

MECANISMOS AUTOCOMPOSITIVOS CONTRA O ESPÍRITO DO LITÍGIO

Tito Luiz Torres da Silva¹

Orientadora: Profa. Petrucia da Costa Paiva Souto²

RESUMO

O presente artigo se propõe a estudar, através de revisão bibliográfica e de legislação, os meios alternativos autocompositivos de solução de conflitos capazes de melhorar o acesso à justiça e desafogar o judiciário brasileiro. Desde da época que o Estado precisou intervir através da jurisdição na resolução de conflitos entre as pessoas, iniciou-se a partir de então uma dependência corriqueira dos jurisdicionados em busca de respostas para os problemas da coletividade. O que temos hoje é uma sociedade que "vive para demandar" e assim espera que seus sentimentos por justiça sejam supridos, mas quando na verdade aquela controvérsia poderia ser resolvida em uma simples conversa. Este artigo procura, ainda, comparar o modelo brasileiro de mediação e o de países como Itália e Argentina, principalmente o caráter procedimental obrigatório exigido para o ingresso de uma ação judicial.

Palavras-Chave: Direito Processual Civil. Mediação. Conciliação. Cultura do litígio. Código Processo Civil de 2015.

AUTOCOMPOSITIVE MECHANISMS AGAINST THE SPIRIT OF THE LITIGATION

ABSTRACT

This article aims to present as mediation and conciliation, as autocompositivos alternative means of conflict resolution, can improve access to justice and unburden the Brazilian judiciary, through literature review and legislation. Since the time that the state had to intervene through the jurisdiction to resolve conflicts between people, it started from then a trivial dependence on the judiciary for answers to the problems of the community. What we have today is a society that "lives to demand" and thus expects his feelings for justice to be supplied, but when in fact this controversy could be resolved in a simple conversation. This article also compares the Brazilian model of mediation and of countries like Italy and Argentina, particularly the mandatory procedural nature required for the entry of a lawsuit.

Keywords: Civil Procedural Law. Mediation. Conciliation. Culture of litigation. Code of Civil Procedure (2015).

¹ Discente do curso de Direito do UNI-RN. E-mail: <titoluiztorres@hotmail.com>

² Docente do curso de Direito do UNI-RN. E-mail: <petrucia@unirn.edu.br>.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende analisar se as inovações trazidas pela Lei da Mediação (lei 13.140/15) (BRASIL, 2015) e pelo Código Processual Civil de 2015 (BRASIL, 2015) são capazes de refletir na mudança da cultura do litígio no Brasil e discutir sobre a obrigatoriedade da realização de mediação pré-processual para o ajuizamento de uma demanda, tomando como referência países como Itália e Argentina.

Atualmente a judicialização é o caminho mais procurado para resolver as lides, pois o socorro ao Poder Judiciário se tornou quase uma regra no quesito elucidar conflitos. Em consequência do clamor social para que o Estado tome alguma providência sobre os problemas de uma coletividade, há uma notória sobrecarga, burocratização e morosidade no tramite processual no Judiciário brasileiro.

Em verdade, essa busca pelo Estado está fundada em uma criação histórico-social promovida pelo próprio Estado, para evitar que as partes resolvessem suas controvérsias de forma violenta, como ensina o doutrinador processual civil Marcus Vinícius Rios Gonçalves:

Nas sociedades modernas, o Estado assumiu para si, em caráter de exclusividade, o poder-dever de solucionar os conflitos. Desde então, compete-lhe a elaboração das regras gerais de conduta e a sua aplicação aos casos concretos. Ele é suficientemente forte para impor a qualquer membro da coletividade o cumprimento da norma jurídica concreta. A solução dos conflitos é dada pelo Estado mesmo quando ele próprio é um dos envolvidos, por isso há divisão de funções das atividades estatais. Compete ao Estado-juiz a solução dos conflitos de interesses, que, desde então, passou a ser imparcial. O Estado substituiu-se às partes, incumbindo a ele dar a almejada solução para o litígio. (2013, p.22)

Para tentar mudar esta realidade, o legislador buscou através dos novos documentos normativos (CPC/2015 e Lei da Mediação) oferecer mais liberdade negocial entre as partes, para que elas possam encontrar um meio termo de mérito e evitar possíveis demandas desnecessárias.

