao comportamento, aceitação e perspectiva daqueles que participam do processo de mediação: as partes, os advogados, os mediadores, os juízes e o juízo. Falou-se nos capítulos acima em mudanças legislativas, judiciais e institucionais em favor da mediação, mas nenhuma delas será possível se não estiverem acompanhadas de mudanças culturais, de comportamento e de mentalidade.

Em sentido semelhante Ernandorrena e Soriano-Sierra (2016):

[...] há também a compreensão de que os próprios indivíduos, vinculados a seus papéis sociais, propagam a conflituosidade a partir da ideia de que devem responder energicamente a qualquer ameaça à sua posição desencadeando uma espiral conflitiva, que ofusca as possibilidades de consenso e autocomposição das diferenças. Assim, quanto mais competitiva for a sociedade, mais presente estará a banalização do conflito, para isso desempenhando um papel crucial os meios de comunicação.

Pelos excertos percebemos a ênfase nas características da intersubjetividade. Esta observação parcial acaba por ocultar outras relações envolvidas na compreensão do fenômeno da mediação judicial de conflitos.

Na forma da sociedade moderna os sujeitos são impactados em suas ações por outras forças como organizações, papéis sociais, instituições, linguagem e um multifacetado número de contextos que tecem um complexo panorama da realidade. Falaremos detidamente sobre esta característica de complexidade da sociedade no próximo capítulo.

Neste ponto da reflexão, considerando a questão do acesso à justiça como problema fundador da distinção que deu origem a mediação judicial de conflitos, e tendo como base a solução construída pela doutrina em sua definição como técnica de solução consensual de conflitos com a participação de terceiro imparcial com objetivo de facilitar a autocomposição, podemos afirmar que o problema da efetividade da mediação é descrito nos termos de um problema de comunicação intersubjetiva.

Esta premissa nos faz concluir que a perspectiva tradicional da mediação judicial de conflitos se fundamenta em um modelo societal que tem os indivíduos na centralidade. Advém desta diretriz a explicação corrente de que o que deve ser enfrentado para a difusão da mediação é uma “cultura” do litígio.

2.3.2 Sistema normativo e institucionalização

É fundamental destacar que a construção da mediação judicial e conflitos como solução para o problema de efetividade da justiça não fica restrita a produção

doutrinária de uma definição. A reflexão dos autores foi fundamental no delineamento do tema, mas contamos no Brasil com um processo de institucionalização da mediação contundente que criou um aprimorado sistema normativo e uma rede organizativa.

Desta maneira compõe o panorama da mediação judicial de conflitos estabelecido pela perspectiva tradicional, o sistema normativo da mediação constituído pela Resolução 125/2010 do CNJ, a Lei 13.145/2015 e o Código de processo civil vigente.

Como apresentamos neste capítulo, a mediação institucionalizada em nosso ordenamento jurídico rege-se por um modelo que não compreende a sociedade como sistema autopoietico, restringindo suas possibilidades a uma observação baseada na diferença sociedade/indivíduo.

As modificações e evoluções são creditadas a um progresso evolutivo ancorado em ações humanas, ficando fora do radar a influência de sistemas sociais e arranjos mais complexos que empiricamente povoam a modernidade.

Freddie Didier Jr. e Leandro Fernandez (2023) em recente artigo identificam o sistema de justiça multiportas brasileiro como um sistema auto-organizado, formado por um processo paulatino de crescimento e organização a partir de seus próprios elementos.

Os autores apontam que de uma situação inicial em que o sistema era limitado a atuação do poder judiciário passou-se a uma condição em que foram sendo incorporados outros sujeitos tais como o agente fiduciário, o árbitro e as câmaras arbitrais, o mediador e o conciliador, o Conselho nacional de justiça e mais recentemente as instituições responsáveis por promover a solução de disputas online (Didier e Fernandez, 2023, p.17).

Muito embora consigam retratar a realidade constitutiva do sistema de justiça multiportas em seu caráter auto organizativo, os autores só observam como elementos constituintes, e sujeitos de interação, o âmbito dos sujeitos individuais e a dimensão organizacional.

O grau de abstração que permite extrapolar a visão disciplinar e reconhecer a existência de diversos contextos comunicativos demarcando a complexidade e contingência moderna permanece inalcançado.

A despeito dessa visão parcial podemos reconhecer que a perspectiva tradicional de compreensão da mediação judicial de conflitos constitui uma imagem

de sistema auto-organizado consignado nos marcos legislativos e em práticas institucionais que teceram uma rede organizacional dentro e fora do judiciário com o escopo de promover a solução adequada de conflitos.

Neste sentido além da formação do conceito que representa a distinção entre a jurisdição e a mediação judicial primeiramente, e após como definição de ajuste fino entre as demais técnicas de solução de conflito não adversarial, podemos observar um paulatino movimento de estruturação institucional de mediação de conflitos.

Deste modo se constrói um processo de institucionalização da mediação judicial e conflitos como parte da estratégia para a sua implementação como instrumento de efetivação da justiça e tutela dos direitos.

A resolução nº 125, de 2010 do conselho nacional (alterada pelas emendas CNJ 01, de 2013, e CNJ 02 de 2016), na esteira da tendência evolutiva que levou a mediação judicial do selo de alternatividade ao selo de processo adequado à tutela de direitos, institui uma política pública que atribui ao judiciário a prestação de uma estrutura de serviços oferecendo aos cidadãos, além de atendimento e orientação, os mecanismos de solução de conflito, em especial os consensuais como a mediação e a conciliação.

O advento da resolução 125/2010 do CNJ, expressa o trato da mediação observada como política pública a ser engendrada pelo Judiciário. O CNJ como órgão central estrutura uma série de medidas com o escopo de elaborar um processo de institucionalização da solução de conflitos por tratamento adequado. (Ernandorena e Soriano-Sierra, 2016, p104).

Percebemos que a despeito da ampla possibilidade de uso da mediação judicial de conflito também na esfera extrajudicial o CNJ buscou estabelecer uma centralização e organização dos procedimentos levados a efeito com a estrutura do poder judiciário em parceria com outras entidades da administração pública e privada.

Considerando que o judiciário é a porta mais recorrente para a solução de conflitos é compreensível que se busque a difusão de outras práticas de solução adequada em seu entorno. Esta proposta não implica, contudo, qualquer hierarquia ou alternatividade da mediação em relação ao procedimento jurisdicional.

As decisões organizacionais tomadas pelo judiciário no processo de institucionalização da mediação judicial de conflitos são vistas como produto de ações humanas conscientes, passando ao largo das tensões existentes entre os diversos contextos comunicativos da sociedade que em suas operações objetivam a

consecução de objetivos nem sempre consensuais.

Em outras palavras, ao pressupor os homens no centro da sociedade, a perspectiva tradicional indica que a formação da rede e estrutura organizacional da mediação judicial de conflitos é produto da ação das consciências humanas sem refletir sobre contextos comunicativos que influenciam e coordenam estas ações de forma autônoma, e não raro, divergentes.

Nesta senda a criação de Centros judiciários de Solução Consensual de conflitos (CEJUSC), Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflito (NUPEMEC) e articuladas a Escola Nacional de mediação e Conciliação (ENAM) e a Estratégia Nacional de Não Judicialização (ENAJUD), estabelecida pela resolução 125/2010 do CNJ, é vista como uma estrutura, produto da aplicação normativa (Ernandorena e Soriano-Sierra, 2016, p.107).

Esta estrutura nasce da ideia fundamental da necessidade de se reduzir o número de ações judicializadas. O escopo é de suprir as deficiências encontradas por um sistema judiciário hiperinflado e que não consegue suprir as demandas crescentes da sociedade moderna (Ernandorena e Soriano-Sierra, 2016, p.108).

Esta resolução do CNJ que é apontada como importante marco inicial da institucionalização da política de tratamento adequado de conflitos, tem em seu conteúdo bem estabelecida uma relação entre os novos meios autocompositivos e o combate a judicialização excessiva.

O conjunto de considerações que justificam o normativo apontam essa relação, bem como registram uma mudança paradigmática revelada por uma compreensão do acesso à justiça de modo mais amplo que na perspectiva formal de acesso a uma decisão judicial.

O regulamento representa assim o reflexo de uma evolução da concepção de acesso à justiça que agora inclui não só a prestação de uma decisão adjudicatória, mas indo além, o acesso a meios adequados para o tratamento do conflito, ampliando às possibilidades para alcançar também os métodos consensuais

Podemos verificar que o instrumento normativo consignado na resolução reflete a influência do discurso doutrinário que aprofundou a concepção de acesso à justiça, revelando que mesmo que de uma perspectiva meramente analítica do direito, disciplinar, o processo de institucionalização sofre influência de contextos comunicativos que vão além das consciências.

Analisando a resolução 125 de 2010 do CNJ, em uma investigação etnográfica

de discursos e práticas da mediação judicial, Klever Paulo Leal Filho, aponta a presença de quatro ideias principais, a da ocorrência de um excesso de conflitos na sociedade brasileira, a necessidade de solucionar esses conflitos com escopo de promover uma pacificação da sociedade, a chancela da mediação e da conciliação como instrumentos efetivos de pacificação e solução de litígios e, ao fim, a ideia de que a utilização de métodos consensuais reduzem os número de processos judicializados (Filho, 2016, p.47).

O próximo passo no processo de institucionalização normativo da mediação judicial de conflitos se deu com o advento do Código de processo Civil vigente, que sintonizado com a proposta de uma justiça ampla, comprometida com a tutela efetiva dos direitos, consolidou a imagem de uma justiça multiportas em que a jurisdição se articula com a existência de diversas fórmulas de solução de conflitos.

Embora não seja objeto deste trabalho os pormenores do tratamento legislativo, ressaltamos alguns elementos que demonstram que a institucionalização processual da mediação no CPC se deu em um ambiente que estimula sua aplicação, sem dúvida, contudo, dentro dos limites de uma visão do direito que relaciona a observação a respeito da mediação a partir do direito, desconsiderando a realidade de uma sociedade funcionalmente diferenciada em diversos subsistemas, que será objeto de nossas investigações nos próximos capítulos.

Com a promulgação em 16 de março de 2015 da Lei No. 13.105/2015, que instituiu o novo CPC a mediação recebeu tratamento expresso pela lei processual em diversos dispositivos, manifestando um espírito do dispositivo afinado com o estímulo a soluções consensuais de conflitos. (BRASIL, 2015)

No §2º do art. 3º, entre as normas fundamentais do processo se estabelece um princípio amplo de estímulo à solução consensual de conflitos, incluída a mediação. O art.334 avança nesse sentido tornando obrigatória a designação de audiência de conciliação ou mediação desde que preenchidos os requisitos da inicial. (BRASIL, 2015)

O CPC não conceituou a mediação ou prescreveu uma fórmula de procedimento deixando sua aplicação em parâmetros mais flexíveis apostando em uma dinâmica que possa garantir de um lado a autonomia e vontade das partes como consignada no art. 166 de outro a tutela efetiva e adequada aos conflitos trazidos aos cuidados da justiça (BRASIL, 2015).

É importante consignar que não se expressa na lei uma obrigatoriedade da

resolução consensual de conflitos, esta deve nascer da autonomia das partes. Há a previsão de mediação tanto no âmbito judicial como extrajudicial, na esfera privada, e na administração pública.

O CPC também não estabelece taxativamente o âmbito de matérias que podem ser alvo de mediação. A regulamentação aberta permite possibilidades de flexibilidade e maior alcance do procedimento dando a entender uma certa propensão a sua ampliação na solução de problemas que demandem o sistema do direito.

Na linha de um ajuste fino a lei 13.140/2015, finaliza a instituição de um sistema normativo fundamental, e traz a definição de mediação no parágrafo único de seu artigo 1º que dispõe que a mediação é “a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia”. (BRASIL, 2015)

A lei da mediação estabeleceu como objeto da mediação direitos disponíveis, direitos indisponíveis que admitem transação e direitos indisponíveis, mas transigíveis.

Este avanço ao se incluir direitos indisponíveis transigíveis diz respeito a uma evolução da distinção disponível/indisponível que revelou a necessidade de se possibilitar um espaço transacional no caso de direitos que embora tenham uma tutela mais rígida pelo estado podem ser equacionados com a participação do Ministério público ou a atuação jurisdicional.

O legislador não especificou o que seriam as categorias de direito disponível, indisponível e indisponíveis que admitem transação cabendo sua delimitação à doutrina. Conforme observamos o espírito da regulação foi garantir a maior amplitude e aplicação da mediação.

Importante identificar, contudo, que o processo refletiu a prática já observada de modo que ainda que a lei se aplique a outras formas de solução consensual foi determinado que na área trabalhista a mediação seja regulada por lei própria.

No que diz respeito a administração pública a Lei de Mediação também buscou garantir uma aplicação ampla buscando a aplicação dos procedimentos da mediação da área privada nos casos de não regulamentação administrativa.

A professora Kaline Ferreira critica o tratamento legal da mediação na esfera pública indicando que não foi realizada uma reflexão e trato específico do instrumento apropriada a esfera pública. Para a pesquisadora os princípios informadores da

mediação no normativo foram concebidos tendo em vista a autonomia de vontade das partes, a privacidade e a disponibilidade dos bens, elementos que possuem tratamento distinto no âmbito da administração pública. Além disso a administração pública sempre esteve mais do que autorizada a gerir seus próprios conflitos (Ferreira, 2017, p.10).

O tratamento mais específico da mediação de conflitos no âmbito da administração pública se revela uma necessária face da questão da efetividade do sistema de justiça multiportas. O processo de institucionalização normativo busca como percebemos garantir um uso amplo e difundir a mediação, contudo acaba pecando em garantir a reflexão sobre âmbitos específicos em que a mediação se apresenta como procedimento mais adequado.

Conforme a professora Kaline Ferreira aponta, a prática da gestão de conflitos no âmbito da administração precede o advento dos instrumentos normativos mais recentes, deste modo o processo de institucionalização normativo tem como tarefa fazer chegar a mediação onde ela ainda tem aplicação tímida e não travar âmbitos onde seu uso já está consolidado.

O que se mostra é que a regulamentação na forma que foi cristalizada convida os diversos contextos da sociedade a demandar a prestação do sistema do direito através do procedimento da mediação judicial de conflitos. Como isso impacta o ambiente é uma questão a ser observada, que exige uma formulação teórica adequada que buscaremos efetivar nos próximos capítulos.

Enrnanorena e Soriano Sierra (2016, p 167) identificam uma tendência entre empresários de, objetivando prevenir uma eventual ação civil pública, buscar um diálogo com as comunidades dos locais onde pretendem instalar seus negócios em um procedimento que vem se denominando “licenciamento social”. O exemplo trazido manifesta uma demanda do sistema da economia, e da ecologia em produzir soluções por acordo evitando um procedimento jurisdicional.

O sistema da mediação institucionalizado se apresenta como política para a tutela de direitos e solução adequada de conflitos, a gestão dos conflitos se dá em diversos âmbitos específicos que demandam do direito sua especialidade em garantir um procedimento hígido para construir diálogos.

A lei ainda estabelece parâmetros para a formação de mediadores delimitando um curso de formação com requisitos mínimos e a adoção de um código de ética, princípios de atuação, e o procedimento da mediação.

Sua abrangência é ampla alcançando o procedimento judicial e extrajudicial e ainda a autocomposição na seara da administração pública. Com a Lei de Mediação se fecha um microsistema aplicável a todas as formas de solução consensual e conflitos, assim temos um regime de mediação formado pelo código de processo civil, pela resolução 125 de 2010 do CNJ e a lei 13.140/2015.

Como se pode observar o tratamento institucional normativo dado à mediação assume repetidamente a premissa de sua aplicação como auxiliar na diminuição da demanda do Judiciário e busca de efetividade.

Os regramentos legais inovam ao cristalizar uma política pública de solução adequada de conflitos fazendo uso de instrumental legislativo que vai desde a soft law representada pela resolução do CNJ e regulamentos de tribunais, até a sistematização do código de processo civil e da lei de mediação.

O processo de institucionalização da mediação judicial de conflitos no Brasil, desta maneira, se consolida com a formação de instrumental legal adequado que é informado por práticas de longa data representadas por iniciativas paulatinas que buscavam promover o acesso à justiça e a efetividade, e por uma construção teórica que tem em vista a sociedade formada por indivíduos.

Analizada a construção da imagem da mediação judicial por seus regramentos institucionais passamos a apresentar uma análise da produção científica bibliográfica sobre o tema no próximo item com o objetivo de demonstrar os reflexos e formação de um discurso sobre a mediação judicial de conflitos também na produção científica mais recente.

2.3.3 Análise da produção científica recente – Cultura do litígio x cultura dapaz.

Nos termos da contextualização do processo atual de institucionalização da mediação judicial de conflitos no Brasil, pudemos identificar uma descrição que vincula o problema da efetividade ao problema da comunicação intersubjetiva.

É evidente o foco na interação entre indivíduos (sujeitos) presentes, e a reflexão sobre suas ações, desde a proposta de uma saída através de uma revolução cultural, até a proposição de investimentos e composição de estruturas institucionais.

Diante desta realidade, os reflexos desta imagem geraram pontos cegos, uma distinção entre categorias não muito bem descritas de cultura de paz x cultura do litígio, uma visão otimista da mediação que não se traduz em uma realidade de

implementação massiva, o trato teórico da mediação em conjunto com outros meios de solução de conflito e a limitação dos horizontes de aplicação da mediação judicial atrelados a uma crise do judiciário.

Além de uma investigação levando em conta a doutrina e livros científicos sobre a mediação, localizados através de um entrecruzamento de referências entre autores e pesquisadores interessados no tema da mediação judicial, optamos por analisar também teses e dissertações colhidas no repositório da Biblioteca digital brasileira de teses e dissertações, com o termo de busca “mediação judicial”.

A escolha do repositório se deu por conta de integrar a produção científica de teses e dissertações fomentando o acesso gratuito da produção científica de instituições brasileira de ensino e pesquisa, com acesso direto aos links dos repositórios institucionais o que facilitou a pesquisa. Fizemos um recorte temporal buscando os trabalhos mais recentes referentes ao ano de 2017 até 2020.

O recorte teve como objetivo observar na produção científica mais recente se o discurso sobre a mediação judicial de conflitos encontrado na doutrina e nos documentos institucionais se repetia ou reforçava, a ideia de problema da efetividade como problema de comunicação entre sujeitos.

Após uma leitura de triagem selecionamos 24 trabalhos que abordavam o tema da mediação judicial de conflitos de modo particular, sem discutir o tema em meio às demais metodologias consensuais de solução de conflitos, ou seja, tratando a mediação judicial de forma autônoma.

A análise deste material e da literatura nacional sobre a mediação judicial nos guiou na extração de uma forma distinção cultura do litígio/cultura de paz, que se repetiu como categoria na quase totalidade dos trabalhos analisados.

A partir desta análise observamos a imagem formulada a respeito da mediação judicial de conflitos que corrobora os aspectos já tratados anteriormente em que observamos o conceito doutrinário e a institucionalização do regramento normativo.

Uma imagem parcial, no esteio de reflexões restritas ao círculo do sistema do direito prescindindo de reflexões a respeito de possibilidades interrelacionais com outros âmbitos comunicativos.

A imagem da mediação judicial de conflitos na perspectiva tradicional é veiculada através de um discurso doutrinário, normativo e científico que estabelece a contraposição entre uma “cultura de paz” x uma “Cultura do litígio”.

Conforme já apontamos na introdução o que nos motivou a iniciar esta

investigação foi a suspeita de que um selo de efetividade e economia foi construído em torno da mediação judicial de conflitos e se justifica a baixa adesão ao método por uma cultura do litígio, inerente a população brasileira.

Essa imagem que se faz da mediação judicial, embora permita e alcance avanços e soluções estratégicas internamente, se torna insuficiente para a urgência de pensar o direito além de suas estruturas estanques, a partir de sua função, e articular a mediação judicial de conflitos mais como possibilidade de equivalência a convergir com outras razões da sociedade complexa, do que como metodologia de sobrevivência a prescrever a preservação das estruturas em vez de sua evolução.

Conforme analisamos os textos verificamos que o tema da mediação judicial era descrito com base em um esquema reiterado que produzia uma justificativa, fundamentação do apelo à mediação em substituição da jurisdição, a preocupação com o procedimento e técnicas que inclui a formação dos mediadores, um prognóstico imaginativo que preceitua uma diminuição de processos judicializados e soluções mais efetivas por serem engendradas pelas próprias partes interessadas.

Estes temas são veiculados em uma narrativa que se repete dando conta de uma crise do sistema judicial.

O advento da mediação é descrito como um mecanismo evolutivo de acesso à justiça, que se processa em um mapa que aponta : de um lado um feixe de dificuldades, ineficiências e problemas representado na tarefa de solucionar problemas através da prolação de sentenças por juízes, a cultura do litígio; e de outro um feixe de soluções rápidas, democráticas, baratas e integrativas, veiculadas através de soluções mediadas por um terceiro imparcial que possibilita o diálogo das partes e a composição de um acordo que solucione as demandas, a cultura de paz.

A mediação judicial é construída a partir de uma reflexão que a diferencia do procedimento judicial. A relação de diferenciação construída acaba por potencializar uma imagem em que a jurisdição e a mediação estão permanentemente implicadas, de modo que se abre um terreno fértil para raciocinar a mediação muito pouco em suas particularidades e muito mais em sua relação com o judicial.

Não queremos dizer com isso que os processos não estejam implicados, estão, mas em um fluxo que não se resume a uma complementariedade ou competição, mas se apresentam na forma contingente da complexidade da sociedade mundial. Ou seja, tanto a mediação como a jurisdição serão compreendidas de forma mais ampla se o fizermos através da distinção entre o sistema e ambiente.

Essa tendência é ainda mais forte em situações em que os meios autocompositivos são todos estruturados em uma mesma definição oposta a jurisdição, não se distinguindo ou mesmo trocando-se a denominação da mediação judicial pela conciliação.

É o caso do tratamento da mediação nos Estados Unidos que normalmente é indicado como paradigma bem-sucedido do sistema de justiça multiportas conforme nos aponta Daniela Monteiro Gabbay em um trabalho de reflexão comparada da mediação e judiciário no Brasil e Estados Unidos (Gabbay, 2013, p.09).

Cristina Alice Galhós estrutura a mediação judicial como um instrumento que emerge da crise do sistema de justiça e representa uma sociedade amadurecida para buscar formas dialógicas de solução que possam restaurar relações e diminuir o sofrimento. Também se refere a meio alternativo. Embora aponte uma possibilidade de estarmos diante do pensamento neoliberal na raiz da mediação, descreve que ela ganha espaço por conta da insuficiência da estrutura do judiciário (Galhós, 2019, p 08).