Para que a modernização seja eficiente é necessário o reconhecimento do desgaste da jurisdição estatal enquanto via principal para apaziguar conflitos. Isto é, o Estado não deve exercer o papel de protagonista nas relações conflituosas, mas sim,

como auxiliar das outras técnicas desenvolvidas e por vezes mais propícias na acareação do problema.

Dito isto, os “Métodos Alternativos de Solução de Conflitos” carregam a promessa de transformar a cultura na solução de litígios, se afastando dos clássicos sujeitos de um processo judicial: “autor” e “réu; focando nas possibilidades de dirimir pacificamente essas controvérsias. E além do que ganhar ou perder, esses meios alternativos possibilitam a troca do embate pela paz (diferente de um apaziguamento efêmero), assim, ensinando aos atores sociais a deliberarem seus próprios aborrecimentos fundamentados na conversa e estima.

2 A RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS ATRAVÉS DA HISTÓRIA: AUTOTUTELA, AUTOCOMPOSIÇÃO E JURISDIÇÃO

Atualmente o Estado é visto como o único meio para resolver conflitos, muito embora nem sempre foi assim. É certo de que o Direito não pode ser entendido como algo constante, visto que sofre influências da sociedade e é moldado a cada época.

Dito isto, é compreensível os diferentes meios empregados na tentativa de apaziguar disputas tenham se desenvolvidos ao redor do globo e do tempo. Na tentativa de criar uma linha lógica e entender o comportamento humano no passar do tempo, imperioso se faz o conhecimento, ainda que básico, sobre: Autotutela, Autocomposição e Jurisdição.

Nas sociedades primitivas a formação em grupos tinha como finalidade garantir proteção frente aos perigos reservados pela natureza, tanto de animais, como de fenômenos climáticos. Embora a formação de grupos ofereça benefício, também é fonte geradora de conflitos entre os membros.

As fontes histórias mostram que os conflitos existentes eram resolvidos com base na força física, ou seja, o mais forte do grupo na maioria das vezes era visto como o “dono da razão”, desta forma fez surgir a célebre frase “a lei é do mais forte”. Não obstante a pretensão satisfativa do mais fraco fosse mais assentada (na visão atual), não havia um terceiro imparcial à relação para assim reconhecer a sua pretensão, favorecendo àquele mais astuto.

Nos dias que se passam, a autotutela é permitida por lei em situações específicas (legítima defesa ou proteção da posse, por exemplo), haja vista a impossibilidade de o

Estado prestar assistência aos jurisdicionados a todo momento. Contudo, quando a lei não excepciona, o Código Penal brasileiro tipifica como crime, conforme se extrai do art. 345 (BRASIL, 1940): “Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite”.

Sobre este assunto, o brilhante jurista Pontes de Miranda preleciona:

A justiça de mão própria é a aplicação da regra jurídica pelo próprio interessado, quando aquele, que devia atender à incidência da regra jurídica, a ela não atendeu. O interessado põe-se no lugar que, depois que a justiça se tornou monopólio do Estado, a esse, e não a particulares caberia. Ele substitui o juiz. (1954, p. 313)

Partindo do princípio lógico de que “a vida social é cercada por conflitos”, as comunidades que antes resolviam seus problemas por meio da violência, passaram a ter consciência de que este modelo poderia destruir o próprio grupo e, assim, descaracterizar o elo que os fizeram se unir: garantia de proteção e sobrevivência. Dessa forma, a autocomposição começou a criar forma.

Outro sistema primitivo e que ainda perdura no ordenamento jurídico contemporâneo, sendo escopo deste artigo, refere-se à autocomposição. Este modelo serviu como meio de solução de interesses conflitantes dos povos antigos quando a autotutela não pôde mais se sustentar³.