Tricia Navarro Xavier Cabral em artigo que apresenta a evolução da mediação judicial, chama atenção para a desjudicialização através de meios autocompositivos ser uma realidade já presente em outros grandes sistemas processuais, para além da justificativa de solução de problemas estruturais da justiça, indica a necessidade de se garantir uma solução que satisfaça de maneira mais plena as partes do conflito. (Cabral, 2017, p.371).

Carolina Viana de Barros, em pesquisa empírica em que investigou os efeitos da mediação judicial de conflitos na cooperação e na saúde mental de filhos menores de casais em separação, comprovou os benefícios do procedimento ainda que se tenha sugerido a necessidade de um tempo maior para a coleta de dados (Barros, 2019, p73).

Em sua apresentação da mediação judicial como opção contudo recorre a eleição do procedimento como mais adequado com base no discurso construído pela doutrina, e de órgãos como a UNESCO e o CNJ que consideram o método consensual como promotor de uma cultura de paz (Barros, 2019, p, 17).

Interessante notar que mesmo movida pela ausência de uma comprovação empírica dos benefícios do procedimento autocompositivo a pesquisadora faz uso do prognóstico imaginativo constituído em torno da cultura de paz.

Ionéia de Sousa Marques, também realizando uma pesquisa empírica a

respeito das mediações judiciais em conflitos familiares tratados no Fórum Clóvis Beviláqua, Ceará, reputa a justificativa do uso da mediação com base na grande demanda processual citando os altos índices de recorribilidade que parecem indicar a insatisfação com a solução adjudicatória (Marques, 2018, p.12).

Nas conclusões do trabalho a pesquisadora verifica diversos problemas de efetividade no procedimento da mediação judicial de conflitos familiares, inclusive as dificuldades de coletas de dados e verificação de resultados devido a interpretações e práticas a respeito da confidencialidade. Além disso reconhece que há uma forte tendência das soluções efetuadas pelo CEJUSC naquela localidade acabarem gerando demandas processuais em virtude das impropriedades na aplicação das técnicas de mediação tais como, sessões únicas e confusão do processo de mediação com simplificações típicas de conciliações (Marques, 2018, p100).

Ainda, levantando a perspectiva da existência de uma crise para justificar o advento da mediação judicial de conflitos, a pesquisadora Heloisa Honesko Medeiros Garbelini, defende que a aplicação da mediação na solução de conflitos complexos, típicos da sociedade moderna como o das famílias formadas por pais separados e filhos de diversos casamentos, as famílias mosaicas, pode responder a uma demanda de maior participação e autonomia da população em contraponto a um judiciário paternalista. Em seu dizer o Estado ao assumir a mediação judicial de conflitos agiria como um pai que ensinaria o filho a andar de bicicleta (Garbelini, 2020, p.22).

Em suas conclusões a autora demonstra que as famílias mosaicas dada a sua complexidade poderiam se beneficiar da mediação enquanto instrumento não linear e tradicional de promoção da comunicação e solução do conflito. (Garbelini, 2020, p.148).

Podemos observar que mesmo reiterando o esquema da justificativa vinculada a crise e a relação com o procedimento jurisdicional, é possível se alcançar a dimensão que torna a mediação judicial de conflitos um instrumento capaz de, enquanto possibilidade, solucionar uma forma de problema mais complexo que até poderia ser tratada pela via jurisdicional, porém sem determinados efeitos desejáveis.

A observação destas pesquisas e a descrição que fazem reiteradamente de uma justificativa para a aplicação da mediação judicial de conflitos nos leva a

suspeitar que talvez o afastamento dessa imagem seja o processo necessário para avançarmos e compreendermos a mediação de forma autônoma, da forma que se mostra possível na sociedade moderna.

Em outras palavras ao deixarmos de lado a imagem da mediação judicial de conflitos como relação causal de uma crise do processo jurisdicional, nos libertamos para pensar nas possibilidades contingentes de sua função sistêmica, nos desatrelando de uma visão que enfatiza a estrutura. Compreendemos o fenômeno em sua dinâmica, e movimento e não como estrutura estanque, mas como equivalente funcional.

Em outras palavras nos libertamos para refletir que tipo de problemas a mediação judicial de conflito pode se mostrar mais adequada para solucionar na sociedade.

Não estamos ao fazer essa reflexão negando que haja uma demanda crescente de processos, e que o processo adjudicatório seja insuficiente para solucionar todas as demandas do sistema do direito, só estabelecemos que a compreensão da mediação judicial de conflitos pode ser pensada a partir de outras dinâmicas.

Mais ainda que ao pensar a mediação judicial de conflitos a partir de outros elementos algumas preocupações se tornam irrelevantes.

Se compreendemos a mediação judicial de conflitos como instrumento adequado para solução de litígios, com base no que se mostra da mediação judicial de conflitos, a existência ou não de uma crise da jurisdição não será determinante para os limites e possibilidades dessa nossa compreensão.

Na verdade, enxergaremos a crise deslocada para a problemática da comunicação intersistêmica. O objetivo de dar solução a um maior número de casos poderá se reposicionar para o objetivo de estabilizar expectativas dos diversos âmbitos comunicativos da sociedade.

Descrever e compreender a mediação judicial a partir de seus próprios elementos recursivos também não dirá nada a respeito do procedimento jurisdicional, efetivamente raciocinamos não nos limites de uma alternatividade de procedimentos, mas sim no de uma efetiva adequação. A mediação poderá ser vista como distinção em relação a seu ambiente.

Se observamos que, aproximadamente, 90% das demandas são solucionadas por via jurisdicional, através de sentenças judiciais e 10% por meio de instrumentos autocompositivos, ou exclusivamente da mediação judicial, este dado se revelará não mais como uma realidade surpreendente que é fruto de um elemento não facilmente compreensível, caracterizado como “cultura do litígio”.

Este dado talvez se revele como uma descrição de um retrato da sociedade e

seus sistemas neste momento, e as possibilidades contingentes de mudança desse mapa, seus novos contornos, dependerão de uma multiplicidade de variáveis, e uma rede complexa que podemos tão somente nos esforçar para melhor compreender, mas que é impossível prever com exatidão.

Assim o que nos assustava e gerava perplexidade e uma ênfase em articular meios possíveis para que a mediação judicial e conflitos pudesse ser aplicada massivamente, como uma forma de debelar uma crise da justiça, pode se tornar a observação dos elementos da mediação judicial que se mostram, em uma compreensão em que ela é uma ferramenta fina, sintonizada com determinado tipo de problema complexo da sociedade que nunca chegue a um percentual expressivo de solução dos problemas que chegam ao judiciário.

Um problema quantitativo de acesso e difusão a um maior número de consciências pode ser compreendido como um problema de solução adequada da criação de uma solução a partir do diálogo de diversos contextos comunicacionais de âmbitos diversos.

O que parecia ser um problema da sociedade pode ser a descrição de uma condição, sujeita a reestruturação contingencial em um universo de infinitas possibilidades.

A pesquisadora Thifani Ribeiro Vasconcelos de Oliveira, alerta para o risco de descaracterização da mediação judicial de conflitos configurado no uso massivo do instrumento sem a devida atenção e respeito ao princípio da autonomia da vontade das partes. Critica a determinação de audiência de mediação compulsória e apresenta a necessidade de que a natureza da mediação seja respeitada em seus elementos a fim de que se possa operar a mudança de paradigma cultural que entende necessária (Oliveira, 2017, p.145).

A reflexão crítica articulada pela autora dentro dos limites da parcialidade do direito, revela a necessidade de se conhecer a mediação judicial em seus elementos autopoieticos, formadores. Porém para alcançar a compreensão do fenômeno da mediação da sociedade moderna há que se buscar compreendê-lo em suas relações com os diversos centros de comunicação especializada reiterativa, que realizam a convergência de seus elementos e suas mutações.

Diante da impossibilidade de se observar a mediação judicial para além da programação do sistema do direito, se adere ao argumento de que novas soluções consensuais são geradas por uma crise e falência do sistema jurisdicional.

O ponto cego de nossa observação nos leva a autorizar um mapa não verificado, e mesmo quando nossos resultados empíricos destoam desse mapa é difícil identificar as relações e dinâmicas presentes, reputadas sempre aos sujeitos.

Isso não significa claro que as observações a partir do campo do direito são inválidas ou improdutivas. A autonomia da vontade das partes se demonstra como elemento formador da mediação judicial essencial a sua caracterização e distinção em meio a outras possibilidades de solução do conflito, é necessário contudo, avançar na compreensão do que se mostra buscando a localização dentro de uma rede complexa e contingente, condição em que se apresenta a sociedade moderna.

Nestes termos a autonomia de vontade das partes será tematizada pelo direito através de seu código operativo, e de suas próprias distinções, mas poderemos considerar as interferências provenientes de uma abertura cognitiva que demarca irritações, interferências de outros contextos comunicativos especializados da sociedade complexa.

Mesmo no âmbito do próprio sistema do direito podemos observar âmbitos comunicativos diferente como o existente entre a área privada e a pública em que a autonomia de vontade é lida de forma diversa.

Mesmo em pesquisas que elencam as vantagens da mediação judicial em processos com alta presença de um contexto adversarial como o procedimento falimentar, a mediação é descrita como instrumento capaz de garantir vantagens e um clima de pacificação (Cho, 2016, p.140).

Esta perspectiva também se observa nos trabalhos de Maria Semíramis Alves (2019), Letícia Botelho Gois (2019).

Grande parte da produção científica analisada ainda que coletando dados empíricos demonstrando a distância entre uma mediação judicial que processe o tratamento dos conflitos em profundidade e a realidade dos Centros judiciários de solução de conflitos, constroem um discurso que localiza a mediação na perspectiva de uma “cultura de paz” que se impõe pela estrutura de escolha do meio autocompositivo em detrimento da escolha de um processo jurisdicional.

É o que se observa na pesquisa de Daniel Victor Alves Borges Rodrigues (2017), Vanessa Souza da Silva (2017), Washington Souza Coelho (2019), Marília Mesquita de Amorim Figueredo (2018), Luciana Vitalina Firmino da Costa (2020), Juliana Ribeiro Goulart (2018), Lillian Virgínia Carneiro Gondim (2017), Heloysa Simonetti Teixeira (2020) e Jovina Dávila Bordoni (2020).

Um grupo de autores de caráter mais crítico e reflexivo analisados, apontam que o céu azul pintado por uma “cultura de paz” veiculada através da mediação está distante de ser a realidade, bem como que não existem dados a sustentar uma postura otimista na implantação estrutural de meios autocompositivos.

Nesta linha questionando a necessidade de maiores aprofundamentos sobre os resultados práticos da mediação judicial e conflitos e sua compreensão como procedimento autônomo, que não presume uma cultura do litígio, vemos os trabalhos de Sarah Fancieli Melo Weimer (2017), Juliano Alves Lopes (2018), Rogério Neiva Pinheiro (2017) e Lidiane Santos de Oliveira (2017).

Mesmo em uma perspectiva interna do direito podemos observar que o procedimento jurisdicional tem evoluído para um paradigma colaborativo, ainda que entremeado na prática por posturas adversariais, e sustentado por práticas convencionais que são reflexo de um ensino jurídico centrado na jurisdição, o procedimento jurisdicional enquanto instituição e os papéis vinculados a sua estrutura vem sendo demandados a uma transformação que se evidencia em soluções antes vistas com absoluta perplexidade.

A cláusula geral de ajuste de atos processuais consignada no art.190 do código de processo civil (BRASIL, 2015), a figura do *amicus curiae*, a demanda por decisões em processos estruturais, os instrumentos de cooperação processual são exemplos a demonstrar que o processo jurisdicional não pode mais ser descrito em uma perspectiva clássica adversarial somente, além disso, observá-lo em uma redução que o faz resultado de uma “cultura do litígio” representa uma simplificação que nos afasta sobremaneira de compreender o que se mostra.

Essas mudanças legislativas e doutrinárias se decantam na mudança de paradigma que Fernando Rister de Sousa Lima (2012) apresenta na passagem de um escopo de pacificação social para o da estabilização de expectativas normativas. As decisões não se apresentam com a ilusão de garantia, mas com a probabilidade de constituir um contexto em que sistemas autorreferenciais possam determinar seus comportamentos a partir de seus próprios termos (fechamento operativo) a partir da sensibilidade à elementos partilhados (abertura cognitiva) (Lima, 2012)

De outro lado as pesquisas empíricas demonstrando a insatisfação e problemas de estrutura da mediação judicial institucionalizada, a recorrente sensação das partes e papéis da praxe jurídica que a consideram uma perda de tempo, a desconfiança com a segurança de seus métodos, as dificuldades com a aplicação das

técnicas e da diferenciação prática frente a conciliação, nos sinalizam que compreender a mediação sob o manto de uma “cultura de paz” também torna obscuros contornos necessários para descrição do fenômeno na sociedade moderna, já na perspectiva intersubjetiva, mais agudamente ignorando a dimensão intersistêmica.

Atenta a essas questões Trícia Navarro Xavier Cabral, destaca que a mediação judicial busca dar tratamento a questões de fundo, ocorre uma atenção ao conflito que em outros meios de solução pode ter uma intensidade menor, voltada para a construção de soluções parciais ou cumprimento de ritualístico formal que garanta determinados resultados necessários ao procedimento, mas alheio aos reais interesses das partes. (Zanetti Jr, Cabral, p.463, 2016).

A preocupação da professora que se dedicou ao tema em sua produção teórica e em anos de atuação no judiciário, esbarra nas dificuldades de se observar o conflito de forma profunda sem um aporte da teoria social. A compreensão do conflito processado pela mediação judicial, a partir dos elementos do sistema do direito certamente resultará em uma descrição parcial que não leva em conta elementos sociais intersistêmicos.

Na verdade, é comum pesquisadores da ciência processual identificarem problemas da mediação judicial, mas esbarrarem na dificuldade de atribuí-los aos problemas de comunicação intersistêmica por não utilizarem um sustentáculo teórico que encampe essa dimensão.

Conforme destaca Klever Leal Filho, incursões que buscaram estabelecer processos de mediação e conciliação na seara trabalhista tiveram como resultado uma legislação revelada letra morta, bem como a estrutura que vem sendo montada nos tribunais tem se mostrado capturada por uma prática hierarquizada e homogeneizante não condizentes com o plano teórico da mediação judicial de conflitos (Filho, 2016, p.42).

Secundando essa visão crítica Rafael Mendonça aponta que a mediação de conflitos tem sua matriz histórica referida à China, Índia e África e por isso teria sido encoberta pelo ego europeu em busca de se identificar como centro do mundo (Mendonça, 2012, p.114).

A proposta do pesquisador é de reconstrução paradigmática do modelo de mediação acompanhando uma transformação, que defende ocorrer, de uma sociedade mundial moderna para uma sociedade transmoderna.

Ao caracterizar a mediação de conflitos transmoderna como uma filosofia diante do mundo Rafael Mendonça se filia a perspectiva defendida por Warat. Extrapolando a dimensão da mediação enquanto técnica e aprofundando em seu caráter não adversarial, filosófico (Mendonça, 2012, p.116).

Ainda que consiga traçar um mosaico rico a descrever a mediação em suas relações transformadoras dentro do mundo marcado pela complexidade e contingência, a mediação é tratada como um objeto manipulável por influxos humanos a fim de transicionar de um modelo perfilado na sociedade moderna, para um modelo de mediação transmoderna, harmonioso com uma sociedade transmoderna. Mais uma vez a reflexão é válida contudo limita o campo de observação de possibilidades dentro do horizonte complexo.

Em uma proposta que melhor se afina ao tipo de reflexão crítica que aqui buscamos realizar, Rafael Lazzarotto Siminoni defende a construção de estruturas de codificação secundária, que poderiam manejar um planejamento jurídico da sustentabilidade ecológica, em particular os acoplamentos estruturais entre direito e ciência a manejar uma normatização cognitivista. Diante de condições típicas da sociedade complexa como a miséria, o sistema do direito ambiental não poderia solucionar sozinho as diversas nuances e dimensões envolvidas na problemática. Torna-se necessário um engajamento dentro dos planos de diversos sistemas da sociedade (Simioni, 2011, p.241).

Como é peculiar a uma perspectiva sistêmica o planejamento jurídico da sustentabilidade não pode garantir resultados, a dimensão observada não é a de um causalismo fatal e sim a de uma observação criativa de possibilidades. Podemos dentro destas possibilidades garantir uma decisão planejada em lugar de uma decisão não planejada.

Aqui sinalizamos a perspectiva trazida por Rafael Simioni, fundada numa diferença sistema ambiente, apenas para indicar que embora não se refira diretamente ao tema da mediação judicial de conflitos, se aproxima de nossa proposta ao indicar uma fórmula de planejamento articulada com acoplamentos estruturais para equacionar o problema da comunicação entres os sistemas do direito, economia e ecologia. Embora o pesquisador ali recorte uma relação específica entre alguns sistemas da sociedade envolvidos na questão ambiental, através do procedimento da mediação judicial podemos articular o problema de comunicação intersistêmica entre diversos sistemas da sociedade.

Diante da análise da produção científica atual, e da literatura nacional sobre o tema que efetivamos, se revela a construção dessa oposição de “cultura de paz” e “cultura do litígio”.

Ainda que se articule modernamente a estabilização do tema através da consagração de uma justiça multiportas, voltada para a solução adequada de conflitos, e se manifeste mesmo um certo desinteresse, como se pouco houvesse ainda para refletir sobre a mediação judicial que já não tenha sido feito, a resposta sobre a limitada adesão ao procedimento autocompositivo a despeito de suas vantagens ainda é atribuída a uma difusa premissa de “cultura do litígio”.

Os estados unidos normalmente citados como paradigma da implantação de métodos autocompositivos tem um número bastante superior de novos casos por ano o que em um raciocínio causal indicaria uma consequente cultura ainda mais litigiosa que a brasileira.

Em artigo que compara quantitativamente dados do Brasil e Estados Unidos Wagner Felounik, utilizando dados referentes ao ano de 2018, destaca que os Estados Unidos possuem 20.330 casos novos por 100 mil habitantes, ao passo que o Brasil figura com 13.455 casos novos por 100 mil habitantes. Os Estados Unidos da América possuem 51, 20% mais casos novos que o Brasil. No que diz respeito aos casos pendentes contudo o Brasil possui um número de 78.691.031 de casos pendentes de julgamento e os Estados Unidos 71.790.658 (Felounik, 2021, p.165).

A litigiosidade nos Estados Unidos se revela maior que no Brasil a despeito de seu consolidado sistema de justiça multiportas, embora seja difícil comparar sistemas judiciários diversos sem utilizar parâmetro móveis, podemos perceber que se o sistema norte americano leva vantagem o faz pela sua eficiência no julgamento do acervo, contudo diversos fatores estão ligados a performance não podendo claramente se resumir a uma cultura do litígio ou de paz.

A imagem construída que vincula a jurisdição a uma “cultura de litígios” e a mediação judicial a uma “cultura de paz” não nos auxilia a romper com uma visão parcial dos problemas envolvidos.

Ao contrário pode se apresentar como verdadeiro obstáculo epistemológico (Bachelard, 1996) a impedir que possamos reconhecer que diversas possibilidades a respeito da mediação não foram iluminadas.

A análise da recente produção científica sobre a mediação judicial de conflitos e da doutrina crítica também mais recente, demonstram que a perspectiva tradicional

revela a imagem da mediação como originada do problema de acesso á justiça, engajada na questão da efetividade e tutela de direitos e mobilizada por uma contradição entre uma “cultura do litígio” e uma “cultura de paz”.

A seguir concluiremos este capítulo com a reflexão sobre os resultados contextuais que essa “imagem” da mediação tem produzido e dos limites dessa perspectiva que nos fizeram recorrer a uma perspectiva sistêmica.

2.4 OS RESULTADOS – CONTEXTO DA INSTITUCIONALIZAÇÃO – BAIXA DIFUSÃO, DISCURSO DA CULTURA DO LITÍGIO E DA CULTURA DA PAZ.

A mediação judicial de conflitos passa por um processo massivo de institucionalização no Brasil. Nos anos mais recentes destacamos a sua consagração no Código de processo civil de 2015, passando pelo marco legislativo consignado na Lei 13.140/2015, balizas legais para a projeção de uma rede institucional que implementa o tratamento adequado de conflitos, já inaugurado na resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça.

O tema não é novo, mas identificamos uma clara ênfase, e esforço institucional, para implementar métodos de solução não jurisdicional dos conflitos nos últimos anos.

Em outro segmento, o estudo da mediação de conflitos progrediu da ideia de solução alternativa de conflitos (perspectiva que relacionava a mediação à jurisdição como uma via alternativa) para uma ideia de justiça multiportas e de direito ao tratamento adequado dos conflitos.

A mediação passa a ser vista como uma opção dentro de várias oferecidas pelo Judiciário, afastando-se de uma imagem que a desenhava apenas como um sucedâneo mais barato da jurisdição.

Os cursos jurídicos também passaram a incluir como obrigatórias as disciplinas sobre as formas consensuais de resolução de conflitos, cumprindo mandamento da resolução 05/2018 do Ministério da Educação (BRASIL, 2018), que define as diretrizes curriculares nacionais do curso de graduação em direito.

No terreno da prática, de acordo com dados do relatório da pesquisa Justiça em números, do CNJ, existiam na justiça estadual, ao final de 2021, 1.476 centros judiciários de solução de conflitos e cidadania. Em 2014 este número era de 362, o que demonstra o crescimento da rede institucional dentro do Judiciário. (BRASIL, 2022)

O índice de conciliação estabelecido no relatório é medido através do percentual de sentenças homologatórias de acordo destacadas do universo das sentenças e decisões terminativas. Em 2021 o patamar foi de 11, 9% de sentenças homologatórias de acordo. Se observamos por fase processual teremos 8, 1% na fase de execução e 17, 4% na fase de conhecimento. (BRASIL, 2022)

Como podemos ver o índice de conciliação leva em conta os procedimentos que resultam em acordo e não faz distinção entre conciliação e mediação. Este trato não específico da mediação demonstra uma tendência que trata a mediação sempre em conjunto com outras formas consensuais de solução de conflito.

Os resultados alcançados com o processo de institucionalização e difusão da mediação são tímidos. A realidade se apresenta com questões complexas que de certo modo ignoram o destacado avanço legislativo, institucional e teórico (aqui incluído o ensino jurídico).

Se observada em uma dimensão intersubjetiva temos a tendência de avaliar os números da mediação pela quantidade de acordos, e concentrar nossos esforços em massificar a sua efetivação.