Não debate sobre o melhor direito, pois, ainda que na autotutela o mais forte consiga defender seus interesses, o convívio harmônico talvez não consiga ser reestabelecido. Outrossim, a declaração da existência do direito é um tanto quanto precária, conforme examina Cintra, Grinover, Dinamarco em obra:

Na autotutela, aquele que impõe ao adversário uma solução não cogita de apresentar ou pedir declaração de existência ou inexistência do próprio direito; satisfaz-se simplesmente pela força (ou seja, impõe sua própria pretensão). A autocomposição e a arbitragem, ao contrário, limita-se a ficar a existência ou inexistência do direito; o cumprimento da decisão, naqueles tempos iniciais, continuava dependendo da imposição de solução violenta e parcial (autotutela). (2015, p 43)

³ AZEVEDO, André Gomma de. Autocomposição e processos construtivos: Uma breve análise de projetos-piloto de mediação forense e alguns de seus resultados, Estudos de Arbitragem Mediação e Negociação Vol.3. Disponível em <<http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol3/parte-ii-doutrina-parte-especial/autocomposicao-e-processos-construtivos-uma-breve-analise-de-projetos-piloto-de-mediacao-forense-e-alguns-de-seus-resultados>>. Acesso em 12 de ago de 2016.

O processo de autocomposição consiste em um acordo de vontades, na qual uma das partes renunciam seus interesses ou de parcela deles, podendo ocorrer de três formas: a) desistência; b) submissão; c) transação⁴.

Analizando cuidadosamente as espécies do gênero autocomposição, tem-se que na renúncia, o possuidor do direito, espontaneamente, abre mão deste e, assim, falece a relação jurídica previamente iniciada. Em contrapartida, na submissão uma das partes externa sua vontade concordando e admitindo as condições e alvitre estabelecidas pela parte contrária. Já na transação nota-se que a solução do conflito acontece de forma apazigua e balanceada por iniciativa de ambas as partes, ou seja, assentem, debatem e chegam a um fator comum para a resolução do conflito em questão. Por conta disso a forma de vontade mais irrepreensível naturalmente é a transação.

A autocomposição oferece poder aos envolvidos, estendendo a eles o papel principal sobre suas vidas e total na solução de seus problemas. Afasta-se do padrão em que um intruso à relação, de maior sabedoria ou autoridade, incumbe-se de resolver a desarmonia que as partes não conseguiram fazer intimamente.

Dentro do instituto da autocomposição figura-se outros conceitos relevantes, quais sejam: a mediação e a conciliação. Contudo, por questão metodológicas, esses conceitos serão melhor estudados em tópicos específicos.

Por fim, tem-se a jurisdição, que vem do latim *juris dictio*, que por sua vez significa "dizer o direito". É certo que o vocábulo possui diversas acepções, seja especialmente jurídico ou não. Por exemplo, a palavra jurisdição pode designar uma limitação territorial (estado, município, país, etc.) de exercício de uma autoridade.

No entanto, para o desenvolvimento do estudo deste trabalho, o significado mais apropriado e adotado refere-se ao poder-dever do Estado de intervir para solução de conflitos. Nas palavras de José Eduardo Carneira Alvim, tem-se a seguinte definição:

Jurisdição é uma função do Estado pela qual este atua o direito objetivo na composição dos conflitos de interesses, com o fim de resguardar a paz social e o império da norma de direito”. Observa ainda que “o Judiciário não atua espontaneamente, ao contrário, deve ser provocado por quem tenha interesse em lide. (2006, p.55)

⁴ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 2015. São Paulo: 31ª ed. p. 52.

Perpetrando um resgate histórico, é possível compreender que a jurisdição apareceu em razão da inevitabilidade de se tolher a prática insipiente da autotutela, que representava uma constante desarmonia coletiva provocada pela tal justiça feita com as próprias mãos.

Sendo assim, o Estado trouxe para si a obrigação estabelecer a paz social e, dessa forma, encarregou-se da função de gerir a justiça, isto é, de oferecer a cada indivíduo o seu, assegurando, através do devido processo legal, uma solução equânime, de caráter despótico, aos conflitos intersubjetivos.

O Estado - possuidor da pretensão punitiva -, por intervenção do Poder Judiciário, procura, valendo-se do processo, apurar qual dos litigantes faz jus ao direito, empregando finalmente, a lei ao caso.

Jurisdição é orientada por alguns princípios, dentre os quais pode-se destacar os preceitos definidos pela doutrina⁵: a) Princípio da Investidura, significa que a Jurisdição somente é exercida por uma autoridade legalmente investida como juiz; b) Princípio da Indelegabilidade, aduz que o juiz não pode delegar suas funções a outro agente; c) Princípio da indeclinabilidade, diz que Poder Judiciário não poderá se abster de apreciar alguma lesão do direito; d) Princípio da inércia, alude que o exercício da Jurisdição deve ser provocado e não *ex officio*; e e) Princípio do Juiz natural, orienta que todos possuem o direito a um julgamento imparcial e independente, sem a existência de juízes de exceção.

Ademais, a Jurisdição pode ser decomposta em Voluntária ou Contenciosa. Contudo, para melhor clareza, cabe ter em mente o conceito de "lide". Segundo a doutrina de Carnelutti (1999, p. 78), lide é entendida como um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida. Disto isso, tem-se que a Jurisdição será contenciosa quando houver lide, ou seja, quando existir conflito de interesse entre as partes. Contrariamente, na jurisdição voluntária não haverá lide. Isto significa que o juiz apenas exercerá uma atividade administrativa. Não haverá necessariamente partes, mas sim interessados.

⁵ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 2015. São Paulo: 31ª ed. p. 171.

Finalmente, embora a jurisdição seja o meio de solução de conflitos mais utilizado no Brasil e possuir suas qualidades, o trato como via exclusiva pode estar comprometida num futuro não muito distante, isto se a demanda continuar aumentando na mesma proporção e o Estado não conseguir responder prontamente os pedidos dos jurisdicionados.

3 MEIOS ADVERSATIVOS E NÃO ADVERSATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Os processos judiciais remetem com exatidão os meios adversativos, no qual uma das partes tem o pensamento de ganhar e fazer com que a outra saia como "perdedor" da guerrilha jurisdicional. Nesse ínterim, são utilizados atos intransigente, austero e formais, normalmente assentando de forma escrita e fundada na lei, entendimento dos tribunais e dos doutrinadores jurídicos.

Noutro sentido, o meio não adversativos acolhe procedimentos precisamente oposta às supracitadas, caracterizando uma relação mais flexível e arrojada. Ainda, busca a reposta do conflito nos fatos narrados pelas partes, na conversa sobre estes, com intuito de que seja avistado uma conclusão ponderada para todos.

Na sistemática processual atual, a solução para resolver os conflitos é vista como adversativa. Por isso, é extremamente corriqueiro a utilização de expressões de como "fulano ganhou aquele processo" ou "cicrano perdeu o processo e teve que pagar a multa". Desta feita, observa-se que a população brasileira está apegada a esse dualismo processual, onde não consegue visualizar a solução do conflito de forma menos competitiva. Sobre esse aspecto, Fernanda Tartuce leciona:

A abordagem da autocomposição evita a lógica contenciosa de vencedores e vencidos e visa propiciar um ambiente favorável à geração de soluções criativas e resultados satisfatórios. Como se percebe, é de suma importância o conhecimento dos protagonistas das controvérsias e de seus operadores jurídicos sobre as possibilidades consensuais para que a mediação prospere entre nós; o novo Código de Processo enfrenta o tema em diversos dispositivos. (2016, p.16)

Assim, a mediação e a conciliação nadam contra a correnteza. As partes não têm como objetivo ser "vencedor" do conflito, mas sim, criar uma solução em junto e

resolvê-lo. O pensamento aqui é de que todos ganham em termo de satisfação com a cooperação.

4 A MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO COMO MEIOS NÃO ADVERSATIVOS

A tratativa conceitual é importante para o melhor entendimento das diferenças existentes entre os métodos não adversativos de tratamento de conflitos. Inobstante as semelhanças, saber identificar cada método e aplicá-lo a um determinado caso pode ser fundamental para o seu desfecho.