O uso de uma mediação judicial com escopo qualificado, para solução de complexos problemas coletivos, chega a ser destacado pela doutrina mais atual, mas não é possível alcançar a reflexão a respeito da existência de um funcionamento da sociedade que vá além das ações humanas em um arranjo mais complexo.

Hermes Zanetti Jr e Fredie Didier Jr, apontam as possibilidades criativas e efetivas da mediação judicial de conflitos aplicada às demandas coletivas, indicando sua adequação especialmente na construção de decisões estruturantes, que demandam uma mutabilidade das condições e uma constante evolução da solução encontrada (Didier Jr; Zanetti Jr, 2016, p.61).

A sociedade moderna demanda instrumentos decisórios que estão além do modelo da decisão adjudicatória. A formulação de uma decisão veiculada por um acordo construído pela via da mediação judicial, poderia suprir a necessidade de se estabelecer uma solução para casos que exigem uma revisão e mutabilidade das condições ao longo do tempo.

É o caso dos problemas estruturais, condições em que uma desconformidade estruturada se apresenta, qualificada por uma situação de ilicitude contínua e permanente ou de exclusivamente da desconformidade com um estado ideal almejado. A ilicitude é normalmente presente, mas não se confunde com a

desconformidade que é mais abrangente configurando-se em uma situação que não se afina ao estado de coisas desejado. Um exemplo de problema estrutural seria a restrição ao direito de mobilidade de pessoas portadoras de necessidades especiais em uma localidade, provocada pela falta de adequação de acessibilidade em logradouros, prédios e equipamentos públicos (Didier; Zanetti Jr; Oliveira, p.104).

A reflexão trazida por Fredie Didier e Hermes Zanetti Jr articula dentro do sistema do direito os elementos normativos que possam tratar da demanda complexa dos problemas estruturantes. A complexidade alcançada aqui se limita ao sistema do direito e enxerga a multipolaridade e possibilidades distintas de decisão, mas não explora a existência de estruturas comunicativas fora do sistema do direito.

Esta ampliação de observação exigirá uma perspectiva sistêmica da sociedade.

No contexto atual identificamos uma demanda de problemas complexos com tímida orientação da mediação como ferramenta de solução. Ao largo desse resultado empírico se erigiu um consenso sobre a sua economicidade, efetividade, maior exercício democrático e autonomia.

Contrariando este consenso, conforme o já citado relatório Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça, quase 90% dos problemas que chegam ao judiciário são solucionados pela via jurisdicional, este percentual tão elevado levanta dúvidas sobre a efetividade e acolhimento da mediação judicial de conflitos. (BRASIL, 2022).

A explicação veiculada pelos juristas é que esta realidade se deve a uma cultura de judicialização. Seria necessária uma "revolução" cultural para que pudéssemos ver no cotidiano um crescimento da solução de conflitos pela mediação e outras formas não adversariais.

A mediação judicial de conflitos estaria nas mãos de uma mudança nas práticas dos atores que participam do esquema de solução do judiciário. Para uma transformação de paradigma seria necessário que a própria população, bem como advogados, juízes, Ministério público, servidores e auxiliares da justiça se unissem num esforço conjunto para implementar a mediação judicial de conflitos, em todos os seus possíveis âmbitos de atuação.

No caminho para garantir a difusão e efetividade da mediação seria imprescindível a mudança cultural albergada em um investimento financeiro, técnico e político que tornasse a mediação acessível. Um esforço coordenado para a capacitação de agentes e usuários do sistema da mediação bem como a implantação de estruturas físicas que suportem este serviço.

Esta forma de compreender a mediação judicial de conflitos se baseia em uma diferença marcada pela distinção indivíduo/ sociedade. Seus reflexos apresentam uma descrição particular da mediação judicial de conflitos no discurso institucional, na sua aplicação prática e nas observações que o direito realiza sobre si mesmo manifestas na produção doutrinária.

Em versão inaugural do Manual de Mediação Judicial de 2009, o secretário da reforma do judiciário à época, Rogério Favreto, aponta a necessidade de uma mudança cultural para a implantação de uma política pública de solução conflitos não adversarial. Sua perspectiva destaca a necessidade de capacitação dos agentes envolvidos na relação jurisdicional e aponta a necessidade de uma “reeducação dos sujeitos de direito”, incluindo um diálogo com o maior número de interlocutores para assentar condições da mudança de paradigma (Ministério da Justiça 2009, p.19).

Em versão mais recente do Manual de Mediação Judicial do Conselho nacional de justiça de 2016, Emanuel Campelo Pereira de Souza, coordenador do movimento pela conciliação da época, aponta a necessidade de se alterar o “software de nossas mentes”, referindo-se a mudança paradigmática necessária para se implantar um ambiente não adversarial de solução de conflitos. Em seu raciocínio aponta que esta mudança cultural exige um profundo conhecimento do hardware que seria representado pela estrutura do judiciário e seus operadores (CNJ, 2016, p.9).

Como podemos observar nestes discursos institucionais a perspectiva de sociedade é centralizada em atores sociais, as organizações e instituições são compreendidas em torno de um centro preenchido por sujeitos individuais e suas ações. É a partir desta diferença entre indivíduo e sociedade que se constrói a reflexão sobre a mediação judicial de conflitos na perspectiva tradicional.

Em outros termos, a utilização de um conceito de sociedade centralizada no conceito de sujeito individual faz com que mesmo a reflexão institucional ressalte determinadas características da realidade ocultando outras. Que os problemas de efetividade sejam atribuídos às ações e subjetividades.

Aqui neste trabalho optamos por denominar essa perspectiva da mediação judicial de conflitos, que se baseia em um modelo societal que relaciona indivíduos e sociedade e a partir desta distinção elabora seus conceitos e problemas teóricos, de perspectiva tradicional.

Evitamos reduzir essa perspectiva sob a alcunha de dogmática para evitar determinadas compreensões que findem por concluir que os avanços e

conhecimentos construídos pela perspectiva tradicional estão equivocados ou possam ser descartados por uma nova perspectiva que se predispõe mais crítica.

Demarcamos assim que o conhecimento produzido pela perspectiva tradicional da mediação é parcial e nos propomos a buscar iluminar aspectos que ultrapassam seus limites.

Quando analisamos a construção doutrinária sobre o tema pudemos observar que muito embora se privilegie uma posição mais dogmática a produção científica reflete precisas reflexões críticas.

O que estamos a afirmar preliminarmente é que a construção teórica da mediação judicial de conflitos no Brasil descreve o objetivo de solucionar um problema de efetividade e garantir o acesso à justiça. A efetividade da própria mediação judicial de conflitos se baseia desta maneira na questão de sua eficácia como instrumento de acesso à justiça e concretização de direitos.

Estabelecidas estas premissas contextuais identificamos que a mediação judicial de conflitos na perspectiva tradicional elabora o problema da efetividade como problema de comunicação intersubjetiva. Desta forma as soluções propostas visam a mudança de mentalidade dos sujeitos de modo a atingir as ações humanas.

Esta perspectiva se evidencia na corrente expressão de “cultura do litígio” oposta à “cultura de paz”, e no depósito de esperanças de uma mudança no cenário de baixa efetividade em uma revolução cultural, que pudemos localizar constante na leitura de produções doutrinárias e no discurso especializado mais recente.

2.5 OCULTAMENTO DO PROBLEMA DA COMUNICAÇÃO INTERSISTÊMICA COMO PROBLEMA DE EFETIVIDADE DA MEDIAÇÃO JUDICIAL DE CONFLITOS.

A sociedade moderna enfrenta problemas complexos que extrapolam a dimensão dos problemas de comunicação entre sujeitos presentes. A evolução do direito processual demonstrou que a tutela dos direitos e a gestão dos conflitos exige o manejo de fórmulas e estratégias cada vez mais flexíveis e moldáveis ao diferenciado número de disputas crescente na sociedade.

Um conflito que exige o tratamento pelo direito no contexto moderno demanda uma solução que possa estabilizar a fricção entre distintos contextos comunicacionais. O dissenso entre sujeitos é só uma parcela do conflito.

Desta maneira quando um sujeito, seja ele individual ou coletivo, busca as

multiportas da justiça visando a tutela do direito à saúde, demandando um tratamento de alto custo e altamente especializado, o conflito não abrange somente as vontades subjetivas envolvidas, ou o interesse privado contraposto a um interesse público. Contextos comunicacionais distintos entrarão em choque, e ao direito caberá estabilizar as distintas expectativas, utilizando para tanto o seu próprio contexto comunicativo.

O contexto familiar expressará uma realidade em que a importância daquele que necessita de tratamento é singular e absoluta, a esfera da administração pública pode expressar uma realidade em que a concessão daquele tratamento esgotará recursos colocando em risco a população, um contexto religioso poderá considerar o tratamento proibido pelos desígnios do sagrado, o contexto científico poderá considerar o tratamento pleiteado experimental e ainda sem comprovação científica, por exemplo.

Durante este capítulo fizemos menção a âmbitos e contextos comunicacionais autônomos, esta expressão é suficiente para termos uma ideia das características da sociedade moderna que dão aos conflitos trazidos à justiça, uma dimensão nova que vai além das interações humanas.

O direito ao buscar estabilizar as expectativas dos diversos contextos comunicacionais utilizará um contexto jurídico. Um conjunto de comunicações anteriores estabelecerão quem pode solicitar uma solução, quais os temas e de que forma isto será procedimentalizado. A solução que estabilizará as expectativas será uma solução jurídica.

Como esta solução jurídica impactará nos diversos contextos comunicacionais envolvidos no conflito é fator determinante para se refletir sobre a efetividade do direito. Do contrário ficaremos restritos a análise das dificuldades de comunicação entre os sujeitos envolvidos no conflito e ao prognóstico de suas ações.

Ao estabelecermos a observação da mediação judicial de conflitos a partir da diferença sistema/ambiente efetuamos um giro reflexivo que nos leva a perguntar como é possível a mediação judicial de conflitos no lugar de nos perguntar o que é a mediação judicial de conflitos.

A nossa reflexão passa a se preocupar com a função do direito e a estrutura se apresenta com elementos dinâmicos, dispostos a partir desse funcionamento.

A partir desta distinção podemos tomar como questão fundamental da efetividade os conflitos entre os diversos âmbitos comunicacionais, diferentes

contextos, que poderemos descrever como subsistemas sociais autopoieticos e as restritas possibilidades de comunicação intersistêmica. Esta descrição é feita a partir da obra do sociólogo alemão Niklas Luhmann e é a proposta do próximo capítulo.

3 MEDIAÇÃO JUDICIAL A PARTIR DA DIFERENÇA SISTEMA/AMBIENTE - TEORIA DOS SISTEMAS SOCIAIS, CONTINGÊNCIA E COMPLEXIDADE NA SOCIEDADE MODERNA

Neste capítulo iremos apresentar em breves linhas os conceitos da teoria dos sistemas sociais autopoieticos que utilizaremos em nossa tarefa de descrever a mediação judicial de conflitos através da diferença sistema/ambiente e a partir daí apresentar o problema da comunicação intersistêmica, como uma dimensão do problema de efetividade da mediação que não é alcançada pela perspectiva tradicional.

Buscaremos repetir o itinerário que utilizamos para descrever a perspectiva tradicional da mediação judicial de conflitos, apresentando um problema origem, uma estratégia de solução e os resultados, agora de uma perspectiva sistêmica da mediação judicial de conflitos.

3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A teoria dos sistemas sociais autopoieticos elaborada por Niklas Luhmann descreve a sociedade moderna a partir da reformulação de uma tradição que descrevia os sistemas a partir da diferença todo/partes, passando-se a um paradigma fincado na diferença sistema/ambiente. É a partir desta diferença que são elaborados os conceitos próprios do quadro teórico apresentado pelo sociólogo (Luhmann, 2016).

A mudança de observação além de permitir a compreensão das características da complexidade e contingência da sociedade moderna, rompe com uma série de premissas sob as quais se assenta a descrição da sociedade e do “social” até então, inaugurando uma proposta de descrição da sociedade marcada por contextos funcionais distintos que se apresentam como sistemas sociais a exemplo da economia, política, ciência e direito.

Bachur (2010, p. 27) afirma que ao se defrontar com a teoria dos sistemas sociais se tem a sensação de entrar em um labirinto e que é preciso estabelecer uma rota segura de saída diante dos diversos conceitos que se aglomeram e se entrelaçam, podendo estes conceitos serem considerados tanto ponto de partida como de chegada.

Luhmann (2016, p.8) nos adverte:

Os conceitos (como fechamento operativo, função, codificação/programação, diferenciação funcional, acoplamento estrutural, autodescrição, evolução e outros) são escolhidos de modo que possam ser empregados também em outros âmbitos funcionais da sociedade moderna (se podem fazê-lo com êxito é algo a se verificar).

Para os fins de nossa pesquisa nos focaremos na reflexão sobre o impacto da mudança de paradigma de uma comunicação vista como transmissão e interação direta entre sistemas, para uma comunicação improvável, que se configura na irritação e interferência indireta entre sistemas fechados operacionalmente e cognitivamente abertos, produzidos a partir de seus próprios elementos comunicativos, autopoieticamente.

O conceito de dupla contingência reconstruído pela teoria dos sistemas sociais autopoieticos será nosso ponto de partida para explicar como o tratamento da complexidade através de um processo de diferenciação funcional faz emergir o social como processo constitutivo de sistemas autorreferentes.

Apresentamos a passagem de uma tradição que utilizava uma noção de sistemas abertos, para uma nova concepção de sistemas fechados, autorreferentes, e na passagem da ideia de uma sociedade constituída de pessoas e ações para uma sociedade constituída de comunicações recursivas.

Buscaremos demarcar a transição entre um modelo societal em que os indivíduos e suas ações são os elementos formadores do sistema social, para um modelo societal em que a comunicação é o substrato do sistema social, através de um processo de diferenciação funcional.

A partir desta reflexão expomos a origem da mediação judicial de conflitos enquanto distinção, assentada na premissa de uma sociedade marcada pelas características da complexidade e contingência. Em outras palavras descrevemos o processo de diferenciação e tratamento da complexidade como origem da mediação judicial de conflitos, como comunicação jurídica.

Neste ponto destacaremos a posição dos seres humanos no universo sistêmico localizados no ambiente dos sistemas sociais, e acoplados através da linguagem de modo a realizar a comunicação possível, a comunicação como um circuito autorreflexivo.

Abordaremos o próprio conceito de sentido e em seguida de comunicação, que são reelaborados por Niklas Luhmann para se harmonizar com a forma moderna de uma sociedade complexa e contingente e com a existência e funcionalidade de

sistemas autorreferentes.

Em seguida será possível apresentar o surgimento e caracterização dos sistemas sociais autopoieticos, em especial o sistema do direito e sua função de estabilizar expectativas normativas. Diante da sua marcada condição de fechamento operacional e abertura cognitiva, será possível delinear o problema que se forma diante da impossibilidade de comunicação direta, limitada a comunicação intersistêmica, assim, à interferência indireta entre os sistemas e o ambiente.

Através deste roteiro buscamos descrever como a perspectiva tradicional da mediação judicial de conflitos, apresentada no capítulo anterior, restringe o problema da efetividade limitando-o a um problema de comunicação intersubjetiva, e como a partir da introdução de conceitos como a dupla contingência e a autorreferência passamos a conceber sistemas sociais autopoieticos fechados, e a improbabilidade da comunicação entre eles o que nos permite descortinar o problema da comunicação intersistêmica e a abertura cognitiva como uma nova perspectiva para a análise da efetividade da mediação.

A partir daí passamos a descrever a mediação judicial e conflitos como resposta ao problema da restrita comunicação intersistêmica buscando compreendê-la na dinâmica dos acoplamentos estruturais. Para este fim refletiremos sobre a autopoiese dos sistemas sociais e seu processo de fechamento operacional e abertura cognitiva.

O fechamento operacional e a abertura cognitiva que garantem o estado de autopoiese do sistema demarcando sua autonomia, são conceitos essenciais para o entendimento dos limites e possibilidades de interferências entre os sistemas sociais, tendo em mente este entendimento vamos buscar a localização da mediação judicial de conflitos na dinâmica das possibilidades de interferência intersistêmicas.

Estabelecidas estas premissas refletiremos sobre a mediação judicial de conflitos dentro do sistema do direito na dinâmica dos acoplamentos estruturais, observando suas possibilidades de promover uma irritação em outros subsistemas de modo a sensibilizá-los para a construção de uma solução com maior participação e sensibilidade às suas próprias irritações consignada nos acordos.

Por fim enfocamos a questão dos limites da investigação de acordos judiciais promovidos por uma mediação judicial de conflitos de perspectiva sistêmica e a necessidade de uma autoobservação que estabilize a dinâmica aqui proposta no sistema do direito. Ou em outras palavras construa um elemento de sentido compartilhado pelo direito que acentue a orientação de suas operações à observação

e abertura cognitiva. Refletindo assim sobre os resultados da assunção de uma perspectiva sistêmica da mediação judicial de conflitos na efetividade.

3.2 DUPLA CONTINGÊNCIA E A FORMAÇÃO DA SOCIEDADE FUNCIONALMENTE DIFERENCIADA – HÁ SISTEMAS SOCIAIS AUTOPOIÉTICOS.

O conceito de dupla contingência nos permite compreender a emergência de uma ordem social na teoria dos sistemas sociais autopoieticos. Segundo Lewkow (2017, p.39), Luhman se apropria do conceito formulado inicialmente por Talcot Parsons, mas vai reescrevê-lo eliminando seu caráter normativo optando por uma observação em que enfatiza várias formas de constituir a ordem social e não uma única alternativa.

Luhmann (1983, p.45) afirma que o homem vive em um mundo percebido pelos sentidos e não possui domínio sobre o que apreende, de tal modo que o mundo apresenta uma gama de experiências e ações infinitamente maior do que o homem pode perceber, compreender e agir. Em outras palavras descreve o mundo marcado pela complexidade, que entende ser a existência de mais possibilidades do que se pode realizar, e pela contingência, entendida como a constatação de que as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas.

Esse duplo problema da complexidade e contingência é solucionado através de estratégias que buscam arranjos de seleções que permitam imunizar-se contra o desapontamento causado pela frustração de expectativas e o manejo do risco. A situação se intensifica quando se apresentam outros homens na equação (Luhmann, 1983, p.46).

Nas palavras esclarecedoras de Luhmann sobre essa constituição plena da complexidade e contingência:

Neste mundo complexo, contingente, mesmo assim estruturalmente conjecturável, existem, além dos demais sentidos possíveis, outros homens que se inserem no campo de minha visão como um “alter ego”, como fontes eu-idênticas da experimentação e da ação originais. A partir daí introduz-se no mundo um elemento de perturbação, e é tão somente assim que se constitui plenamente a complexidade e a contingência. As possibilidades atualizadas por outros homens também se apresentam a mim, também são minhas possibilidades. (Luhmann, 1983, p.47)

A interação entre Ego e Alter é dificultada pela improbabilidade da

comunicação. Cada uma das partes numa interação só pode acessar seus próprios elementos e determinar seus próprios comportamentos tendo sobre os comportamentos externos apenas uma expectativa. (Luhmann, 2016, p 129)

Alter e ego são referidos por Luhmann como “sistemas usuários de sentido que não são transparentes nem calculáveis entre si.”, se apresentando como duas caixas pretas, incapazes de se comunicar, mas que produzem brancura no seu encontro de modo que possam buscar influenciar através de seu próprio agir aprendendo com os resultados observados. Os sistemas sociais e psíquicos se distinguem por operar com base no “*medium*” do sentido (Luhmann, 2016, p 132 e 133).

Na perspectiva do sociólogo os sistemas psíquicos, os sistemas sociais, organismos e máquinas são iguais enquanto sistemas contudo é possível identificar e tomar como objeto de análise comparações que são válidas em áreas parciais, como o uso de sentido somente pelos sistemas psíquicos e sociais diferentemente de máquinas e organismos.

Desta maneira se procede um salto com a promoção de uma teoria dos sistemas autorreferentes. Rompendo com a tradição de sistemas abertos Luhmann identifica um distinto nível de sistemas que fazendo uso de um processo de diferenciação sistema/ambiente, constituem seus limites a partir de seus próprios elementos.

O biólogo chileno, Humberto Maturana formulou o conceito de autopoiese para explicar que os organismos vivos se constroem e se desenvolvem a partir de seus próprios elementos. A célula constitui seus elementos, ainda que utilizando materiais externos, em um processo interno, necessário e que quando cessa representa o fenômeno da morte do sistema vivo. Em uma releitura deste conceito aplicada aos sistemas, Luhmann apresenta a autopoiese sistêmica como elaboração da diferença do sistema e seu entorno a partir de operações internas, mobilizando um fechamento operacional que impões que uma operação se reporte a outra operação e uma abertura cognitiva que ative acoplamentos estruturais para permitir que o sistema se sensibilize às irritações do ambiente, de modo altamente seletivo (Corsi, Esposito, Baraldi, p 32, 1996).

O fechamento operacional determina deste modo que os sistemas sociais constituam suas operações com base em suas próprias operações e somente a partir delas, realizando sempre um processamento de autodeterminação que passa pela sua diferenciação do ambiente.

Conforme Luhmann (2016, p.589):

Fechamento operativo significa tão somente que a autopoiese do sistema pode ser executada unicamente com suas próprias operações e que a unidade do sistema pode ser produzida somente com as operações do próprio sistema

Luhmann (2016, p.589) aponta que o conceito de acoplamento estrutural busca explicar diante da precisão do fechamento operacional como as relações entre sistema e seu ambiente se formam sob essa condição já que não ignora a realidade ou a relevância causal. Em outras palavras o fechamento operacional é condição da abertura cognitiva articulada pelos acoplamentos estruturais de que trataremos a seguir.

Tendo em mente esse cenário os sistemas sociais e os sistemas psíquicos têm em comum a operação com base no sentido. A dupla contingência experimentada por força do fechamento operacional dos sistemas psíquicos faz emergir a complexidade dos sistemas sociais. Os sistemas sociais surgem paradoxalmente não da comunicação direta entre os indivíduos, mas da improbabilidade da comunicação alicerçada no fechamento autopoietico das consciências.

3.2.1 O meio do sentido

Como os sistemas sociais operam com o sentido mantendo sua autorreferência o problema da dupla contingência se repete no nível dos sistemas sociais onde podemos descrever irritações e mecanismos de interferência indireta.