Um dos pontos debatidos neste trabalho é a diferenciação de alguns conceitos relacionados com os institutos da conciliação e mediação. Nas palavras André Gomma de Azevedo, temos as seguintes acepções:

A palavra mediação acentua o fato de que a autocomposição não é direta, mas que existe um terceiro que fica “no meio” das partes conflitantes e que atua de forma imparcial. A palavra conciliação acentua o objetivo típico desse terceiro, que busca promover o diálogo e o consenso. Assim, para o senso comum, não pareceria estranha a idéia de que o mediador tem como objetivo promover a conciliação, havendo mesmo muitos autores tanto brasileiros como estrangeiros que tratam esses termos como sinônimos . Porém, na tentativa de acentuar as diferenças existentes entre as várias possibilidades de autocomposição mediada, são vários os autores que buscam diferenciar conciliação de mediação, ligando significados diversos a esses termos. (2003, p.12)

Sobre a mesma ideia de diferenciar esses termos, na obra Teoria Geral do Processo, Cintra, Dinamarco e Grinover chegaram à seguinte conclusão:

A mediação assemelha-se à conciliação: os interessados utilizam a intermediação de um terceiro, particular, para chegarem à pacificação de seu conflito. Distingue-se dela somente porque a conciliação busca sobretudo o acordo entre as partes, enquanto a mediação objetiva trabalhar o conflito, surgindo o acordo como mera consequência. Trata-se mais de uma diferença de método, mas o resultado acaba sendo o mesmo. (2014, p.36)

Há correntes doutrinárias, como o pensamento já citado de André Gomma de Azevedo, que lutam pela ideia de inexistir conceitos distintos para definir o que vem a

ser mediação e conciliação. Contudo o CPC/2015 (BRASIL, 2015) prestigiou determinar essa diferença e estabeleceu pontualmente o papel do conciliador e do mediador, conforme será abordado sucessivamente.

4.1 CONCEITOS

Segundo o artigo 1º, parágrafo único, da Lei nº 13.140/2015 (BRASIL, 2015), mediação é conceituada como “a atividade técnica exercida por um terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções da controvérsia”.

A doutrina majoritária entende que a mediação é um método de solucionar conflitos, onde por meio da ação de um terceiro à relação, denominado de mediador, torna mais fácil o diálogo entre os indivíduos que possuem uma relação preexistente ao conflito, na procura de uma resposta razoável para o impasse. Sendo assim, as próprias partes é que tomam a decisão.

O Código de Processo Civil de 2015 (BRASIL, 2015) diz que a mediação será utilizada preferencialmente quando existir vínculo preexistente entre as partes, isto é o que se extra da literalidade do texto normativo:

Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

[...]

§ 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que **houver vínculo anterior entre as partes**, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos. (Grifos acrescidos)

Enquanto a conciliação é compreendida como um meio de resolver conflitos em que os agentes, através da atuação de um terceiro, o conciliador, chegam a um tratado, esclarecendo a controvérsia. Nesse caso, o conciliador terá a função de orientá-las e ajudá-las, fazendo sugestões de forma que melhor atendam aos interesses dos dois lados em conflito. O CPC/2015 (BRASIL, 2015) traz a seguinte disposição:

Art. 165. [...]

§ 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

Conquanto a existência de diferenciações técnicas entre conciliação e mediação, o que se mantém como mais relevante é a solução do conflito, visto que ambos os institutos possuem o mesmo fim – reestabelecer a comunicação entre as partes e pôr fim ao embate.

4.2 PRINCÍPIOS APLICADOS À MEDIAÇÃO E À CONCILIAÇÃO

O estudo jurídico requer o conhecimento das fontes primárias dos institutos pertencentes ao ordenamento e não seria diferente com a mediação e a conciliação, sendo estas orientadas pelos princípios que se seguem⁶.