O sentido é um meio que permite a criação seletiva de sistemas sociais e psíquicos, e suas operações. Como instrumento básico de redução da complexidade através do vivenciar, o sentido maneja uma distinção realidade/possibilidade. Indica uma seleção atual sem excluir um horizonte de possibilidades. É reconhecido como uma aquisição evolutiva que permite a operação basal de redução da complexidade do mundo contingente e complexo. (Corsi, Esposito, Baraldi, p 32, 1996)

Em uma importante advertência Luhmann nos traz à reflexão:

Não se entende, satisfatoriamente, o modo de função do sentido, quando a referência é uma identidade legitimadora de algo dotado de sentido – seja o cosmos perfeito em si, seja o sujeito, seja o contexto que confira sentido. A origem da distinção permanece obscura, permanece um problema da teodiceia. (Luhmann, 2016, p.96)

E seguirá explicando que esta é a razão pela qual identifica que a experiência de sentido se vincula a “diferença entre o atualmente dado e o que, com base nesse dado, é possível. A partir daí decompondo o processamento de sentido através de dimensões do sentido”. Ao fim as distingue como dimensão material, dimensão temporal e dimensão social (Luhmann, 2016, p.97).

As dimensões do sentido se apresentam como processo mobilizado entre dois horizontes, distinguindo diferenças, de modo que não encerram outras possibilidades apenas demarcando uma estabilização provisória. Desta maneira a dimensão material mobiliza a diferença isso e não aquilo, a dimensão temporal passado e não futuro e a social consenso e não dissenso (Luhmann, 2016, p.97- 215).

As dimensões de sentido funcionam como parâmetros de estabilização de objetos constituídos de sentido (sistemas psíquicos) e temas constituídos de sentido (sistemas sociais), estabilização de uma interpretação da realidade em relação a uma diferença passado e futuro, e a estabilização de uma diferença entre o sentido vivenciado por Ego e Alter.

Em outras palavras são guias da redução da complexidade, compreensão de modo a estabelecer, ainda que provisoriamente o quê? Quem? Quando? E como esse sentido vivenciado por Ego (um sistema autorreferencial produtor de sentido) é vivenciado por Alter (também um sistema autorreferencial produtor de sentido).

3.2.2 A comunicação possível na dupla contingência

A dupla contingência não pode ser vencida por uma comunicação linear, em verdade ela sequer é vencida, apenas provisoriamente são estruturados arranjos que permitem a relação intersistêmica. Ego só tem acesso às suas próprias seleções e possui expectativas sobre o comportamento de Alter. Através da observação até lhe é possível compreender a vivência de Alter, mas não pode vivenciar por Alter, eo mesmo ocorre a Alter em relação a Ego (Luhman, 2016, p.97).

Diante desta dificuldade que se apresenta a saída encontrada é amanaipulação das expectativas através da criação de estruturas que limitam as possibilidades de expectativas, tornando o mundo menos complexo sem com isso eliminar às infinitas possibilidades de alteração. Torna-se possível o processo de comunicação.

Luhmann se distinguindo da tradição teórica que encontra na ação o elemento fundante da ordem social, inverte o fluxo para conceber que a sociabilidade não é

um tipo especial de ação, na verdade a ação é construída dentro dos sistemas sociais, através da comunicação e atribuição, como um processo de redução de complexidade (Luhmann, 2016, p.161).

Nas palavras do sociólogo a “Autorreferência no nível dos processos basais é possível quando existem pelo menos dois processadores de informação que, referindo-se ao outro ou por meio do outro, podem referir-se a si mesmos.” (Luhmann, 2016, p.162)

De tal modo que:

Sistemas só se constituem, antes, a partir de acordos seletivos produzidos pela combinação de processadores de informação, e a estrutura desses sistemas tem somente a função de tornar provável e permanente troca e reencontro de tais acordos. (Luhmann, 2016, p.162)

E por fim arremata:

O processo elementar, que constitui o social como realidade especial, é um processo comunicativo. Para poder controlar a si mesmo, contudo, esse processo tem de ser reduzido a ações, decomposto em ações. Assim sistemas sociais não são constituídos de ações, como se essas ações pudessem ser produzidas com base na constituição orgânica psíquica do ser humano e pudessem existir por si próprias. Sistemas sociais são decompostos em ações e, com essa redução, adquirem fundamentos conectivos para o uso comunicativo seguinte. (Luhmann, 2016, p.163)

Este excerto elabora o entendimento de comunicação desenvolvido pela teoria dos sistemas sociais de forma distinta de um modelo de comunicação entendido como transmissão de uma informação.

Luhmann identifica diante da premissa da autorreferencialidade a comunicação ocorrendo em um círculo reflexivo formado por informação, participação e compreensão. A comunicação é entendida como um processo autorreferencial. (Luhmann, 2016, p.163)

É importante destacar que a comunicação na perspectiva de Luhmann não está subordinada aos seres humanos. Tanto o sistema social quanto o sistema psíquico estão fechados sobre si mesmos. Os sistemas psíquicos constituem e reproduzem pensamentos e os sistemas sociais a comunicação.

Isso não quer dizer que os sistemas psíquicos não tenham qualquer importância para os sistemas sociais, Luhmann os considera em interpenetração, ou seja em uma relação intersistêmica em que permanecem como ambiente um do outro, porém fornecendo sua própria complexidade para a construção um do outro.

Luhmann afirmará que “os sistemas sociais surgem com base nos ruídos

produzidos pelos sistemas psíquicos” (Luhmann, 2016, p.243). A comunicação desta maneira é substrato do sistema da sociedade, ocorre dentro da sociedade e não em seu ambiente.

Neste ponto podemos perceber que de uma perspectiva sistêmica o problema da improbabilidade da comunicação entre Alter e Ego, sejam estes sistemas psíquicos ou sistemas sociais, sempre será um problema de comunicação intersistêmica esteja este envolvendo sistemas psíquicos ou sistemas sociais.

3.2.3 A estrutura dos sistemas sociais

A partir da rede recursiva de comunicações é que se estabilizam estruturas especializadas, contextuais, dotadas de autonomia e que operando processos de diferenciação podem orientar as ações constituindo a ordem social. Um processo de redução da complexidade que não a elimina, ao contrário a ela se abre.

O processo de criação dessas estruturas lança mão da diferença satisfação/frustração. Na sua experiência diante das interações Ego e Alter ao terem uma expectativa frustrada tem a opção de aprender com a frustração e agir de modo diverso no futuro ou insistir em suas expectativas frustradas.

As estruturas sociais surgem então como sistemas que vão reduzir a complexidade contingente em expectativas setoriais, especializadas, de modo que podemos falar em expectativa de lucro, expectativa de salvação, expectativa de afeição familiar, expectativa jurídica etc.

Uma vez que estas expectativas são generalizadas através de processos comunicativos onde vários entes confluem, sem a necessidade de um consenso, mas com recorrência, redundância, estamos diante de sistemas sociais. A diferenciação dos sistemas sociais se relaciona desta maneira com a estabilização de expectativas.

Neste cenário o sistema do direito se apresenta a partir da necessidade de se estabelecer um modo peculiar de estabilizar expectativas. Em um processo que distingue expectativas cognitivas, de cuja frustração devemos obter um aprendizado, e expectativas normativas, que deverão ser confirmadas a despeito da frustração, o sistema do direito se diferencia de outros sistemas sociais. Estabelece-se assim a função do sistema do direito como a estabilização de expectativas normativas através da regularização congruente de suas generalizações temporais, objetivas sociais (Luhmann, 2016a, p.175).

3.2.4 O sistema do direito e sua função

O sistema do direito oferece deste modo ao sistema da sociedade a generalização de expectativas selecionadas com uma imunidade à frustração. A distinção não afasta a possibilidade de frustração, mas estabelece que se insista na expectativa ao invés de mudar de comportamento num processo de aprendizado.

Desta maneira o sistema do direito estrutura suas operações em torno da distinção entre expectativas cognitivas/expectativas normativas e da aplicação do código binário lícito/ilícito como fechamento operativo.

Importante verificarmos que o fechamento operacional através do código binário lícito/ilícito é temperado pela abertura cognitiva constituída pela programação do sistema jurídico que deixa em aberto o que do ambiente será tematizado e que expectativas serão selecionadas como normativas. É esta dinâmica que conduz a autopoiese dos sistemas sociais e permite a adaptação dos sistemas (Luhmann, 2016a, p.102).

Conforme destaca Rafael Lazarotto Simioni:

(...) como o código direito/não direito representa um paradoxo temporariamente invariável, a abertura cognitiva do direito ao ambiente social não seria possível se não houvesse uma programação dessa abertura cognitiva. Assim enquanto o código fecha o sistema à alta complexidade, o programa enriquece as operações do sistema jurídico com um terceiro valor: a incerteza sobre o que, do ambiente social, pode ser indicado como direito ou não direito, isto é, a incerteza a respeito do lado da forma direito/não direito com que o programa instrui a decisão jurídica à juridicizar uma comunicação do ambiente. Assim a seleção das expectativas normativas e a negação de normatividade às cognitivas são realizadas através de um programa (as normas jurídicas), que instrui as decisões jurídicas sobre a adjudicação dos valores logicamente excludentes: direito/não-direito. (Simioni, 2006, p.52)

Desta maneira a programação do sistema lhe possibilitará suprir a insuficiência do código operativo que se apresenta de acordo com as suas características de invariabilidade e tautologia, incapaz de oferecer possibilidades de adaptação ao ambiente (Luhmann, 2016b, p.250).

3.2.5 O problema da comunicação intersistêmica

A sociedade moderna nesta concepção é marcada pela diferenciação funcional. A dupla contingência é a desordem que faz surgir a organização, sob a forma de sistemas sociais autopoieticos que através de um processo de diferenciação

(operações de sentido), adquirem autonomia (auto referencialidade), distinguindo-se das expectativas.

A sociedade formada por sistemas sociais se apresenta em sua unidade basal como comunicação. É com essa dimensão social que se responde ao problema da dupla contingência revelado pelas características da complexidade e contingência modernas.

As funções dos sistemas sociais se apresentam como diferentes contextos, estabelecidos a partir de suas próprias operações em um fechamento operacional. Diante da necessidade de adaptação constante e de não se limitar o horizonte de possibilidades, se promove também a abertura cognitiva. A complexidade do ambiente se manifesta sob a forma de uma multiplicidade de sentidos conforme a multiplicidade de sistemas. Os sistemas observam os eventos apenas na forma de sentido por eles produzida, de modo que estímulos externos são processados como irritações.

Um mesmo evento produz sentidos que são observados de forma distinta, em diversos contextos comunicativos especializados. Por exemplo o que é observado pelo direito como um conflito a respeito da guarda de uma criança é observado como possibilidade de lucro para uma corporação, ou ainda como solução de um problema afetivo.

Na perspectiva crítica trazida por Gunther Teubner:

(...) la sociedad moderna viene caracterizada, de un lado, por fragmentarse en diferentes epistemes y, de otro, por la interferencia entre los mismos, el discurso jurídico se ve atrapado en una "trampa epistémica". La simultaneidad en la dependencia e independencia respecto de los otros discursos sociales es la razón por la cual el derecho moderno está permanentemente oscilando entre posiciones de autonomía y heteronomía cognitiva. (Teubner, 2005, posição 172/2500)

A armadilha epistêmica que o autor indica se manifesta através do problema da comunicação intersistêmica. A autopoiese dos sistemas sociais pressupõe o seu fechamento operativo através de um código binário que para se adaptar ao ambiente institui as programações responsáveis pela abertura cognitiva.

O sistema social do direito observa o ambiente a partir do sentido que constitui em seu interior. Cada sistema social constrói o mundo a partir de sua própria episteme, e dispõe no ambiente social sua comunicação especializada. Cria-se uma realidade jurídica que pode se contrapor a outras realidades epistêmicas criadas pelo sistema da economia, pelo sistema da ecologia, pelo sistema da ciência etc.

Nem o sistema do direito, nem qualquer outro sistema possui acesso cognitivo

à realidade por outra forma que não seu código de sentido, desta forma nenhum deles tem autoridade epistêmica para se impor aos demais. A sociedade funcionalmente diferenciada não possui um centro a quem pode recorrer no conflito entre realidades epistêmicas. O sistema do direito se vê então forçado a produzir uma realidade jurídica autônoma que é confrontada com outras realidades produzidas por outros sistemas sociais. O choque entre as diferentes realidades se dá tendo em vista que como já vimos a sociedade é composta de comunicação, a matéria basal de seus subsistemas. Esta é a configuração da armadilha epistêmica que Gunther Teubner (2005) identifica.

Teubner se pergunta sobre as vias de escape desta questão e vai encontrar possibilidades que oscilam entre uma ênfase a autorreferência do sistema do direito e uma heterorreferência. Em ambas às tentativas se impõe a realidade da sociedade funcionalmente diferenciada e dos limites da comunicação intersistêmica.

Rafael Lazzarotto Simioni em sua investigação sobre as possibilidades de uma comunicação intersistêmica entre direito ambiental, economia e ecologia assim preleciona:

(...) a dupla contingência entre sistemas psíquicos faz surgir os sistemas sociais, a dupla contingência nos próprios sistemas sociais faz surgir o quê? Não há um sistema dos sistemas para enfrentar a dupla contingência da comunicação intersistêmica, a não ser a própria teoria dos sistemas que, a partir da observação de observações, permite observar algumas possibilidades comunicativas. (Simioni, 2011, p.91)

As possibilidades da comunicação intersistêmica são identificadas então na existência de um elemento de sentido comum, na forma de um acoplamento estrutural, compartilhado na base de todos os sistemas sociais – a comunicação. É a partir da comunicação que se podem desenvolver as possibilidades de observação sistêmica, ressonância e interferência sistêmica, a comunicação pelas organizações e a comunicação através dos sistemas de interação e movimentos de protesto (Simioni, p.91, 2011).

O problema da limitada comunicação intersistêmica que se manifesta por pressão da dupla contingência, determina a reflexão sobre a abertura cognitiva dos sistemas a partir do ponto de reflexos das operações do direito em outros subsistemas. As comunicações jurídicas produzidas como resposta a um variado número de conflitos que demandam o sistema do direito se apresentam com significativo impacto nos demais sistemas da sociedade. É neste cenário que se apresentam as oportunidades de constituição de acoplamentos estruturais entre o

direito e outros subsistemas da sociedade (Viana, p.266, 2015).

Dito de outro modo, ao estabelecer a existência de um sistema autopoietico (construído e reconstruído a partir de seus próprios elementos) e descrever suas operações, se torna uma questão fundamental descrever como se processa a relação do sistema com o ambiente que se denota a partir de sua evolução. Estaria ela toda resumida às causalidades do ambiente que ignoram ou transgridam seus limites?

3.2.6 O acoplamento estrutural

A resposta é o acoplamento estrutural, um conceito que representa uma diferença, um lado que inclui, acopla e outro que exclui. Um espaço que seleciona e permite que influxos do ambiente, irritações, sejam percebidos e causem uma resposta interna do sistema. Não como uma função de transformação de inputs em outputs, mas como uma dinâmica que gera surpresa e perturbação no sistema.

Sem comunicação direta, um processo de irritação em que um sistema pressupõe características de seu ambiente nele confiando estruturalmente. O acoplamento estrutural assim é denominado para traçar uma distinção entre este e os acoplamentos operativos (acoplamentos de operação com operação internas do sistema) e ainda respeitar a distinção entre ele e as causalidades em curso que ignoram ou transgridam os limites do sistema (Luhmann, 2016, P.590).

Os acoplamentos estruturais são condições em que “um sistema supõe determinadas características de seu ambiente, nelas confiando estruturalmente – por exemplo que o dinheiro seja de modo geral aceito.” (Luhmann, 2016b, p.594)

Atuando no âmbito da abertura cognitiva dos sistemas o acoplamento estrutural estabelece uma dinâmica de irritações recíprocas às quais os sistemas autônomos responderão de maneira autônoma. O acoplamento desta maneira facilita a irritação entre os sistemas, mas não lhes introduz normas do ambiente (Luhmann, 2016b, p.594).

Na síntese de Ulisses Viana:

Neste panorama, os acoplamentos estruturais permitem que o sistema do direito se acople com um ou mais sistemas e que, assim, eles ocasionalmente executem conjuntamente operações que, apesar de serem vistas como operações autopoieticas e autorreferenciais de cada um deles, isoladamente, tenham por base os mesmos valores – valores comuns – ou valores complementares, os quais em certas condições conduzem que os sistemas operem de modo unificado. Exemplo disso são os contratos, que representam

operações econômicas, mas que também se apresentam como elementos do direito das obrigações (operações jurídicas). (Viana, p.268, 2015).

Os acoplamentos estruturais representam desta forma uma das principais vias de interferência intersistêmicas. Configurando-se em uma das principais formas de relação entre os sistemas com capacidade de produzir adaptações evolutivas dispostas a solucionar a questão da dupla contingência no nível dos sistemas sociais.

Ao concebermos a sociedade funcionalmente diferenciada pela via da teoria dos sistemas sociais, os problemas do sistema do direito extrapolam a observação de problemas relacionados a uma comunicação intersubjetiva.

Como visto, os sistemas psíquicos têm importante papel na estruturação do social, sendo fundamentais para a comunicação, que é matéria basal de todos os sistemas, o acoplamento com as consciências para a produção da comunicação (Luhmann, 2016a), mas encontram-se no ambiente dos sistemas e não em sua composição.

Diante da realidade sistêmica, de uma sociedade funcionalmentediferenciada, que condições sustentariam uma descrição da mediação judicial como um instrumental de uma cultura de paz contraposta a uma cultura litigiosa comobase de uma manifestação da baixa efetividade da mediação como a que tivemos a possibilidade de descrever no capítulo 2?

Não conseguimos elencar essas condições, ou ao menos as descrevemos como condições parciais do problema da efetividade. Identificamos através do paradigma sistêmico que os problemas de efetividade da mediação judicial de conflitos estão vinculados a dinâmica dos problemas de limitações à comunicação intersistêmica, dimensão que sequer é alcançada por uma perspectiva que leve em conta somente a comunicação intersubjetiva.

Até aqui pudemos descrever a origem da mediação judicial conflitos na perspectiva sistêmica, como a formulação de complexidade interna do sistema social do direito que tem como escopo promover uma sensibilização a abertura cognitiva e incrementar as possibilidades de comunicação intersistêmica.

Seguindo nesta trilha é que passamos a descrever a mediação judicial de conflitos dentro da dinâmica dos acoplamentos estruturais do sistema do direito, como uma aquisição evolutiva do sistema do direito que pode contribuir com o problema do impacto das relações intersistêmicas. A seguir passaremos a delinear a estratégia da mediação judicial de conflitos como resposta ao problema da comunicação

intersistêmica.

3.3 A MEDIAÇÃO JUDICIAL DE CONFLITOS NA DINÂMICA DO ACOPLAMENTO ESTRUTURAL DO SISTEMA DO DIREITO COMO RESPOSTA AO PROBLEMA DA COMUNICAÇÃO INTERSISTÊMICA.

Neste item buscaremos desenvolver a descrição da mediação judicial de conflitos a partir da distinção sistema ambiente buscando localizá-la na estrutura do sistema do direito na dinâmica da abertura cognitiva do sistema.

3.3.1 Considerações iniciais

Estabelecida a premissa da sociedade moderna, composta por um processo construtivo de diferenciação que estabiliza a complexidade através da articulação de subsistemas sociais autopoieticos passamos a localizar a mediação judicial e conflitos dentro deste novo universo.

A perspectiva sistêmica abre um enorme campo de possibilidades de investigação da mediação judicial de conflitos da sociedade, diferente da perspectiva tradicional que estabeleceu uma espécie de esgotamento do tema indicando a sua evolução a um processo de “revolução cultural”.

Ao contrário do esgotamento de possibilidades da perspectiva tradicional, com a perspectiva sistêmica ficamos diante de um número de possibilidades tal que devemos estabelecer algum arranjo de seleção para que a nossa investigação se conforme aos limites de uma dissertação de mestrado.

Poderíamos refletir sobre a perspectiva dos sistemas de interação, o impacto e possibilidades dos movimentos de protesto, ou mesmo tentar traçar uma descrição pormenorizada no nível organizacional da mediação. Poderíamos refletir sobre as relações dos sistemas psíquicos com os sistemas organizacionais da mediação, dos sistemas psíquicos entre si, sobre o contexto das comunicações produzidas enfim uma infinidade de novas dimensões para a mediação judicial de conflitos.

Deste modo tentamos a seguir demonstrar os influxos que nos levaram a localizar a mediação judicial de conflitos na paisagem da abertura cognitiva dos sistemas sociais, para tanto fizemos uma breve reflexão indicando leituras de autores do campo da teoria sistêmica que nos influenciaram nesta perspectiva e aqui

registramos inclusive como incentivo para futuras pesquisas.

A apresentação se deu na forma de um panorama que demonstra o interesse de autores pós-luhmanianos pela relação intersistêmica, não tendo a pretensão de descrever em pormenores suas investigações apenas indicando o interesse que demonstra a atualidade e importância do tema.

3.3.2 A orientação para abertura cognitiva

O conceito de autopoiese é central para a teoria da sociedade de Niklas Luhmann. durante muitos anos por sua importância acabou monopolizando a produção teórica a respeito da teoria dos sistemas sociais.

Junto a esta marca também houve grande interesse em se descrever a operação do código do sistema do direito em seu aspecto de fechamento operacional. A observação sobre as operações ligadas ao procedimento de decisão através do qual se processava a legitimação do direito (Luhmann, 1980).

A função de estabilizar expectativas normativas apontada por Luhmann como escopo do sistema do direito dependia de um conjunto de operações, programas condicionais e instituições que estabeleciam as decisões em razão de um procedimento capaz de garantir a generalização de expectativas imunizadas contra a contingência fática regente de uma sociedade mundial complexa.

Em uma apresentação da tradução do livro Legitimação pelo procedimento de Niklas Luhmann, o professor Tércio Sampaio Ferraz Jr chama atenção para a perspectiva de nova definição do direito inaugurada pela teoria dos sistemas. As operações do sistema do direito buscariam imunizar as expectativas contra fatos que as desafiam, o direito operaria uma estabilização entre instituições, normas e núcleos significativos que não se apresentam de maneira convergente na sociedade hipercomplexa (Luhmann, p.3, 1980).

Esta definição do direito apresentando a legitimidade através do procedimento focava no fechamento operacional do sistema, suas operações fundamentais, suas decisões. Luhmann articulava a partir da teoria da sociedade a descrição do mecanismo de diferenciação do sistema do direito e por motivos óbvios esta questão atraiu maior ênfase na produção científica e divulgação.

Um outro lado desta visão autopoietica, que enfatiza o fechamento operacional do sistema do direito e sua autorreferência, é a possibilidade de resposta ao ambiente

e a outros sistemas, sua interpenetração e as comunicações intersistêmicas, a abertura cognitiva que viabiliza a evolução das estruturas dosistema.

Arthur Stamford da Silva implementa uma pesquisa através de uma proposta de observação sobre como se constrói o sentido do direito em um amplo campo de comunicações sociais. De modo original denomina “Comunicativação” esta perspectiva que articula elementos da teoria dos sistemas sociais autopoieticos, da etnometodologia, do realismo crítico e pragmática, e que tem como foco de atenção a decisão jurídica que produz o sentido do direito, vista de forma ampliada como decisão judicial, dos juízes, decisão judiciária, dos demais profissionais da área jurídica (advogados, promotores, oficiais de justiça etc.) e decisão sociojurídica, tomada pela sociedade em contexto não profissional do jurídico (direito achado na rua, direito vivo) (Da Silva, 2021, p. 46).

Percebemos na proposta da “comunicativação” que muito embora se mobilize para observar a decisão acaba por executar uma ampliação do conceito de decisão, de modo que o interesse se volta para um ponto além do fechamento operacional do sistema, busca-se de forma ampla como o sistema do direito aprende, revelando o interesse acerca da comunicação intersistêmica. O foco da observação é dado às comunicações que são capazes de mobilizar o aprendizado do sistema do direito incluindo-se em seu espectro acordos judiciais que são investigados sob as condições da diferença sistema/ambiente (Da Silva, 2021, p. 223).

Leonel Severo Rocha e Luis Gustavo Gomes Flores realizam uma investigação em que a partir de uma perspectiva sistêmica construtivista buscam uma releitura do conceito de resiliência aplicado ao direito. A proposta se concentra rapidamente na necessidade de observar as possibilidades simbólicas da resiliência expandindo o olhar, afastando-se de realizar uma análise conceitual analítica e determinista. (Rocha, Flores, 2016).

Ao contrário, de acordo com a proposta dos pesquisadores a resiliência se apresenta como uma forma diferenciada que facilita a reflexão a respeito da necessidade do sistema do direito de se desenvolver a partir de um mecanismo de autorreferência e heterorreferência em que tanto maior é a capacidade de aprender com o ambiente conforme maior é a capacidade de desenvolvimento interno (Rocha, Flores, 2016, p.87).

Nesta perspectiva também podemos encontrar um interesse voltado para o processamento da comunicação intersistêmica sendo a resiliência uma forma a partir

da qual é possível se realizar a reflexão sobre os processos de resposta do direito ao ambiente.

Rafael Lazzaroto Simioni propõe uma investigação que tem como objetivo debater a respeito das possibilidades da comunicação intersistêmica, refletindo sobre o exemplo das conexões entre direito ambiental e ecologia situa em perícias técnicas do sistema da ciência um caminho de construção dessas mediações entre os sistemas (Simioni, 2011).

Em sua proposta teórica Simioni reflete sobre a possibilidade de mediações entre problemas que envolvem ecologia, direito e economia através da institucionalização de estruturas de codificação secundária, capazes de produzir acoplamentos estruturais entre os sistemas da sociedade. Indo adiante sugere um procedimento decisório, que denomina planejamento reflexivo, capaz de oferecer respostas dentro do código operativo do sistema do direito, mais sensíveis à policontextualidade do ambiente (Simioni, 2011, p.197).

Novamente o processo decisório é tema central de uma reflexão que focaliza as possibilidades de abertura cognitiva e resposta do sistema do direito a seu ambiente. Partindo do problema ambiental o traçado que é definido para o planejamento reflexivo poderia facilmente se adequar à descrição de procedimentos de mediação judicial de conflitos e de processos estruturais coletivos.

A simples reflexão a respeito do resultado decisão judicial ou acordo judicial já nos permite ampliar a visão existente sobre a mediação de conflitos. Os procedimentos jurisdicional e de mediação judicial de conflitos poderiam ser vistos de modo independente, como formas de diferença não implicadas diretamente. Contudo diante do déficit de tratamento do tema na perspectiva sistêmica acabamos centrando nossa atenção na mediação enquanto procedimento diverso da decisão judicial, reiteradamente vindo em seu socorro.

Walber Araujo Carneiro em sua proposta de reconstrução teórica apontando a teoria ecológica do direito também parte do paradigma sistêmico para observar além do sistema do direito. Neste movimento de observação das relações intersistêmicas e entre os sistemas e o ambiente consegue produzir uma descrição dos direitos fundamentais como eclusas do fluxo de sentido. Os direitos fundamentais funcionariam em uma perspectiva do ambiente como abertura e na perspectiva interna do sistema como comporta, fechamento (Carneiro, 2018).

A análise dos direitos fundamentais não como conceito estático, mas em suas

dinâmicas funcionais, dentro da sociedade nos permite observar fora dos limites de uma perspectiva puramente interna do direito. A constituição federal, exemplo clássico de acoplamento estrutural, é compreendida a partir de diversos pontos de reflexão de modo que conseguimos montar um mapa com alcance intersistêmico.

A orientação da pesquisa para a observação dos impactos da comunicação jurídica para fora do sistema do direito demonstra o relevante enriquecimento mesmo de temas clássicos como os direitos fundamentais.

Gunther Teubner (2005), ao estabelecer a armadilha epistêmica como questão da sociedade moderna formada por diferentes sujeitos epistêmicos, indica como possível saída a procedimentalização do conflito entre direito e ciência.

Nesta perspectiva o sistema do direito em situações de conflito envolvendo interesses de diversos subsistemas se encarregaria de estabelecer o procedimento jurídico que dita os pressupostos, e o método cognitivo de construções da realidade em vez de se limitar a validá-las ou rechaçá-las.

Ulisses Schwarz Viana (2011), vai identificar a repercussão geral como uma possibilidade de abertura do sistema do direito que poderá observar acoplamentos entre direito, economia, política e outros sistemas sociais produzindo decisões orientadas para os impactos da função do direito no sistema da sociedade.

Como podemos ver diante da impossibilidade de comunicação direta entre os sistemas se apresentam equivalências capazes de garantir a evolução e respostas as demandas do ambiente da sociedade. Este tema vem sendo observado com interesse cada vez maior por diversos pesquisadores que utilizam a teoria dos sistemas sociais autopoieticos, de formas variadas e criativas, indo além dos temas profundamente explorados por Luhmann em sua vasta obra.

As conclusões das investigações destes autores nos incentivaram a buscar relacionar a mediação judicial de conflitos à dinâmicas na periferia do sistema, mais ligadas a abertura cognitiva que ao fechamento operacional.

Voltados para a participação da mediação judicial de conflitos em sua relação com a abertura cognitiva do sistema do direito mais especificamente no que toca a construção de soluções de conflitos informadas por razões que vão além do jurídico, podemos localizar a dinâmica dos programas condicionais e dos acoplamentos estruturais (Luhmann, 2016b, p.219).

As leituras que fizemos sobre o que se havia produzido até então sobre o tema já refletiam profundamente os aspectos mais ligados ao procedimento da mediação

judicial de conflitos, principalmente após o advento da Lei de Mediação e do Código processual civil de 2015, buscamos estabelecer uma compreensão do procedimento que torna a mediação um espaço em que podem operar razões de origem afetiva, de campos específicos como saúde, cultura local, meio ambiente e novos direitos.

Assim reconhecemos que a mediação judicial e conflitos não soluciona somente conflitos complexos, algumas demandas serão simples e mais previsíveis demandando soluções consistentemente programadas, mas a descrição da solução deste tipo de demanda já é alcançada de certa maneira pela descrição parcial da perspectiva tradicional, resolvemos nos focar no que não se mostrava sem a perspectiva sistêmica.

Seguindo nesta trilha o conceito de acoplamento estrutural se apresentou como chave para pensar a mediação judicial de conflitos sob uma nova luz, como nos propusemos neste trabalho, uma vez que a partir dele localizamos a mediação judicial de conflitos em seu aspecto de organização que permite a formação de acordos judiciais (decisões) informados por razões que vão além do direito.

3.3.3 Mediação judicial de conflitos como resposta ao problema da comunicação intersistêmica.

Estabelecido o que nos levou a uma orientação para a abertura cognitiva do sistema, passemos a descrever a mediação judicial de conflitos como uma resposta ao problema da comunicação intersistêmica.

Leonel Severo da Rocha aponta que para que haja uma grande potencialidade no cômputo das informações de um sistema é necessário que existam suporte estrutural de uma organização. O poder de ressonância de uma comunicação social seria ampliado pela organização (Rocha, Flores, 2016, p.142 - 143).

As organizações na teoria sistêmica são sistemas sociais como empresas, igrejas, universidades e tribunais. Se apresentam operando através de decisões e definem suas próprias regras de pertencimento, papéis e premissas para produzir as suas decisões (Corsi, Esposito, Baraldi, p 32, 1996).

Tal qual os sistemas sociais mais complexos não são constituídos por pessoas, os sistemas psíquicos que se acoplam às organizações são por elastematizados através de seus papéis, cargos, hierarquias e designação de estruturas de decisão. As organizações se compõem de suas operações comunicativas, as decisões.

Luhmann caracteriza as organizações como sistemas sociais autopoieticos que operam sobre a base da produção de decisões a partir de suas próprias decisões. A decisão é indicada como um processo de seleção entre alternativas. A partir da decisão primeira sobre a inclusão de participantes a organização estabelece as premissas para futuras decisões. A decisão se manifesta como a escolha de uma entre várias opções. Desta maneira uma organização tem como substância a comunicação de decisões (Luhmann, p.659 e seg.).

Os sistemas de organização não se confundem com os sistemas sociais, seus âmbitos podem se formar no interior de sistemas sociais ou fora deles. Luhmann destaca uma importante distinção das organizações:

(...)las organizaciones tienen además la posibilidad de comunicarse con sistemas en su entorno. Constituyen el único tipo de sistema social que dispone de esta posibilidad? Si se quiere adquirirla hay que organizarse. Este comunicar-se hacía-fuera pressupone la autopoiesis sobre la base de decisiones, Y en efecto: al interior del sistema la comunicacion solo puede efectuarse en la red recursiva de la propia actividad decisoria del sistema, es decir, solo puede realizarse como decision; de otra manera no se podria reconocer como comunicacion propia. La comunicacion hace fuera no contradishe, entonces, la pressupone. (Luhmann, p.661)

Luhmann ainda vai destacar que nenhuma organização pode atrair para si todas as operações do sistema e executá-las como se fossem suas próprias operações. Nas palavras de Luhmann:

Siempre hay educacion fuera de las escuelas y las universidades. Los tratamientos medicos tienen lugar no solo en los hospitales. La organizacion del sistema politico denominada Estado produce precisamente el efecto de que existen actividades politicas referidas al Estado que no se desempeñan como decisiones estatales. Y, naturalmente, se recurre a las organizaciones del sistema del derecho (em particular a los tribunales), solo cuando la comunicacion legal/ilegal – que se apresenta fuera de la organizacion – lo juzga recomendable. (Luhmann, p.661)

Nesta ótica os centros que operam a mediação judicial de conflitos no sistema do direito podem ser descritos como organizações na medida em que operam com a produção de comunicações especializadas como decisões, os acordos judiciais, bem como a programação que estabelece as premissas do procedimento e seus postos.

A construção de um acordo judicial que não representa a subsunção de um caso fático a uma programação condicional do direito simplesmente, permitindo a interpenetração de outras razões além da jurídica, indica a existência de irritações provenientes de outros sistemas e do ambiente que implicaram na decisão engendrada.

A despeito de não poder o sistema do direito se comunicar com seu ambiente através de sua unidade, através da organização da mediação judicial de conflitos é possível estabelecer acoplamentos com os mais variados sistemas sociais e sistemas psíquicos.

Conforme já salientado o sistema do direito se constrói a partir de seus próprios elementos, o direito só vê o direito e só comunica direito, de modo que se torna fundamental atentarmos para a ressonância que as irritações do ambiente lhe provocam e como o fazem. E a forma como isto é descrito na teoria dos sistemas sociais é o acoplamento estrutural.

Através do procedimento da mediação judicial se parte de uma decisão que delimita os conflitos como adequados a uma decisão produzida pela atuação das partes mediada por um terceiro. Temos, pois, a constituição de um processo de decisão que permite a tomada de decisões.

O acordo judicial produzido desta maneira tem a possibilidade de se constituir em uma decisão que seleciona entre alternativas programadas condicionalmente pelos sistemas, mas também pode, se abrindo para a cognição e irritação de outros sistemas sociais promover uma seleção adaptativa que ao fim do circuito, deverá se adequar a forma da comunicação jurídica.

O acordo judicial pode acoplar incluindo elementos de sentido da comunicação especializada de outros sistemas de modo a sensibilizar o sistema do direito para que se produza uma comunicação jurídica informada. Os elementos de sentido serão observados como irritações de modo que o que pode ser conhecido pelo direito são suas comunicações autorreferentes, produzidas a partir daquela irritação, as decisões consignadas em acordos.

Os conceitos trazidos por Luhmann nos convidam a um processo de reflexão ampla e constante, conforme ele nos exorta já no prefácio de sua obra “O Direito da sociedade”. Como os conceitos são construídos de forma abstrata é necessário que sejam compreendidos em consonância e nas posições refletidas pela teoria social. Sendo desta forma possível o emprego dos conceitos sistêmicos dentro das diversas esferas disciplinares da sociedade (Luhmann, 2016, p.7).

Desta maneira tivemos que vencer uma tendência muito comum na pesquisa jurídica de querer encaixar perfeitamente um fenômeno de análise dentro dos parâmetros de um conceito teórico. O conceito de acoplamento estrutural se apresenta mais como uma dinâmica que envolve a operação do sistema do que com

uma descrição rígida e estanque.

Deste modo localizamos a mediação judicial de conflitos como um sistema organizacional, e a decisão por ela produzida, o acordo judicial como possibilidade de acoplamento estrutural entre o sistema do direito e outros sistemas sociais.

O processo de produção do acordo não permite o conhecimento direto das razões especializadas de decidir presentes em outros contextos sociais, contudo, a irritação frequente destes elementos de sentido pode promover dentro do processo de produção de decisões do direito a constituição de mudanças em suas programações que podem operar uma adaptação às demandas do ambiente.

Na lei de Mediação o art. 35 ao estabelecer a possibilidade de construção de acordo por adesão, sendo as premissas estabelecidas por resolução a disciplinar os requisitos e condições para a decisão, se manifesta um claro exemplo de como os acordos judiciais podem afetar a programação condicional do sistema do direito (BRASIL, 2015).

Por um lado, identificamos neste exemplo a mobilização de uma solução se aproximando do fechamento operacional do sistema, ainda que os acordos que informarão a resolução tenham se dado no contexto da abertura cognitiva.

De outro lado também podemos ver neste caso um bom exemplo da possibilidade de resposta ao problema da comunicação intersistêmica com a operação de um sistema do direito que foca no procedimento como fórmula para induzir seu impacto nos demais sistemas, a partir da comunicação jurídica que reconhece outros contextos comunicacionais da sociedade diferenciada.

Ulisses Schwarzz Viana (2011) esclarece que “os acoplamentos estruturais e a autorreferência do sistema estabelecem uma relação ortogonal entre si. Ou seja, mesmo que eles possam se pressupor, não podem eles mutuamente se determinar.” (Viana, 201, p.166).

O conceito de acoplamento estrutural é necessário desta forma para explicar o processo de abertura cognitiva dos sistemas autopoieticos. O processo de diferenciação do sistema garante a sua autorreferência e autorreprodução, construindo e selecionando um sentido que reduz a complexidade externa do ambiente, ao passo que aumenta a complexidade interna do sistema.

Esta dinâmica entre o fechamento operacional e a abertura cognitiva não elimina a complexidade e a contingência, de modo que o processo se perpetua sendo provocado e suspenso pela característica fundante do ambiente, um horizonte de

infinitas possibilidades contingentes.

A constituição federal, o contrato e a propriedade são exemplos de acoplamentos estruturais entre os sistemas do direito, da política e da economia apresentados por Luhmann. Contudo o raciocínio circular manejado impõe que a dinâmica do conceito de acoplamento estrutural só possa ser observada e descrita na perspectiva da teoria sociológica, ou seja, a partir do estabelecimento de elementos relacionais como o sistema e suas operações, e o ambiente e suas possibilidades, irritações (Luhmann, 2016, p.594).

Partindo desta reflexão podemos localizar a mediação judicial dentro da dinâmica do acoplamento estrutural entre direito e outros sistemas, podendo os acordos estabelecidos constituírem este espaço de acoplamento. Os acordos construídos pelo procedimento da mediação judicial de conflitos podem funcionar tal qual os contratos funcionam no acoplamento entre direito economia, só que em seu caso o acoplamento poderia se dar entre o direito e diversos sistemas.

A partir desta observação poderíamos verificar acordos entabulados através de um processo de mediação judicial de conflitos que articulem razões pertencentes ao sistema familiar privado, ou questões que possam ser solucionadas por regras pertencentes ao sistema das artes, da saúde etc.

Embora o uso desta perspectiva possa ser adequado às soluções de problemas individuais, a tendência seria que problemas de alcance coletivo pudessem ser mais bem observados e solucionados nessa visão da mediaçãojudicial de conflitos como dinâmica de acoplamento estrutural. Essa visão iria convergir de forma bastante adequada na solução de problemas em que se observa a necessidade de processos estruturais, embora não haja espaço nesta investigação para esta descrição pormenorizada diante de nossos objetivos mais panorâmicos.

A mediação judicial de conflitos como acoplamento estrutural também pode dar conta de reflexões entre o sistema do direito e os sistemas psíquicos, e estesia seria um tema bastante interessante, mas não é nosso foco nessa pesquisa. Buscamos focar o acoplamento entre o direito e outros sistemas sociais somente, deixando a questão do acoplamento entre sistema do direito e sistemas psíquicos para futuras pesquisas.

A observação da mediação judicial de conflitos na dinâmica dos acoplamentos estruturais focaliza nossa atenção na questão de fundo de um considerável setor de conflitos modernos. A armadilha epistêmica citada por Teubner (2005), o problema

ecológico descrito por Leonel Severo da Rocha (2014), o problema da comunicação intersistêmica indicado por Rafael Lazzarotto Simioni (2016), o problemas dos impactos da comunicação jurídica em seu ambiente retratados por Walber Araujo Carneiro (2020).

A dinâmica dos acoplamentos estruturais relacionada a mediação judicial de conflitos atrai um importante perspectiva para este procedimento uma vez que denota sua fundamentalidade no processo que garante a adaptação do direito.

Esta reflexão por si já revelaria um acréscimo ao que vem sendo produzido e descrito sobre a mediação judicial de conflitos, uma vez que extrapola completamente uma visão do procedimento de mediação como alternativo ou suplementar à jurisdição, e desterritorializa a crise do judiciário indicando um conflito constante entre sistemas sociais que marca a forma da sociedade moderna diferenciada, extrapolando a própria noção tradicional de conflito envolvendo indivíduos e coletividades.

3.4 CONTEXTO E RESULTADOS DA MEDIAÇÃO JUDICIAL COMO RESPOSTA AO PROBLEMA DA COMUNICAÇÃO INTERSISTÊMICA.

Na perspectiva sistêmica a mediação judicial de conflitos não se apresenta como mais uma porta em um sistema multiportas, mas sim como a porta adequada para um aumento da sensibilidade do direito a seu ambiente.

Assim pensamos inicialmente em um paralelo entre a mediação e a decisão judicial encontrando-se a mediação na periferia e ligada a abertura cognitiva do sistema ao passo que a decisão judicial se fecha e se liga mais ao código binário direito/não direito.

É evidente que tratando-se da estrutura de uma sociedade complexa este paralelo não é absoluto, podemos encontrar na dinâmica da mediação comunicações como a distinção entre direitos disponíveis e indisponíveis que funciona como um regulador para selecionar o que será adequadamente submetido a mediação e o que não pode ser alvo deste tipo de operação. Como vimos enxergamos a mediação judicial de conflitos no contexto das organizações sociais.

Estas observações não são estanques é claro que podemos visualizar a mediação utilizando o processo de fechamento no que diz respeito a sua programação condicional assim como o processo decisório também pode se abrirem diversos fenômenos conhecidos como o processo estrutural ou a repercussão geral (Viana,

2011).

Neste sentido a investigação conseguiu observar as dimensões que se iluminaram ao conceber a mediação judicial de conflitos dentro da dinâmica de abertura cognitiva do sistema do direito, o acoplamento estrutural encontrado neste processo algumas vezes poderia se apresentar através dos acordos fruto da prática da mediação, e de outras vezes poderia ser localizado na própria legislação quando estabelece a possibilidade de uso da mediação como meio de solução de litígios.

Nesta trilha o sistema do direito que teria como função promover a generalização congruente de expectativas normativas, operando com um código lícito/ilícito e se abrindo cognitivamente para o ambiente e outros sistemas através de acoplamentos estruturais, teria no processo de mediação judicial de conflitos uma possibilidade de operar a estabilização a partir da sensibilidade a irritações do ambiente e de outros sistemas (Luhmann, 2016).

Para se diferenciar de um ambiente com uma infinidade de expectativas o sistema do direito seleciona as expectativas normativas não abordando outros tipos de expectativas existentes. O processo da mediação judicial se reportaria a esta função de modo fundamental.

Se os sistemas não tivessem o fechamento operativo perderiam sua distinção e acabariam se desdiferenciando perdendo sua função. Se lhes faltasse a possibilidade de abertura cognitiva seriam estruturas estáticas que não dariam conta da contingência da sociedade complexa vulnerando seu equilíbrio autopoiético (Luhmann, 2016).

Para resolver a contingência de uma sociedade complexa se apresentam os sistemas operando códigos comunicativos distintos, operativamente fechados e cognitivamente abertos ao ambiente e outros sistemas (Luhmann, 2016).

Assim como podemos observar a jurisdição no conjunto de programas, instituições e papéis do sistema do direito, disposta em uma posição mais próxima ao fechamento do sistema operando na proximidade do código binário e na autorreferência, podemos observar em outra disposição a mediação judicial de conflitos situada na dinâmica dos acoplamentos estruturais e na abertura cognitiva do sistema.

Estas duas premissas, jurisdição e mediação não são entes dotados de substância, que pode ser definida, só podemos acessá-los mediante a observação de diferenças, observá-los como produtos comunicacionais do sistema da sociedade.

De modo que assim podemos situá-los como sistemas de organização que operam decisões especializadas no sistema do direito da sociedade.

A sociedade moderna é marcada pela diferenciação funcional estabelecida por diversos subsistemas autônomos, auto descritivos, diferenciados, fechados operativamente, cognitivamente abertos e em decorrência dessas características autopoieticos (Luhmann, 2016).

A legitimação do código operativo do direito se funda no seu procedimento capaz de a partir de seus próprios elementos promover a segurança necessária à generalização congruente de expectativas normativas, promovendo a diferenciação, autonomia e abertura cognitiva do sistema em um fluxo de equilíbrio autopoietico (Luhmann, 1980).