O Princípio da Independência entabula que os mediadores e os conciliadores não devem se render à pressão interna ou externa, seja de terceiros ou das partes. O ato de deve ser orientado sem algum favoritismo em relação a uma das partes. Já o Princípio da Imparcialidade, de modo sucinto, determina que conciliador e o mediador não podem manifestar qualquer tipo de interesse no conflito. Em relação ao Princípio da Autonomia da Vontade, trata-se de um princípio característico do direito privado, o qual orienta que as partes são livres para exercer a relação jurídica que pretenderem, sendo consideradas determinadas vedações legais

Quanto ao Princípio da Confidencialidade, um dos mais significativos, importa que todas as informações discutidas na sessão deverão, preferencialmente, ficar restrito aos agentes sociais participantes. Cabendo às partes, aos serventuários, bem como aos conciliados e mediadores, respeitar essa orientação. No entanto, este princípio comporta exceções, visto que a divulgação dos atos praticados na sessão poderá ser expressamente autorizada pelas partes ou quando a lei exigir para o devido cumprimento do que foi acordado.

⁶ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Azevedo, André Gomma de (Org.). **Manual de Mediação Judicial**. 5ª ed. Brasília: CNJ, 2015, p. 23.

No que diz respeito ao Princípio da Oralidade, ele recomenda que a forma escrita não será priorizada, isto não significa que a prática de lavrar o ato da sessão de mediação ou conciliação não será necessário, mas que outros atos comumente utilizados no processo judicial ordinário poderão ser realizados verbalmente. Nesse ínterim, o Princípio da Informalidade, já existente no íntimo dos Juizados Especiais, orienta que os atos praticados não necessitam ter uma forma específica e serão válidos quando atingem suas finalidades.

4.3 FIGURA DO MEDIADOR E DO CONCILIADOR

O mediador irá atuar quando as partes tiverem vínculo anterior, conforme observado no art. 165, § 3º, do CPC/2015 (BRASIL, 2015). Isto é, existindo relação anterior ao fato gerador do impasse, a mediação é o método recomendando.

Por exemplo, dois vizinhos entraram em um conflito que necessita ser resolvido. Por serem vizinhos e existir a probabilidade de se encontrarem diariamente ou em algum momento um precisar da ajuda do outro, esse relacionamento tende a continuar e se não resolver além da simples questão pontual do conflito. Ou seja, não adianta um juiz de direito decidir e resolver o problema, pois é necessário o restabelecimento da comunicação e conseguir produzir um nível de compreensão sobre as questões gerais e de entendimento entre as pessoas, pois potencialmente amanhã surgirá novos conflitos, pois essas partes voltam a se relacionar.

Mediar é tida como uma ferramenta mais trabalhosa, visto que busca trabalhar com os sentimentos humanos e melhorar qualidade da comunicação dos agentes, sarando as “feridas do coração” e construir um ambiente harmônico.

As partes devem identificar o a solução e não o mediador. Naturalmente, se as partes perceberem a melhor forma possível por conta própria, conseguem construir com muito mais clareza a ideia de justiça apurada (pois chegaram à conclusão de aquela solução era a mais adequada). A solução por mediação acaba por muito mais do que resolver aquele problema, mais ainda, restabelecendo a qualidade desse relacionamento. O benefício deve ser para ambas as partes.

Nas palavras do Professor Fredie Didier Jr. sobre o papel do mediador:

O mediador exerce um papel um tanto diverso. Cabe a ele servir como veículo de comunicação entre os interessados, um facilitador do

diálogo entre eles, auxiliando-os a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam identificar, por si mesmos, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos. Na técnica da mediação, o mediador não propõe soluções aos interessados. Ela é por isso mais indicada nos casos em que exista uma relação anterior e permanente entre os interessados, como nos casos de conflitos societários e familiares. A mediação será exitosa quando os envolvidos conseguirem construir a solução negociada do conflito. (2015, p. 276)

Outro ponto, a imagem e participação do conciliador é necessária a aplicação desse método ao caso concreto. Isto porque, conforme preleciona Didier Jr (2015, p. 276) “o conciliador tem uma participação mais ativa no processo de negociação, podendo, inclusive, sugerir soluções para o litígio. A técnica da conciliação é mais indicada para os casos em que havia vínculo anterior entre os envolvidos”. Melhor dizendo, as partes tiveram uma divergência por um assunto pontual, mas não se relacionavam anteriormente.