A característica policêntrica de determinados problemas estruturais que o direito enfrenta é uma concretização de uma reprogramação do sistema do direito buscando viabilizar a transcrição de demandas de outros subsistemas sociais dentro do sistema do direito.

O influxo de um estudo científico a prescrever um plano de vacinação de modo a debelar uma pandemia atua em uma comunicação típica do sistema da ciência, para ser transcrita para o direito necessita de uma estabilização institucional.

Este processo de estabilização e institucionalização pode ser representado por uma decisão ou por um acordo judicial (assim como poderia ser representado por uma perícia, uma audiência pública, um parecer). A perspectiva que aqui trazemos é da maior adequação do procedimento de mediação judicial na solução destes problemas que exigem a sensibilização do sistema do direito para razões não jurídicas.

Esta compreensão da mediação judicial de conflitos como sistema organizacional, disponível ao sistema do direito para produzir decisões que possam processar problemas ecológicos, resultantes da necessidade de interferir em outros sistemas, produzir acoplamentos que sensibilizem o sistema do direito para promover uma adaptação de suas estruturas a estes problemas implica num entendimento da efetividade do instituto em termos ampliados.

Os problemas de comunicação intersubjetiva que se baseiam em um modelo de sociedade formada por indivíduos, só dão conta da compreensão parcial dos conflitos e relações da sociedade moderna.

A sociedade moderna é constituída por sistemas sociais autopoieticos que operam através de comunicações recursivas, que se fecham sobre si mesmos, tendo

os seres humanos como seu ambiente. A função do direito de estabilização de expectativas normativas não pode prescindir da dimensão da relação intersistêmica e da restrita comunicação possível.

Para a perspectiva tradicional a origem da mediação judicial de conflitos é a resposta a um problema de acesso á justiça e tutela adequada de direitos, a resposta foi articulada com um processo que a institucionaliza como procedimento adequado à solução de determinados conflitos que demandam uma participação maior das partes e participação de um terceiro imparcial, como resultado contextual temos uma baixa difusão de sua pratica apesar de todos os esforços, situação que é explicada por uma cultura do litigio que resiste a uma cultura de paz. Os problemas de efetividade da mediação judicial de conflitos são explicados no contexto de um problema de comunicação intersubjetiva e demandam ações dos sujeitos.

Para a perspectiva sistêmica aqui apresentada a descrição é diversa. O problema de origem da mediação judicial de conflitos é a necessidade de se dispor para estabilização de expectativas normativas uma distinção que possibilite a solução através de uma decisão com maior participação dos outros sistemas da sociedade. A resposta articulada é a mediação judicial e conflitos articulada como organização possibilitando a consecução de decisões (acordos judiciais) que funcionem como acoplamentos estruturais entre o direito e outros sistemas sociais. Os resultados dão conta da descrição do problema da comunicação intersistêmica como problema de efetividade da mediação judicial de conflitos. Deste modo a efetividade é garantida mais por uma aplicação da mediação a conflitos complexos do que por sua massificação.

Os ganhos de compreensão sobre a mediação judicial de conflitos a partir da perspectiva sistêmica foram já descritos. Contudo se o problema da efetividade da mediação judicial de conflitos não é só um problema da comunicação intersubjetiva, e sim também de comunicação intersistêmica como é possível solucionar este problema?

O que podemos fazer a partir do direito para constituir soluções pragmáticas para conflitos que envolvem a comunicação especializada de vários sistemas como os conflitos ambientais, os conflitos de regulação tecnológica, os conflitos bioéticos etc.?

Em outros termos até aqui a teoria dos sistemas sociais nos permitiu recolocar a questão da mediação judicial de conflitos do paradigma tradicional de “o que é” para

o como é possível a mediação judicial de conflitos da sociedade. A teoria sistêmica nos auxilia a promover uma melhor descrição e compreensão da realidade, mas por seu caráter de teoria omniabarcadora, não se focaliza em possibilidades pragmáticas.

O passo seguinte após uma melhor compreensão do tema é o de construir soluções a partir desta visão ampliada. Como produzir mecanismos para enfrentar a dupla contingência intersistêmica? Quais as possibilidades construídas pelo direito em suas operações que podem utilizar a mediação judicial de conflitos como forma de influenciar os outros sistemas e observar os impactos desta influência no ambiente?

Este próximo passo em nossa investigação busca propor solução para conflitos ecológicos, intersistêmicos a partir do direito e como tal será apoiado por uma teoria ecológica do direito.

4 ANÁLISE ECOLÓGICA DO DIREITO E MEDIAÇÃO JUDICIAL DE CONFLITOS

O presente capítulo tem como objetivo articular repercussões pragmáticas da compreensão da mediação judicial de conflitos adquirida com o apoio da teoria dos sistemas sociais autopoieticos.

Para além da descrição da mediação no contexto do problema de comunicação intersistêmica buscamos pensar em um procedimento que permita a leitura dos casos submetidos à mediação a partir da lente sistema/ambiente.

Em seguida propomos que a compreensão da mediação judicial de conflitos a partir do princípio funcional da integridade/sustentabilidade poderá promover uma irritação no subsistema do direito afim de que se autorregule e incorpore em sua comunicação jurídica uma mediação judicial de conflitos sensível a problemas de colisão intersistêmica.

4.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Se a teoria dos sistemas sociais nos permitiu observar o direito como sistema, refletir sobre sua função e compreender suas estruturas presentes (e sua evolução), observar o direito como construção comunicativa da sociedade em lugar de um dado da realidade a ser conhecido, uma teoria ecológica do direito estabelece seu foco na compreensão dos impactos desse sistema no ambiente e na ressonância provocada pelas irritações e demandas de outros sistemas da sociedade e do ambiente neste sistema.

A análise ecológica do direito aprecia as formas e possibilidades do que pode surtir efeito, no fluxo de sentidos que engendra a evolução das estruturas do direito. Desta forma buscamos compreender diante da impossibilidade de comunicação direta entre o sistema do direito e seu entorno, como se dá o processo de resposta interna às irritações selecionadas, inclusas em seus acoplamentos estruturais e na sua abertura cognitiva. Além de outras formas de sincronia e ressonância intersistêmicas.

Passamos do diagnóstico descritivo proposto pela teoria dos sistemas autopoieticos da sociedade a uma posição mais pragmática, não de modo ingênuo, com uma ilusão de controle, mas como planejamento e reflexão das possibilidades de uma ecologização das observações realizadas pela ciência em diálogo com a auto-observação do sistema do direito.

Deste modo a comunicação do sistema científico pode buscar ressoar no sistema do direito promovendo uma auto-observação do direito de compreensão maior de suas estruturas e adaptabilidade as demandas ambientais.

Para apresentar esta análise ecológica da mediação judicial de conflitos aqui descrevemos a proposta de reconstrução das teorias gerais do direito articulada por Walber Araújo Carneiro (2020a), e em seguida já como resultado deste trabalho de releitura, analisamos a possibilidade de utilizar a perspectiva ecojurídica na construção dos casos submetidos à mediação e na prestação da mediação judicial de conflitos como meio de solução de conflitos posto à disposição dos demais subsistemas da sociedade.

4.2 RECONSTRUÇÃO TEÓRICA NECESSÁRIA E PREOCUPAÇÃO ECOLÓGICA

A preocupação com a relação existente entre a teoria do direito e a sua prática é uma constante reflexão em nossa produção científica. O sistema do direito produz uma auto-observação e descrição relacionada a sua prática com o fim último de estabilizar expectativas normativas demandadas pela complexidade social.

Luhmann indica que a produção de teorias do direito tem como escopo satisfazer uma necessidade de ensino do direito bem como de formação de consistência do procedimento, em um primeiro momento elaborando argumentos utilizados pelas partes em processos e em seguida na fundamentação de decisões judiciais (Luhmann, 2016, p.12).

Ao estabelecer a posição da teoria do direito se revela um espaço entre a prática do direito, tanto em sua vertente decisória quanto nos programas de ensino, de modo que as teorias do direito consignam o produto de uma auto-observação do sistema jurídico. Diante disso a teoria do direito não se apresenta como uma teoria reflexiva capaz de descrever a unidade do sistema, o sentido do direito e sua função. Diante deste cenário, Luhmann propõe ser a teoria dos sistemas sociais autopoieticos a melhor opção para se observar o direito da sociedade moderna (Luhmann, 2016, p.14).

A proposta de reconstrução teórica da análise ecológica do direito também identifica a dificuldade da teoria geral do direito em observar elementos estruturais do sistema do direito e realizar uma reflexão que possa superar o ponto cego da auto-observação do direito (Carneiro, 2020a).

Observamos que indo além do propósito de uma sociologia do direito a análise ecológica do direito se apresenta como uma investigação transdisciplinar que se consigna em uma proposta teórica que visa observar os processos de ressonância e respostas internas do direito frente a irritações dos sistemas e do ambiente. O produto de suas observações uma vez comunicado também constituiem si uma irritação com capacidade de promover a autoregulação do direito.

Suas bases epistemológicas estão vinculadas aos paradigmas da fenomenologia hermenêutica de Heidegger, a teoria dos sistemas sociais e a epistemologia da complexidade de Edgar Morin. (CARNEIRO, 2020a, p.39)

A partir deste programa é possível articular as construções teóricas existentes apenas reorientando-as de seus elementos internos do sistema para uma ecologia que leve em conta o ambiente e os outros subsistemas da sociedade. O resultado é a abertura de novas compreensões sobre observações outrora limitadas aos elementos internos do sistema jurídico, condicionadas pela auto-observação do direito.

Como exemplo disso podemos aqui invocar a identificação que Walber Araújo Carneiro faz da condição transubjetiva da comunicação sistêmica do direito e seu reflexo na construção de direitos dos animais e da natureza.

A partir de uma análise ecológica, debruçando-se sobre o problema da inclusão de animais e da natureza como sujeitos de direito, verifica-se que o fato do direito centrar seus programas na figura humana não significa que este seja um caráter essencial, fundante das estruturas do sistema, é apenas reflexo de sua auto-descrição. Uma ecologização desta observação revela que não há motivo para qualquer perplexidade na inclusão de animais e natureza como sujeitos de direito (Carneiro, 2020b, p.39).

Através deste exemplo é possível observar que a mudança da perspectiva de observação, com a articulação da distinção sistema/ambiente, amplia a nossa compreensão sobre a realidade que antes estava limitada por uma visão parcial construída pela autodescrição do direito.

A perspectiva ecológica não invalida as teorias do direito construídas de modo parcial, tendo como parâmetro a autorreferência do sistema do direito, apenas inclui em seu processamento as variáveis de um ambiente comunicacional formado por outros subsistemas da sociedade e pela complexidade ainda não diferenciada, e se interessa pelos conflitos intersistêmicos e as colisões que surgirão dessa dinâmica.

Resistindo a uma tendência de buscar soluções fundadas em elementos

valorativos para propor a reforma de programas condicionais e finalísticos do sistema do direito a análise ecológica se preocupa em realizar uma observação radical das possibilidades presentes no horizonte complexo como forma de potencializar a sensibilização do sistema do direito a comunicações não jurídicas, lidas pelo direito como irritações.

Este processo de sensibilização pode produzir ressonância no sistema do direito de variadas formas. Walber Araújo Carneiro aponta o funcionamento dos direitos fundamentais como comportas a operar um fechamento operativo e uma abertura cognitiva do sistema do direito, estabilizando uma forma de diferença consenso/dissenso (Carneiro, 2018).

Gunther Teubner indica a possibilidade desafiadora de um direito de conflitos intersistêmicos, uma justiça capaz de mediar a necessidade de consistência interna do sistema jurídico e as necessidades funcionais de outros subsistemas da sociedade em colisão. Exemplos do advento desta evolução são as cláusulas gerais ressalta. Uma evolução que modificaria a justiça de um caráter vertical de aplicação de programas condicionais fundados na justiça divina e no direito positivo, para um caráter horizontal em que se contrabalanceariam a consistência do direito positivo e as exigências de uma multiplicidade de subsistemas sociais autopoieticos (Teubner, 1993, p.244).

A grande questão que se coloca é se esbarramos na impossibilidade de fazer algo além do que descrever a evolução das estruturas do direito sem possibilidades de interferência ou se seria possível executar reflexões e descobrir possibilidades de resposta do direito a estes conflitos intersistêmicos.

A análise ecológica do direito toma posição se propondo a observar as teorias do direito a partir da diferença sistema/ambiente, e mais do que isso refletir sobre as possibilidades de ressonância e comunicação intersistêmica através de acoplamentos estruturais, formas de codificação secundária, direitos fundamentais e outros elementos que se mostrem capazes de expressar a sensibilização do direito às demandas ambientais.

No capítulo anterior através da contribuição da sociologia de Niklas Luhmann pudemos descrever um novo modelo de sociedade, a sociedade diferenciada funcionalmente, e a partir de suas características de complexidade e contingência se tornou possível compreender que o problema da efetividade da mediação judicial de conflitos não se restringe a conflitos intersubjetivos simplesmente, se configurando

uma nova dimensão de problemas de colisão de contextos de sentido distintos, a colisão entre os sistemas sociais.

A perspectiva sistêmica rompe com a ideia que propõe que já compreendemos suficientemente a mediação judicial de conflitos, já possuímos um sistema normativo exaustivo e a conformação de uma justiça multiportas e uma política de tratamento adequado de conflitos, dependendo somente de uma revolução cultural que faça uma cultura de paz derrotar a predominante cultura do litígio.

A partir da perspectiva sistêmica pudemos compreender a mediação judicial de conflitos como sistema organizacional que possibilita a produção de acordos judiciais (decisões) que podem configurar acoplamentos estruturais a sensibilizar o sistema do direito para elementos de sentido dos demais sistemas da sociedade.

Contudo apesar da perspectiva sistêmica ainda é possível que a mediação judicial de conflitos continue tendo seu uso massificado, focado em conflitos compreendidos de modo menos complexos e que o direito continue reputando a melhora dos resultados de efetividade a ações humanas e a uma revolução cultural.

Diante deste cenário como poderíamos pensar a mediação judicial de conflitos, articulando a sua compreensão na dinâmica da abertura cognitiva dos sistemas, favorecendo a constituição de acordos judiciais que representem acoplamentos estruturais que promovam o impacto do direito nos demais sistemas? E em seguida sensibilizar uma autoregulação do sistema do direito que pudesse levar essa nova compreensão a resultados práticos? Como descrever o procedimento da mediação judicial de conflitos de acordo com a perspectiva sistêmica?

Em primeiro momento imaginamos a existência de algum tipo de normatividade que atravessasse os sistemas, mas esta perspectiva nos traria de volta à tradição de construir um centro fundante do funcionamento das diversas esferas sistêmicas da sociedade, que Luhmann revelou imprópria para descrever empiricamente a sociedade moderna. (Luhmann, 2016)

Em segundo momento passamos a imaginar alguma possibilidade de comunicação sistêmica que teria escapado a descrição de Luhmann, talvez a mediação judicial como uma organização pudesse comunicar algo do direito para os demais sistemas, mas ficou claro que esta possibilidade comunicativa das organizações não é capaz de observar a unidade do sistema, as organizações comunicam somente suas decisões especializadas, sequer faria sentido falar em sistemas organizacionais se assim não fosse. (Luhmann, 2006)

Só nos restou encarar a realidade da dupla contingência manifestada no nível dos sistemas e diante da improbabilidade da comunicação sistêmica, as possibilidades de irritação que permitiriam uma influência que pudesse sensibilizar outros sistemas a se auto-organizar.

Neste ponto recorremos a proposta metodológica de intervenção intersistêmica desenvolvida por Aldo Mascareño (2011), denominada orientação sistêmica contextual, para numa perspectiva ecológica do direito descrever um procedimento para a mediação judicial de conflitos sensível à comunicação intersistêmica.

Em seguida fazemos uso da reconstrução principiológica proposta pelo professor Wálber Araújo Carneiro, para realizar a leitura da mediação judicial de conflitos através do princípio da integridade/sustentabilidade, compreendendo que a prestação de sustentabilidade demandada pelo ambiente tem a possibilidade de encontrar internamente na descrição do direito o procedimento de mediação judicial.

4.3 MEDIAÇÃO JUDICIAL DE CONFLITOS E ORIENTAÇÃO SISTÊMICA CONTEXTUAL- UMA METODOLOGIA SISTÊMICA PARA A FORMULAÇÃO DE CASOS.

Ao rompermos com a perspectiva de que os conflitos envolveriam somente as consciências individuais e incluirmos a complexidade dos sistemas sociais além dos sistemas psíquicos nos casos que demandam o direito moderno, se revelou a necessidade de uma construção teórica que possa compreender a formulação desses casos.

Partindo da condição da sociedade moderna, de diferenciação funcional, implicando na existência de diversos sistemas sociais, operacionalmente fechados, tendo essa condição regulada de forma autopoietica através de acoplamentos estruturais que permitem uma coordenação social integrada, Aldo Mascareño (2011) vai propor um modelo estratégico para que os sistemas possam influenciar-se reciprocamente através do partilhamento de ofertas comunicativas capazes de provocar ressonância nos demais sistemas.

A estratégia consiste em o sistema interventor (aquele que busca influenciar a autoregulação de outro sistema) produzir uma oferta comunicativa como uma espécie de cavalo de tróia, que uma vez que irrite o sistema que sofre a intervenção, tem a probabilidade de fazer com que este produza em sua própria linguagem uma

comunicação em ressonância que promova a autoregulação de acordo com a comunicação partilhada.

Ressalta-se que a influência é uma probabilidade, não se fala em uma intervenção autoritária que comande o sistema rompendo sua autonomia, daí falar-se em uma orientação sistêmica contextual, um processo que sensibiliza para a autoregulação mas que não pode lhe garantir.

Nas palavras de Aldo Mascareño

(...) el desafío de la orientación sistémica contextual es captar las especificades de cada sistema para, em su lenguaje, ofrecer las distinciones que la intervención busca introducir: mayor sensibilidad ecológica en la empresa, mayor sentido ético en los medios de comunicación, mayores condiciones de equidade em organizaciones, más conciencia solidaria em la esfera pública. Cuano ello se logra, es el próprio sistema objeto de la intervención el que reconoce la propiedad y conveniência de adoptar la distinción ofrecida y de comezar a operar en el sentido que la intervención propuso. No hay coacción ni compulsión al consenso en la orientación sistémica contextual. Su prueba de efectividad es el autosomentimiento del sistema a las condiciones que la inervención (sistemica contextual) dispone; autosometimiento que tine lugar porque al sistema le pareceque aquello que se le ofrece favorece las condiciones de su própria clausura operativa, como los troyanos cuando permiten que el caballo griego entre a su ciudad. (Mascareño, p.2, 2011).

Artur Stamford da Silva descreve a intervenção sistêmica aplicada a constituição do sentido de trabalho escravo no Brasil. Neste exemplo o sistema da política através da instituição de portarias inicialmente, legislação penal, legislação indicando multa e legislação indicando sanções (lista suja), busca irritar o sistema da economia de modo que se autorregule, compreendendo que para melhor executar sua função operada pelo sentido lucro/não lucro deve erradicar o trabalho escravoda cadeia produtiva (Da Silva, 2021, p.307).

Aplicando-se a orientação contextual intersistêmica à mediação judicial de conflitos podemos observar os seguintes passos : identificar os sistemas envolvidos na intervenção intersistêmica e as distinções com que operam; identificar o elemento de sentido que será partilhado pelo sistema interventor no sistema a ser sensibilizado à autoregulação; Observar se o sistema a ser regulado compreendeu apartilha e em sua referência se regulou, e em caso negativo promover a partilha de outros elementos de sentido capazes de promover a compreensão e autoregulação.

O sistema do direito utiliza o código lícito/ilícito do qual deriva a distinção operada pela mediação judicial de conflitos - decisão produzida com participação (irritação) de outras comunicações especializadas (sistemas sociais)

/decisão produzida sem participação de outras comunicações especializadas (exclusivamente jurídica, decisão jurisdicional). Resumiremos a diferença operada pela mediação como participação/não participação apenas com fim de facilitar a explicação.

Ressalve-se que estamos a falar da participação como a possibilidade de construção de um acordo judicial, decisão, com a possibilidade de irritação de elementos de sentido de sistemas diversos que se envolvem nos conflitos submetidos ao procedimento. A decisão em que esta irritação é ignorada é a decisão jurisdicional. Mesmo a instrumentalização de acordos que se limitem à solução de conflitos integralmente previstos na programação do sistema do direito abre a possibilidade de irritação de elementos de sentido de outros sistemas operando como um acoplamento estrutural. Como vimos o acoplamento estrutural promove a ressonância, mas não garante a coordenação.

A distinção participação/não participação é desta maneira o elemento de sentido que o sistema do direito busca compartilhar com os outros sistemas sociais a fim de os sensibilizar para uma autoregulação.

A economia por exemplo trabalha com o código pagar/não pagar, que promove a distinção lucro/prejuízo, de modo que para que ocorra a compreensão da informação participação/não participação pelo sistema da economia se faz necessário que esta distinção seja vista como lucro/prejuízo e assim o sistema da economia promova sua autoregulação.

Este exemplo pode ser visto empiricamente no já citado expediente do licenciamento ambiental em que empresários buscam conversar com as comunidades do local onde pretendem instalar negócios com impacto ambiental buscando evitar futuras ações civis públicas e o prejuízo econômico de uma decisão “incerta”, determinada pela racionalidade jurídica somente.

A participação oferecida pelo procedimento da mediação judicial de conflitos pode ser incorporada pelo sistema da economia como lucro, ou pelo menos como não-prejuízo, o que indicaria uma autoregulação bem-sucedida. A compreensão dependerá da autonomia regulatória do sistema da economia.

Neste entendimento os acordos judiciais produzidos pela mediação judicial de conflitos interferem intersistemicamente como uma unidade da distinção participação (solução acordada) /não participação (solução jurisdicional), que sendo partilhada pode ser compreendida dentro da autorreferência dos demais sistemas. À

semelhança de distinções já clássicas como crime/não-crime, multa/não-multa que são operadas pela programação do direito para a erradicação de danos ambientais por exemplo, conflitos que envolvem o sistema do direito, o sistema ecológico e o sistema econômico.

Esta leitura da mediação judicial de conflitos vai ao encontro da proposta de Teubner (1993) de um direito reflexivo que preste aos outros sistemas da sociedade sua expertise procedimental para solucionar conflitos intersistêmicos.

Contudo ainda que esta seja uma compreensão possível da mediação judicial de conflitos o procedimento pode ser utilizado somente na perspectiva interna do sistema do direito, daí a necessidade de compreensão da mediação judicial de conflitos a partir de uma perspectiva da análise ecológica do direito.

Sendo assim após a descrição procedimental de como os casos submetidos a mediação judicial de conflitos podem ser operacionalizados de modo a não ignorar a complexidade sistêmica ainda se faz necessário promover a autorregulação do direito para que ao comunicar mediação judicial de conflitos também o faça numa perspectiva ecológica.

Haveria alguma forma de demarcarmos para o sistema do direito uma forma que sinalizasse a necessidade da orientação contextual sistêmica como metodologia para a construção dos casos submetidos à mediação judicial de conflitos? Seria possível construir um elemento de comunicação que não só, desse conta da compreensão do instrumental adequado do direito, mas que também o orientasse para a sua efetivação através de uma observação dos seus impactos no ambiente (sistêmicos)?

Acreditamos que isto seria possível através da crítica fornecida por uma análise ecológica da mediação judicial de conflitos. Descrevemos esta resposta no próximo item.

4.4 ANÁLISE ECOLÓGICA DA MEDIAÇÃO: APLICAÇÃO DA DIFERENÇA PRESTAÇÃO/FUNÇÃO, AUTONOMIA/SUSTENTABILIDADE E DO PRINCÍPIO FUNCIONAL DA INTEGRIDADE.

Conjugando-se o art.166 do Código de processo Civil e o art. 2º da lei n. 13.140 de 2015 podemos verificar que a legislação indica como relacionados à mediação os princípios da independência, da imparcialidade, da isonomia entre as

partes, da oralidade, da informalidade, da autonomia da vontade das partes, da busca do consenso, da confidencialidade, da boa-fé e da decisão informada.

Este rol de princípios se refere a uma visão interna do sistema jurídico decorrente de sua autorreferencialidade. Uma análise ecológica do direito pode observar a mediação judicial de conflitos dentro da dinâmica dos acoplamentos estruturais, programação do direito responsável por conferir maior sensibilidade ao sistema, e processar os conflitos intersistêmicos resultando na formulação de acordos informados por esta ressonância.

Conforme tratamos no capítulo anterior, ao conceber esta visão ampliada da mediação judicial de conflitos, a conformação deste processo em um sistema de justiça multiportas não é suficiente para refletirmos sobre como se daria o processamento das irritações provenientes do ambiente nas estruturas de acoplamento produzidas pela mediação judicial.

Diante da autopoiese do sistema do direito como operam as interferências para a inclusão de outras razões e lógicas proveniente do sistema familiar, da saúde, econômico, científico e que só se podem produzir irritações no interior do sistema?

O princípio da autonomia das partes sozinho nos serviria como elemento capaz de orientar nossa reflexão a respeito de conflitos intersistêmicos?

Diante da resposta negativa a esta questão tentamos construir aqui uma proposta teórica que possa articular uma observação ecológica da mediação, um elemento de sentido que compartilhado com o sistema do direito, sinalize junto a mediação judicial de conflitos a dimensão intersistêmica. Um demarcador que possa irritando o sistema do direito produzir em autorregulação uma estrutura que deflagre a observação dos impactos ambientais das operações do direito, produzidas no contexto da mediação.

Respondemos a este problema com uma ferramenta oferecida pela observação ecológica que promove uma reconstrução dos princípios do direito, nos termos da complexidade sistêmica da sociedade funcionalmente diferenciada.

Mais precisamente utilizamos o princípio funcional sistêmico da integridade/sustentabilidade, identificado por Walber Araujo Carneiro (2020c) a partir de reflexão crítica realizada por Marcelo Neves (2021) a respeito dos princípios e regras.

Walber Araújo Carneiro em uma análise ecológica voltada aos princípios no direito, do direito e sobre o direito vai identificar uma estruturação de princípios

jurídico-epistemológicos, princípios pragmáticos-problemáticos e princípios funcionais. (Carneiro, 2020c)

A reformulação principiológica proposta busca identificar princípios que possam dar conta do balanço constante existente entre o fechamento operacional do sistema e sua abertura cognitiva.

Nas palavras de Walber Carneiro:

O “como” dos princípios jurídicos continua diretamente ligado à relação estrutura-função em diferentes concepções de sistema, reproduzindo tanto a relação entre os elementos que compõem o sistema quanto a relação desse sistema com seu exterior. O “porquê” está ligado à tentativa de estabilizar o sistema diante de expectativas presentes no seu ambiente, seja introduzindo na operação do sistema variações, seja validando-as mediante relações internas. Nesse sentido, sob uma perspectiva funcional, princípios são fórmulas de contingência observáveis pelas diferenças variação/seleção e seleção/estabilização. Varia-se para permitir novas seleções e, conseqüentemente, seleciona-se na tentativa de re-estabilizar, diante do ambiente. Todavia, a complexidade do ambiente e conseqüente pluralidade de expectativas respondem à estabilidade com novas formas de variação. (Carneiro, 2020c, p.13).

Aponta-se que o processo de tratamento da complexidade para garantir a estabilização congruente de expectativas normativas implica em operacionalizar convergências dentro das dimensões temporal, objetiva e social da variação do sentido.

A dimensão temporal seria contemplada com a determinação de programações capazes de definir e selecionar as possibilidades de direito aplicáveis no presente/futuro, em uma relação de antes/depois. A dimensão objetiva se expressaria pela distinção dentro/fora, aqui/lá, enquanto a dimensão social diria respeito a variação de sentido de consenso/dissenso (Carneiro, 2020c).

A função do direito se expressaria desta maneira pela definição do que se poderia esperar, onde essa possibilidade poderia ser esperada e em que tempo. Diante do infinito de possibilidades o direito através de sua comunicação jurídica reiterativa permitiria que possibilidades selecionadas e previsíveis fossem cristalizadas em expectativas normativas generalizadas.

A consecução desta função nas três dimensões implicaria na prestação não apenas da segurança para o ambiente, mas também da inclusão generalizada e da sustentabilidade. Assim embora tenham diversos equivalentes funcionais para a regulação de condutas, outros sistemas sociais buscam no direito às prestações de segurança, inclusão e sustentabilidade conferidas pelo direito a partir de sua

diferenciação funcional.

O sistema inserido em uma realidade complexa e contingente vive pois sob constante pressão de variação nas dimensões sociais, objetiva e temporal, tendo que experimentar suas estruturas de modo a responder a essa pressão constante.

Neste movimento Walber Araújo Carneiro identifica uma transformação que não modifica a função do direito ou perfaz novas funções, contudo se diferencia em lógicas funcionais e organiza prestações ao ambiente que funcionam como respostas a constante pressão pela variação de sentido em suas três dimensões. Nesta trilha podemos observar os princípios funcionais do direito a partir da diferença entre a prestação externa do direito e sua função interna (Carneiro, 2020c, p.17).

Nesta perspectiva podemos observar três princípios funcionais do direito que teriam dupla face, se referindo a perspectiva interna e externa do sistema do direito. Seriam eles o princípio da segurança/consistência, isonomia complexa/diferenciação, e integridade/sustentabilidade, diretamente relacionados, como vimos, à variação de sentidos nas dimensões temporal, objetiva e social respectivamente (Carneiro, 2020c, p.21).

Os princípios funcionais representam, pois, uma construção teórica em alto nível de abstração que permitem a observação do processo de variação de sentido do direito implicando a sua cognição de novas possibilidades ao passo que garantem a diferenciação do sistema, seu fechamento operacional. Todavia, selocalizariam na lógica do fechamento operacional, uma vez que se encontram sacralizados em qualquer operação do sistema e, em sendo assim, disponíveis para a conversão de seu programa na forma condicional regra/exceção das decisões jurídicas. Embora sejam relacionados às dimensões do sentido e didaticamente disposto de forma separada estão implicados em uma relação circular.

Para os fins de nossa investigação nos focamos na observação do princípio da integridade/sustentabilidade por entendermos que será capaz de sinalizar ao sistema do direito a possibilidade de se autorregular através de um procedimento de mediação judicial de conflitos voltado à solução de conflitos intersistêmicos.

É possível observar que tanto a mediação quanto o princípio funcional da integridade do sistema do direito têm como orientação a prestação de sustentabilidade ao ambiente.

O princípio da integridade instrumentaliza uma observação da variação de sentidos na dimensão social, convertendo-se, quando necessário, na forma

regra/exceção. A afirmação da integridade do direito cumpre uma função equivalente ao consenso social em meio ao dissenso regulado de modo contingente pela política e pode ser observada nas fronteiras do sistema, sua periferia, formada por estruturas que marcam e regulam as colisões intersistêmicas (Carneiro, 2020c, p.21).

Desta maneira o princípio da integridade e sua prestação sustentabilidade é fundamental para a reflexão que aqui fazemos de uma mediação judicial de conflitos em perspectiva ecológica do direito.

O procedimento de mediação judicial de conflitos veicula exatamente uma interferência no movimento de variação de sentidos na dimensão social, inferindo uma outra possibilidade de solução vinculada a características particulares do tratamento de problemas. Ainda que também se possa verificar influxos do procedimento na dimensão objetiva indicando a participação da autonomia/isonomia complexa.

A observação da mediação judicial de conflitos apresenta um deslocamento no tratamento do conflito, observado muito mais como um elemento que sensibiliza e ressoa na programação do sistema jurídico do que como um enquadramento simplificador. Ao contrário de artificialmente buscar eliminar as possibilidades e pressões por variações de sentido, o processo de mediação torna o direito sensível a estas possibilidades e constrói o acordo judicial como um acoplamento estrutural entres diversos subsistemas sociais possíveis.

A existência de exemplos onde a mediação judicial de conflitos é vista sem distinção de outros meios autocompositivos como a conciliação, ou mesmo a inversão dos conceitos não atenta contra a observação ecológica aqui proposta, fica evidente que a auto-observação do direito não representa a infinidade de possibilidades existentes no horizonte complexo.

A análise ecológica da mediação judicial de conflitos representa, pois, uma possibilidade que permite a observação da mediação de forma distinta, veiculada sob a forma de uma dinâmica de acoplamento estrutural que serve a um enriquecimento de formas e possibilidades criativas do direito, reduzindo, manejando a pressão pela variação de sentidos e preservando a diferenciação do sistema.

O caminho aberto com esta investigação permite a abertura de uma série de reflexões impossíveis do ponto de vista apenas interno do direito, abrindo a porta para uma concepção crítica da mediação judicial de conflitos com autonomia, sem invalidar, ao contrário, a produção científica até aqui considerada.

Tratamos, pois, da concepção de uma mediação judicial de conflitos

comprometida com o desafio de observar as possibilidades intersistêmicas e articular as respostas autônomas capazes de garantir a sustentabilidade dos envolvidos. Uma mediação judicial que vai além da preocupação com as estruturas existentes e se volta para a construção de novas possibilidades e seus limites sustentáveis.

A possibilidade de uma mediação judicial de conflitos ecológizada, exige a premissa de uma mediação judicial de conflitos orientada pela sustentabilidade.

Mais do que outra porta no prédio do acesso à justiça é necessária para que a mediação judicial seja compreendida como meio adequado de solução de conflitos, é necessário que se apresente a mediação judicial como distinção, em sua autonomia e que sejam observados seus relacionamentos para além da auto- observação do sistema do direito

Além da descrição possibilitada por uma observação funcional sistêmica se faz necessária uma aplicação pragmática, ou ao menos a sua possibilidade, viabilizada a partir de um prognóstico jurídico, por isso é necessário dar um passo adiante e se falar em mediação judicial de conflitos ecológica.

Pensar o procedimento da mediação judicial de conflitos em perspectiva ecológica atrai a necessidade de realizarmos o raciocínio que inclui como questão fundamental o conflito intersistêmico.

A partir daí se abre a possibilidade para se imaginar a diferença participação/não participação, autonomia/não autonomia na construção da decisão, acordo judicial como elemento de sentido partilhado com outros sistemas sociais.

A distinção participação/não participação veiculada pela mediação judicial sinaliza aos demais sistemas sociais, ou ao menos busca sinalizar, que a consecução de suas funções especializadas pode ser melhor alcançada promovendo a autorregulação nos termos de uma orientação contextual sistêmica.

Neste passo a distinção autonomia/não autonomia oferece a prestação da sustentabilidade ao ambiente.

Na dimensão temporal o princípio funcional da autonomia se apresenta na mediação sem as mesmas exigências com que se apresenta no sistema do direito. Para a mediação a decisão consignada no acordo garantida a autonomia pode ser alterada sem comprometer a prestação de segurança.

Já na dimensão objetiva é o princípio da autonomia que também articula a inclusão dos entes que participarão do processo de mediação, sejam eles consciências, sejam sistemas acoplados à mediação e ao sistema do direito.

Para a dimensão social da mediação observamos o princípio da autonomia como estratégia para prestação da sustentabilidade ao ambiente. É o cenário construído pelo procedimento orientado pela autonomia como função da mediação que garante a construção de uma decisão informada pela participação dos sistemas em acoplamento.

Mas, uma vez que tenhamos como premissa este processo de mediação distinto, articulado com a possibilidade de contribuir para o melhor tratamento de conflitos intersistêmicos, quais seriam os limites impostos a esta mediação ecológica na construção de seus acordos, decisões?

O princípio da integridade/sustentabilidade instrumentaliza uma observação da variação de sentidos na dimensão social, utilizando a operativa regra/exceção. A variação do sentido consenso/dissenso, é atributo das fronteiras do sistema, sua periferia, formada por estruturas e dinâmicas voltadas ao não trivial da função do direito, sua possibilidade de aprendizado e colisões intersistêmicas (Carneiro, 2020c, p.21).

A integridade surge como uma exigência funcional do sistema para operacionalizar o estabelecimento de limites categóricos a programação política do direito. Diante da pressão da variação de sentido na dimensão social os direitos fundamentais são construídos como estratégias de consenso que retornam ao ambiente a garantia de sustentabilidade de comunicações sociais, formas de vida e natureza.

Desta maneira percebemos que o princípio funcional da integridade é chave para a reflexão que aqui fazemos de uma mediação judicial de conflitos em perspectiva ecológica do direito, seja porque a partir da diferença função/prestação podemos descrever de forma mais ampla a mediação, seja porque os resultados das decisões consignadas em acordos judiciais também encontram seus limites na forma do respeito a integridade dos direitos fundamentais.

O procedimento de mediação judicial de conflitos veicula exatamente uma interferência no movimento de variação de sentidos na dimensão social, inferindo uma outra possibilidade de solução vinculada a características particulares do tratamento de problemas. Ainda que também se possa verificar influxos do procedimento na dimensão objetiva indicando a participação da inclusão/isonomia complexa, a nova compreensão da mediação judicial de conflitos aqui proposta se foca mais na forma integridade/sustentabilidade.

A observação da mediação judicial de conflitos apresenta um deslocamento no tratamento do conflito, observado muito mais como um elemento que sensibiliza e ressoa na programação do sistema jurídico do que como um enquadramento simplificador.

Ao contrário de artificialmente buscar eliminar as possibilidades e pressões por variações de sentido, o processo de mediação torna o direito sensível a estas possibilidades e constrói o acordo judicial como um acoplamento estrutural entres diversos subsistemas sociais possíveis.

Ultrapassando uma noção de sustentabilidade como norte de uma colisão entre o direito, a economia e a ecologia, o princípio funcional da integridade/sustentabilidade se apresenta como forma de contingência para a colisão intersistêmica entre o direito e qualquer outro subsistema da sociedade.

Em uma reflexão articulada pelo princípio funcional da integridade, ou seja, pautados na forma função/prestação, podemos falar de uma mediação judicial de conflitos ecológica, que para além da descrição funcional de fechamento operacional e abertura cognitiva do sistema, amplia nossa compreensão para observarmos as hipóteses e fórmulas de mobilização das estruturas internas do direito a partir de uma crítica que extrapola a auto-observação do direito.

A análise ecológica da mediação judicial de conflitos representa, pois, uma possibilidade que permite a observação da mediação de forma distinta, veiculada sob a forma de uma dinâmica de acoplamento estrutural que serve a um enriquecimento de formas e possibilidades criativas do direito, reduzindo, manejando a pressão pela variação de sentidos e preservando a diferenciação do sistema.

O caminho aberto com esta investigação permite a abertura de uma série de reflexões impossíveis do ponto de vista apenas interno do direito, abrindo a porta para uma concepção crítica da mediação judicial de conflitos com autonomia, sem invalidar, ao contrário, a produção científica até aqui considerada.

Tratamos, pois, da concepção de uma mediação judicial de conflitos comprometida com o desafio de observar as possibilidades intersistêmicas e articular as respostas internas. Uma mediação judicial que vai além da preocupação com as estruturas existentes e se volta para a construção de novas possibilidades e seus limites.

A possibilidade de uma mediação judicial de conflitos ecologizada, exige a premissa de uma mediação judicial de conflitos que entregue ao ambiente uma

prestação de sustentabilidade.

Mais do que outra porta no prédio do acesso à justiça é necessária para que a mediação judicial seja compreendida como meio adequado de solução de conflitos. É necessário que se apresente a mediação judicial como distinção, em sua autonomia e que sejam observados seus relacionamentos para além da auto-observação do sistema do direito. É necessário que possamos refletir sobre os conflitos intersistêmicos e sobre as fronteiras e periferia do sistema.

Além da descrição possibilitada por uma observação funcional sistêmica se faz necessária uma aplicação pragmática, ou ao menos a sua possibilidade, viabilizada a partir de um prognóstico jurídico, por isso é necessário dar um passo adiante e se falar em mediação judicial de conflitos ecológica, informada pela diferença funcional autonomia/sustentabilidade e que convoca o princípio funcional da integridade do sistema do direito como forma de preservar limites do acordo judicial produzido.

A mediação judicial de conflitos é assim descrita como um equivalente funcional da integridade construída como princípio sacralizado internamente pelo sistema do direito. Deste modo assim como a integridade é articulada para corrigir a programação condicional do direito a mediação é utilizada para que sequer necessitemos da correção operada pela integridade, se constrói um equivalente com objetivo de prestar a sustentabilidade demandada pelo ambiente.

A partir daí se abre a possibilidade para se imaginar a diferença participação/não participação, autonomia/não autonomia na construção da decisão, acordo judicial como elemento de sentido partilhado com outros sistemas sociais.

A distinção participação/não participação veiculada através da diferença da autonomia/sustentabilidade aplicada ao procedimento de mediação judicial sinaliza aos demais sistemas sociais, ou ao menos busca sinalizar, que a consecução de suas funções especializadas pode ser melhor alcançada promovendo a autoregulação nos termos de uma orientação contextual sistêmica.

A mediação judicial de conflitos ecológica se configura em uma compreensão que reflete sobre as possibilidades de ressonância do sistema do direito frente a colisões intersistêmicas e demandas ambientais para evolução do sistema jurídico.

Ainda que sejam articuladas razões provenientes de outros subsistemas sociais o procedimento da mediação de conflitos de um lado seleciona as irritações que poderão ocasionar uma ressonância e produzir respostas do direito e de outro

garante a diferenciação e autorreferência do sistema pelo uso do código operativo binário que determina o que é comunicação jurídica e o que é estranho a esta diferença.

Nesta dinâmica exsurge a necessidade de ir além da imagem de uma justiça que apresenta múltiplas portas para a solução dos conflitos, é necessário produzir a reflexão sobre uma porta específica, capaz de respeitando a coerência interna do sistema promover a sensibilização e respostas a colisões intersistêmicas. E esta porta o faz através do princípio funcional da autonomia na mediação e do princípio funcional da integridade do sistema do direito.

Este mecanismo de evolução necessária não exclui outras possibilidades, ao contrário as inclui em novas observações possíveis a partir da diferença sistema/ambiente, o seu incremento reflexivo se localiza em sua possibilidade de interferir no fluxo de sentidos interno do direito que resultará em prestações e na convergência de programas, instituições e papéis capazes de representar um aprendizado para o sistema do direito.

A questão da efetividade da mediação judicial de conflitos é assim colocada em novos termos. Não se apresenta como uma necessidade de promover seu alcance de forma massificada, mas de oferecê-la no contexto dos conflitos intersistêmicos como solução capaz de otimizar as funções especializadas dos sistemas da sociedade. Do mesmo modo a proposta teórica de uma mediação judicial de conflitos ecológica se oferece ao sistema do direito como elemento de sentido capaz de otimizar sua função de estabilizar expectativas normativas da sociedade.

Por fim podemos dispor através da crítica fornecida pela análise ecológica do direito de uma compreensão mais ampla da mediação judicial de conflitos, que identifica no problema da comunicação intersistêmica a necessidade de prestação da sustentabilidade, articulando a autonomia como estratégia e tem como balizas para a autorregulação do sistema do direito o respeito a integridade dos direitos fundamentais.

5 CONCLUSÃO

A presente investigação teve como objetivo geral verificar se a perspectiva funcional sistêmica da teoria dos sistemas autopoieticos de Niklas Luhmann poderia nos permitir uma melhor compreensão da mediação judicial de conflitos no Brasil.

A ausência de trabalhos analisando a mediação judicial a partir da perspectiva sistêmica aliado a impressão de que o tema estaria esgotado alcançando sua conformidade mais adequada no paradigma de uma justiça multiportas nos provocou a realizar a pesquisa.

De saída, procedemos a análise do sentido construído sobre a mediação judicial de conflitos a partir da reflexão sobre o corpo legislativo centrado no código de processo civil, pela resolução 125 de 2010 do CNJ e a lei 13.140/2015, produção científica consignada em teses e dissertações produzidas sobre o tema entre os anos de 2017 e 2020, e livros publicados sobre o tema em referências cruzadas.

A partir da análise textual discursiva deste corpo tivemos como resultado a verificação de que a mediação judicial de conflitos é veiculada de um modo específico, através das categorias de cultura do litígio e cultura de paz, imagem que também pressupões uma crise do sistema jurisdicional, a maior efetividade dos meios autocompositivos e a falência da jurisdição.

Pudemos apontar trabalhos críticos que contrapõem essa imagem, mas em sua maioria a mediação judicial de conflitos é vista de forma extremamente otimista, desconsiderando inclusive resultados empíricos encontrados nos estudos tais como, a confusão entre os conceitos de meios autocompositivos, a hierarquização e deturpação de técnicas e a contrariedade na percepção da mediação como positiva pelos usuários dos serviços.

Esta análise reforçou a existência de um déficit de compreensão do tema pela perspectiva interna do direito e restrita à sua auto-observação, incentivando novas reflexões a partir de uma perspectiva sistêmica.

Foi observado que a imagem tradicional da mediação judicial de conflitos é vinculada a uma perspectiva que se apoia na diferença sociedade/indivíduos e localiza seus problemas de efetividade nos problemas de comunicação intersubjetiva.