A título de exemplo, pode-se imaginar um típico caso de acidente de trânsito, onde os envolvidos, na maioria das vezes, não possuem qualquer relação antes do fato gerador. Após o problema ser resolvido, provavelmente os indivíduos não manterão qualquer relação.

Pelo motivo da inexistência de relação prévia entre as partes, o conciliador é mais participativo, dado que poderá sugerir ação que resultem na solução do embate. Nada obstante, não poderá coagir as partes a aceitar a sugestão dele.

Independentemente das diferenças efetivas entre os procedimentos, a boa instrução e capacitação de mediadores e conciliadores é de fundamental importância para o adequado despacho dos conflitos. Visto que uma sessão de mediação ou conciliação malconduzida pode acirrar mais ainda os ânimos dos sujeitos e dificultar a relação processual.

4.4 OBJETIVOS E BENEFÍCIOS

A deterioração da ideia do monopólio estatal em oferecer resposta aos conflitos é observada cotidianamente, na proporção em que se destaca os resultados obtidos pelos meios autocompositivos em face do sistema adversativo de um característico processo judicial. Isto porque, os mecanismos conciliatórios desconstroem o problema para

chegar ao seu cerne e ajudar as partes a visualizar a conjuntura para resolver o conflito da melhor forma possível.

O propósito essencial da mediação e conciliação vai além da simples solução pontual do conflito, pois o seu resultado irradia em vários aspectos, como assim ensina Lília Maia de Moraes Sales:

A mediação apresenta-se, pois, com o objetivo de oferecer aos cidadãos participação ativa na resolução de conflitos, resultando no crescimento do sentimento de responsabilidade civil, cidadania e de controle sobre os problemas vivenciados. Dessa maneira, apresenta forte impacto direto na melhoria das condições de vida da população na perspectiva do acesso à justiça, na conscientização de direitos, enfim, no exercício da cidadania. (2004, p.26)

Desse modo, os métodos alternativos são responsáveis por proporcionar a veloz e efetiva da tutela jurídica, de modo a minorar a quantidade de processos que assoberbam o judiciário brasileiro, agindo assim, como um genuíno aparato de pacificação coletiva.

Mesmo que a conciliação seja rechaçada pelas partes, é importante que o juiz perceba durante o processo necessidade de incentivar a aproximação entre as partes e a busca de uma solução ativa, negociada.

Outro ponto positivo relaciona-se com os honorários advocatícios, visto que, quando realizada a mediação, os honorários pagos aos advogados poderão ser recebidos logo após à resolução do conflito, isto em poucas sessões de mediação/conciliação. Diferentemente de quando é esperado o desfecho de um processo judicial comum.

Além do mais, é econômico, pois as partes furtar-se de despesas com documentos ou idas à sede do judiciário. Ainda, é um ato espontâneo, eficaz e pacífico, visto que o resultando é construído pelos próprios sujeitos, sem a sobreposição de vontades pela a do julgador, gerando o sentimento de que não há perdedores naquela relação, mas sim que todos saíram ganhando.

5 A RELAÇÃO DO POVO BRASILEIRO E O JUDICIÁRIO

O princípio constitucional garantidor do acesso à justiça, expresso no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal brasileira (BRASIL, 1988), para alguns estudiosos é tido como o responsável por dificultar a utilização extensiva dos meios "alternativos" de

solução de conflitos. Isto porque, aliado ao preceito da Inafastabilidade da Jurisdição, previsto no art. 5º, XXXV da CF (BRASIL, 1988), se interpreta que somente o judiciário - que se vê obrigado a acumular grandes volumes de processos – pode favorecer o justo. Todavia, o conceito de justiça empregado pode ter um significado mais abrangente, não importando o meio utilizado para alcançá-lo.