A realidade concernente a uma institucionalização ampla da mediação no judiciário, e a visão majoritariamente positiva do instrumento contrastadas com números que indicam uma baixa adesão da população em comparação com o

instrumento jurisdicional nos instigou a suspeita de que talvez algo pudesse ter ficado velado no tratamento do tema.

Diante deste contexto orientado pela hipótese de que a teoria dos sistemas autopoieticos poderia nos revelar novas dimensões da mediação judicial de conflitos, e fornecer explicações para a sua limitada implementação, nos perguntamos “Como é possível a mediação judicial de conflitos na sociedade moderna?”.

Este questionamento nos levou a proceder a pesquisa bibliográfica do marco teórico luhmaniano, de modo que pudemos constatar a possibilidade de uma análise funcional sistêmica da mediação de judicial de conflitos.

Como resultado chegamos à conclusão de que a mediação judicial de conflitos é possível dentro da dinâmica de acoplamentos estruturais do sistema do direito, produzindo respostas internas do sistema sensibilizadas pelas irritações produzidas por outros tipos de comunicação diferenciada além da jurídica.

A mediação judicial de conflitos desta maneira se harmonizou de forma substancial a sua vertente de meio adequado de solução de conflitos, atraindo uma observação que refletiu sua autonomia e a libertou de uma relação que a vinculava ao funcionamento do procedimento jurisdicional como alternativa.

Para além de um discurso tornou-se possível observar a mediação judicial em sua relação com o procedimento jurisdicional, desvinculada da premissa de uma crise do judiciário, não resumida a relações causais, e apresentada como uma possibilidade criativa de evolução do direito.

Diante destes resultados a pesquisa bibliográfica dentro do marco teórico da teoria dos sistemas sociais já permitiu a satisfação parcial de nosso objetivo principal de ampliar a compreensão sobre a mediação judicial de conflitos.

Aqui também foi possível satisfazer nosso objetivo específico de comprovar a utilização de elementos teóricos da teoria dos sistemas autopoieticos como instrumentos de observação crítica de teorias parciais do direito, especialmente referentes a ciência processual civil.

Ainda foi possível satisfazer o objetivo específico de comprovar a possibilidade de pesquisadores iniciantes trabalharem com a matriz sistêmica apesar de sua proclamada complexidade.

O objetivo específico relacionado a identificar novas possibilidades de normatividade através do estudo da mediação judicial de conflitos acabou sendo transformado uma vez que o estudo da matriz teórica sistêmica revelou a possibilidade

de operar uma investigação distanciada da clausura de uma causalidade e normatividade, ao menos nesse primeiro momento.

A perspectiva sistêmica nos permitiu observar a mediação judicial de conflitos em relação a elementos da sociedade e do ambiente externo ao direito, através de uma observação de segunda ordem.

Diante da ampliação da imagem da mediação judicial de conflitos obtida a partir da análise sociológica, vista como uma possibilidade criativa do direito para sensibilização e resposta a demandas do ambiente, nos defrontamos com um novo problema. Como descrever este processo de ressonância de colisões intersistêmicas de modo a produzir uma orientação de aplicação pragmática do conhecimento revelado?

A resposta que encontramos veio da análise ecológica do direito. Dando um passo além da análise funcional sistêmica a análise ecológica do direito não se limita a descrever a realidade. A perspectiva busca a partir de uma observação de segunda ordem extrapolar os limites da autodescrição do sistema jurídico, e investigar as possibilidades de resposta do sistema do direito ao ambiente.

A partir da análise ecológica do direito foi possível refletir sobre a mediação judicial de conflitos a partir da metodologia da orientação contextual normativa e do princípio da integridade/sustentabilidade, o que resultou na descrição da mediação em sua dinâmica de redução da pressão por variação na dimensão social, consenso/dissenso, bem como no estabelecimento de limites de fundamentalidade para a visão ampliada da mediação.

Com este raciocínio foi possível se falar em uma mediação judicial de conflitos ecológica, ou em outros termos, preocupada com a diferença sistemaambiente e com a possibilidade de garantir a sensibilização do sistema do direito a demanda do ambiente, preservada a sua diferenciação funcional.

A comprovação de nossa hipótese inicial de que a perspectiva sistêmica permitiria uma maior compreensão da mediação judicial de conflitos no Brasil acabou desdobrando-se na possibilidade uma análise ecológica da mediação judicial de conflitos.

Na verdade, ao fim do trabalho percebemos que desde o início nossa preocupação com a relação da mediação judicial de conflitos fora do direito, ao mesmo tempo em que buscávamos investigar um problema de efetividade do direito já nos colocava diante de uma análise ecológica do direito, o que só ficou mais evidente

quando buscamos descrever a mediação judicial de conflitos a partir da diferença função/prestação.

A imagem de uma mediação judicial de conflitos ecológica melhor descreve a evolução de uma retórica dos meios autocompositivos de alternatividade para adequação dos meios, também aponta para o uso da mediação judicial para o tratamento de casos complexos, como solução de processos estruturais, planejamentos ecológico, regulações e negociações administrativas amplas entre outras possibilidades criativas.

Este estudo abre novas perspectivas para a articulação tanto de análises ecológicas como, funcionais sistêmicas de outros temas processuais, garantindo um importante diálogo entre a teoria e as práticas jurídicas.

Os sentidos produzidos pelo sistema, e suas estruturas não refletem a reflexão e observação da ciência, é necessário que consigam produzir em seus acoplamentos estruturais a seletividade de irritações necessárias as respostas, embora não haja garantias a existência dessa pesquisa já demonstra o reverberar de pesquisas nos mesmos sentido e se soma a conjunto de investigações que buscam soluções transformadoras para o direito, não olvidando que representam apenas comunicação, e o primeiro passo para diálogo e reverberação.

Uma mediação ecológica do direito é possível ainda que a autodescrição do direito não a conceba, mas a partir de sua concepção pela comunicação científica do direito esperamos que estejamos dando um passo para construir a ressonância necessária à sua concretização.

REFERÊNCIAS

ALVES, Maria Semíramis. **A responsabilidade social das empresas no contexto da mediação judicial**. Dissertação (Mestrado em direito constitucional) Universidade de fortaleza, 2019. Acesso em 27 ago. 2023. Disponível em: <https://uol.unifor.br/oul/ObraBdtdSiteTrazer.do?method=trazer&ns=true&obraCodigo=112219>. Acesso em 27 ago. 2023.

BACHELARD, Gaston. **A formação do espírito científico**: contribuição para uma psicanálise do conhecimento. Tradução Esteia dos Santos. Rio de Janeiro. Editora Contraponto. 1996.

BACHUR, João Paulo. **Às portas do labirinto**: Para uma percepção crítica da teoria social de Niklas Luhmann. 201/.

BARROS, Carolina Viana de. **Efeitos da mediação judicial na cooperação de casais em separação e na saúde mental dos filhos menores de idade**. Dissertação (Mestrado em Distúrbios do Desenvolvimento) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2019. Disponível em <https://dspace.mackenzie.br/items/3eb6ddcb-875b-43d4-8058-c14d138cd8df>. Acesso em 27 ago. 2023.

BORDONI, Jovina Dávila. **O uso das tecnologias de informação e comunicação na resolução dos conflitos por meio da mediação e da conciliação**: um estudo dos centros judiciários de solução consensual de conflitos no Brasil. Tese (Doutorado em direito constitucional). Universidade deFortaleza, 2020. Disponível em: <https://uol.unifor.br/oul/ObraBdtdSiteTrazer.do?method=trazer&ns=true&obraCodigo=114525>. Acesso em 27 ago. 2023.

BRASIL. Código de Processo Civil (2015). Código de Processo Civil Brasileiro. Brasília, DF: Senado, 2015. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 27 ago. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Azevedo, André Gomma de (org.). Manual de mediação judicial. 6ª edição. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4424265/mod_resource/content/1/CNJ%20M anual%20de%20Media%C3%A7%C3%A3o%202016.pdf. Acesso em: 27 ago.2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Azevedo, André Gomma de (org.). Manual de mediação judicial. 1ª edição. Brasília: CNJ, 2009. Disponível em https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwi8gLzRpf2AAxX4uZUCHbjaACsQFnoECBsQAQ&url=https%3A%2F%2Fportal.trf1.jus.br%2Fdata%2Ffiles%2FE9%2FD4%2F0C%2F92%2F754493103E386393942809C2%2FManual%2520de%2520Media_o%2520Judicial%2520-%2520Andr_%2520Gomma%2520de%2520Azevedo.pdf&usg=AOvVaw0lrHT1R5clK

9uUyK-uDNTu&opi=89978449. Acesso em: 27 ago.2023.

BRASIL. Conselho Nacional de justiça. Justiça em Números 2022. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>. Acesso em: 27 ago. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução 125/2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília, Conselho Nacional de Justiça, 2010. Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>. Acesso em: 27 ago. 2023.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: DF: Senado, 1988. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 ago. 2023.

BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Lei da Mediação. Diário Oficial da União, Brasília, 2015c. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 27 ago. 2023.

BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Lei dos juizados especiais cíveis e criminais. Diário Oficial da União, Brasília, 1995. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em: 27 ago. 2023.

BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Lei da Arbitragem. Diário Oficial da União, Brasília, 2015c. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm. Acesso em: 27 ago. 2023.

BRASIL. Ministério da Educação. CONSELHO NACIONAL DE EDUCAÇÃO – CNE 17 dez. 2018 BRASIL 2018 Resolução 05/2018. Disponível em https://normativasconselhos.mec.gov.br/normativa/view/CNE_RES_CNECESN52018.pdf?query=270/2001-CEE/MS. Acesso em: 27 ago. 2023.

BRIQUET, Enia Cecilia. **Manual de Mediação**: Teoria e prática na formação do mediador. Petrópolis: Editora Vozes, 2018.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **A evolução da Mediação e da conciliação no Brasil**. Revista do Fórum Nacional da conciliação e da Mediação, v.1, edição 1, p.368-383, 2017. Disponível em https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistas/fonamec/volumes/volumel/revistafonamecvolume1_sumario.htm. Acesso em 27 ago. 2023.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier; CURY, Cesar Felipe. **Lei da mediação comentada artigo por artigo**. Indaiatuba-SP, Editora Foco, 2020.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier; ZANETTI JR, Hermes. **Justiça Multiportas: Mediação, conciliação, arbitragem e outras formas de solução adequada de conflitos**. Salvador: Juspodium, 2016.

CARNEIRO, Walber Araújo. **Hermenêutica jurídica heterorreflexiva: Uma teoria dialógica do direito**. Porto Alegre: Editora Livraria do advogado, 2011.

CARNEIRO, Wálber Araujo. **Os direitos fundamentais da Constituição e os fundamentos da constituição de direitos**: reformulações paradigmáticas no horizonte do fluxo de sentidos de uma sociedade complexa e global. Revista de Direito Mackenzie, v12, n.1, 2018. Disponível em: <https://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/11856>. Acesso em 27 ago. 2023.

CARNEIRO, Walber Araújo. **Os princípios do direito**: Entre Hades e Hermes. Salvador: Revista da Faculdade de direito da bahia. V.43, n.1, 2021. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/RDU/article/view/51919>. Acesso em 27 ago.2023.

CARNEIRO, Walber Araújo. **Teorias ecológicas do direito**: Por uma reconstrução crítica das teorias jurídicas fundamentais. São Paulo: Revista do Instituto de Hermenêutica jurídica. V.18, n.28, p.37-67, 2020. Disponível em: <http://ojs.editoraforum.com.br/rihj/index.php/rihj/article/view/193>. Acesso em 27 ago.2023.

CHO, Tae Young. **Mediação e conciliação como instrumentos de governança na recuperação judicial**. 2016. 162 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/20028>. Acesso em 27 ago. 2023.

COELHO, Washington Souza. **Política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses**: um estudo de caso sobre a mediação e a conciliação no 1º Centro Judiciário de Solução de Conflitos do Fórum Desembargador Sarney Costa. 2019. 166 f. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Direito/CCSO) - Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2019. Disponível em: <https://tedebc.ufma.br/jspui/handle/tede/3308>. Acesso em 27 ago. 2023.

CORSI, Giancarlo. GLU: **Glossario sobre la teoria sociald e NiklasLuhmann**. Giancarlo Corsi, Elena Esposito, Claudio Baraldi. Tradução de Miguel Romero Perez, Carlos Villalobos; sob a supervisão de Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 1996.

COSTA, Luciana Vitalina Firmino da. **Mediação e conciliação judicial –formas alternativas de solução dos conflitos familiares**. 2020. 95 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Nove de Julho, São Paulo. Disponível em: <http://bibliotecatede.uninove.br/handle/tede/2219>. Acesso em 27 ago. 2023.

DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria; ZANETTI JR, Hermes. **Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro**. Revista do processo, 2020. Disponível em https://www.academia.edu/42872474/ELEMENTOS_PARA_UMA_TEORIA_DO_PROCESSO_ESTRUTURAL_APLICADA_AO_PROCESSO_CIVIL_BRASILEIRO. Acesso em 27 ago. 2023.

ERNANDORENA, Paulo Renato; SORIANO-SIERRA, Eduardo Juan. **A mediação na tutela Coletiva Apoiada pela Gestão do Conhecimento**: Emancipação de stakeholders a partir do gerenciamento de conflitos socioambientais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

FELOUNIK, Wagner. **Brasil e Estados Unidos comparação quantitativa de sistemas judiciais (2018)**. Revista latino-americana de relações internacionais, v3, n.1, Rio Grande do sul, p.153-178, 2021. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjP7br36v2AAxXmIZUCHertDLoQFnoECBkQAQ&url=https%3A%2F%2Fperiodicos.furg.br%2Fcn%2Farticle%2Fdownload%2F12897%2F8815&usg=AOvVaw1qQoB5Ju2qWx5nKYIAQmSE&opi=89978449>. Acesso em 27 ago. 2023.

FIGUEIREDO, Marília Mesquita de Amorim. **Mediação familiar judicial no Brasil: das perspectivas à realidade**. 2018. Dissertação (Mestrado em Família na Sociedade Contemporânea) – Universidade Católica do Salvador, Salvador, 2018. Disponível em: <http://ri.ucsal.br:8080/jspui/handle/prefix/927>. Acesso em 27 ago. 2023.

FILIPO, Klevert Paulo Leal. **Mediação judicial**: Discursos e práticas. 1ª edição. Rio de Janeiro: Editora Mauaad, Faperj, 2016.

GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA**: Condições, Desafios e Limites para a institucionalização da Mediação no Judiciário. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

GALHÓS, Cristina Alice. **A mediação como meio adequado de resolução de conflitos**: estado da arte e desafios. Dissertação (mestrado em direito), Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2019. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/229566>. Acesso em 27 ago. 2023.

GARBELINI, Heloísa Honesco Medeiros. **Do acesso à justiça: a mediação de conflitos visando à comunicação nas famílias mosaicas**. Dissertação (Mestrado em direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, 2020. Disponível em <http://www.bibliotecadigital.uel.br/document/?code=vtls000231643>. Acesso em 27 ago. 2023.

GOIS, Letícia Botelho. **Sistema multiportas na advocacia pública: da ouvidoria às soluções consensuais**. Dissertação (Mestrado em direito constitucional). Universidade de Fortaleza, 2019. Disponível em: <https://uol.unifor.br/oul/ObraBdtSiteTrazer.do?method=trazer&ns=true&obraCodigo=114212>. Acesso em 27 ago. 2023.

GONDIM, Lílian Virgínia Carneiro. **Mediação Judicial e Comunitária no sistema de justiça do Ceará**. Dissertação (Mestrado acadêmico ou profissional em 2017) – Universidade Federal do Ceará, 2017. Disponível em: <https://siduece.uece.br/siduece/trabalhoAcademicoPublico.jsf?id=86277>. Acesso em 27 ago. 2023.

GORETTI, Ricardo. **Mediação e acesso à justiça**. Salvador: Editora Juspodium, 2016.

GOULART, Juliana Ribeiro. **Concretização do acesso à justiça: a mediação judicial e o reconhecimento do ofício do mediador judicial no Brasil**. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/192800>. Acesso em 27 ago. 2023.

JOAS, Hans; KNÖBL, Wolfgang. **Teoria social: 22 lições introdutórias**. Tradução: Raquel Weiss. Petrópolis, Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2017.

LIMA, Fernando Rister de Sousa. **Sociologia do Direito: O direito e o processo à luz da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. 2ª Edição. Curitiba: Juruá, 2012.

LOPES, Juliano Alves. **Mediação judicial de conflitos: (re)pensando a crise funcional do Estado contemporâneo e a teoria da jurisconstrução**. Dissertação (Mestrado em direito) Unisinos, 2018. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/7284>. Acesso em 27 ago. 2023.

LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Tradução: Javier Torres Nafarrate. México: Herder e Universidad Iberoamericana, 2006.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução: Maria Cortes Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução: Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016a.

LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión: Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo**. México, Anthopos, Universidad Iberoamericana, 1997.

LUHMANN, Niklas. **Sistemas Sociais**. Tradução: Antônio C. Luz Costa; Roberto Dutra Torres Júnior; Marco Antônio dos Santos Casanova. Petrópolis: Editora Vozes, 2016b.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

MARQUES, Ionéia de Sousa. **Pacificação social e conflitualidade: A mediação de**

conflitos judiciais nas varas de família do Fórum Clóvis Beviláquano Ceará. 2018. 112 f. Dissertação (Mestrado acadêmico profissional em 2018) – Universidade Estadual do Ceará, 2018. Disponível em <https://siduece.uece.br/siduece/trabalhoAcademicoPublico.jsf?id=83011>. Acesso em 27 ago. 2023.

MASCAREÑO, Aldo. **Sociologia de la intervención**: Orientación Sistémica Contextual. Chile: Revista Mad, n.25, p.1-33, set. 2011. Disponível em <https://revistamad.uchile.cl/index.php/RMAD/article/view/15656>. Acesso em 27 ago. 2023.

MENDONÇA, Rafael. **(trans)modernidade e mediação de conflitos**: Pensando paradigmas, devires e seus laços com um método de resolução de conflitos. 1ª edição. Petrópolis: KBR, 2012.

MORAES, Roque e GALIAZZI, Maria do Carmo. **Análise textual discursiva**. Ijuí-RS Editora Unijuí. 2016.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal. São Paulo: editora WMF, Martins Fontes, 2013.

OLIVEIRA, Lidiane Santos de. **O modelo jurídico de administração de conflitos em uma perspectiva de gênero**: estudo sobre a mediação judicial no âmbito do Direito de Família. Dissertação (mestrado em sociologia), Universidade Federal de Minas gerais, 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/BUOS-B33KL7>. Acesso em 27. ago. 2023.

OLIVEIRA, Thifani Ribeiro Vasconcelos de. **A mitigação do princípio da autonomia da vontade na mediação judicial à luz do código de processo civil**. Dissertação (Mestrado programa de pós graduação da faculdade de direito) Universidade Federal da Bahia, 2017. Disponível em <https://repositorio.ufba.br/handle/ri/22008>. Acesso em 27 ago. 2023.

PINHEIRO, Rogério Neiva. **Comportamento de escolha das partes do processo judicial em audiências de conciliação**. Dissertação (Mestrado em análise do comportamento). Universidade de Brasília, 2017. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/22984>. Acesso em 27 ago. 2023.

ROCHA, Leonel Severo e GOMES FLORES, Luis Gustavo. **Resiliência do Direito**. Editora Prismas. 2016.

ROCHA, Leonel Severo. **Paradoxos da auto-observação**: percursos da teoria jurídica contemporânea. 2ª edição. Ijuí, RS: editora Unijuí, 2013.

ROCHA, Leonel Severo; SCWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoiético do direito**. Porto Alegre: Editora Livraria do advogado, 2013.

RODRIGUES, Daniel Victor Alves Borges. **Gramáticas do consenso**: práticas autocompositivas no centro judiciário de solução de conflitos e cidadania em Fortaleza-CE. Dissertação (mestrado em antropologia social). Universidade Federal do Rio Grande do Norte, 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufrn.br/jspui/handle/123456789/24065>. Acesso em 27 ago. 2023.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. **Jurisdição e Democracia**: Uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann. Porto Alegre: Editora Livaria do advogado, 2006.

SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; NETO, Adolfo Braga. **O que é mediação de conflitos**. São Paulo: Editora Brasiliense, 2014.

SILVA, Artur Stamford da. **Decisão jurídica na Comunicativação**. 1ª edição. São Paulo: Almedina, 2021.

SILVA, Vanessa Souza da. **Formação e capacitação dos mediadores judiciais do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. 2017. 195 f. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Política Social) - Universidade Católica de Pelotas, Pelotas. Disponível em: <http://tede.ucpel.edu.br:8080/jspui/handle/tede/669>. Acesso em 27 ago. 2023.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Direito Ambiental e Sustentabilidade**: O problema e as possibilidades de comunicação intersistêmica e seus impactos jurídicos. O planejamento jurídico da sustentabilidade. À reimpressão. Curitiba: Juruá editora, 2011.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Direito processual e sociologia do processo**: aproximações entre estrutura social e semântica do processo na perspectiva de Niklas Luhmann. Curitiba: Juruá Editora, 2011.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

TEIXEIRA, Heloysa Simonetti. **Os instrumentos extrajudiciais de resolução de conflitos nos contratos administrativos como forma de concretização da justiça social**. Tese (Doutorado direito constitucional) Universidade de Fortaleza, 2020. Disponível em: <https://uol.unifor.br/oul/ObraBdtdSiteTrazer.do?method=trazer&ns=true&obraCodigo=114357>. Acesso em 27 ago. 2023.

TEUBNER, Gunther. **El derecho como sistema autopoietico de la sociedad global**. Editor: Carlos Gomez Jara-Díez. Bogotá, Colômbia: Universidad Externado de Colombia, 2005.

TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: Constitucionalismo social na globalização. Coordenador: Ricardo Campos. São Paulo: Saraiva, 2020.

VIANA, Ulisses Schwarz. **Direito e Justiça em Niklas Luhmann**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. 2015

VIANA, Ulisses Schwarz. **Repercussão geral sob a ótica da teoria os sistemas de Niklas Luhmann**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva. 2011.

WARAT, Luís Alberto, Luíz Alberto Warat (org). **Mediação, uma possibilidade de transformação das relações e das pessoas**. In L. A. Warat, *Em nome do acordo. A mediação no Direito* (pp. 99-103). Florianópolis: Emodara, 2018.

WEIMER, Sarah Francieli Mello. **Mais do mesmo: a mediação judicial como reforço do protagonismo do poder judiciário**. Dissertação (Mestrado em direito). Universidade federal do Rio Grande do Sul, 2017. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/178463>. Acesso em 27 ago.2023.