Melhor dizendo, a garantia de justiça não necessariamente deve estar unicamente relacionada com a figura do Poder Judiciário, mas sim, com o resultado prático obtido pelas partes conflituosas, independentemente do modo de proceder ("modus faciendi").

Não é difícil encontrar depoimentos de pessoas que se dizem desestimuladas a levar algum problema à Justiça em razão da demora na concessão de uma tutela jurisdicional.

A medicina atual propícia maior longevidade aos seres humanos, aliando ao crescente aumento populacional tupiniquim, segundo dados e projeções confeccionados pelo IBGE⁷, os conflitos sociais tendem a aumentar em proporção semelhantes ao demográfico populacional. Isto significa que o Estado deve se adequar ao novo, é necessário cultivar o ideal pacífico para resolver conflitos, incentivando a aplicação de técnicas que auxiliem na construção de uma solução em que o Estado não esteja fortemente presente, deixando as partes resolverem como achar o mais acertado.

Em países como o Brasil, onde prevalecer a devoção ao Estado e à legislação, o caminho judicial tem predileção das pessoas para solucionar seus infortúnios, e por esse motivo, a comunidade se conservou afastada, assistindo com descrença o emprego dos MARCs, já que a preferência pelos métodos era incerta, melindrosa e precária. Sem outras opções genuínas para resolver seus impasses, a sentença proferida pelo juiz era tida como o único meio acessível, e dessa maneira, o jurisdicionado se habituou a engarrafar o judiciário para buscá-la.

Segundo dados referentes ao ano de 2014 divulgados no levantamento anual realizado pelo Conselho Nacional de Justiça, o Brasil contava com 99,7 milhões de processos à época do estudo. As informações são preocupantes, pois 70,8 milhões são de processos pendentes, ou seja, o judiciário não consegue dá conta sozinho das questões levadas a ele. O uso de meio para resolver as dificuldades enfrentadas pelos do judiciário ainda estão resumidos a métodos tradicionais, os quais não demonstram ter

⁷ IBGE. **Projeção da população do Brasil e das Unidades da Federação**. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>>. Acesso em: 23 de set. 2016.

resultando a longo prazo, v.g., criação de vagas para juízes e servidores; reforma de códigos processuais; modificação no sistema de distribuição etc.

Em números mais recentes divulgados no "Justiça em Números 2016" pelo Conselho Nacional de Justiça referente ao ano de 2015, observa-se que entre os anos de 2014 a 2015, a situação do judiciário teve uma leve piora. Segundo o estudo, cerca de quase 74 milhões de processos estão em tramitação, enquanto em 2014 esse número era de 72 milhões, ou seja, o estoque aumentou em 1,9 milhão de processos (3%). Em contrapartida, o número de novos casos diminuiu, redução de 5,5% no comparativo entre os dois últimos anos.

Ainda, foi verificado que tramitação dos processos no 1º grau duram em média 2 anos e 11 meses somente na fase de conhecimento e 8 anos e 6 meses na fase de execução. Ou seja, uma demanda judicial demora quase 12 (doze) anos para chegar ao fim.

Acrescenta-se que em 2015 cerca de 2,9 milhões de processos foram resolvido por meio de solução alternativa de conflitos, isto é, 11% das sentenças proferidas, conforme fragmento extraído da referida pesquisa⁸:

O índice de conciliação, outra novidade que passou a compor o relatório a partir deste ano, resulta do percentual de sentenças e decisões resolvidas por homologação de acordo. Observa-se pelo Gráfico 3.33 que, em média, apenas 11% das sentenças e decisões foram homologatórias de acordo. A Justiça que mais faz conciliação é a Trabalhista, que consegue solucionar 25% de seus casos por meio de acordo, valor que aumenta para 40% quando apenas a fase de conhecimento de primeiro grau é considerada.

Na fase de conhecimento dos juizados especiais, o índice de conciliação foi de apenas 16%, sendo 19,1% na Justiça Estadual e 5,6% na Justiça Federal.

Na execução, os índices são ainda menores e alcançam 4,1%. No 2º grau, a conciliação é praticamente inexistente, e as sentenças homologatórias de acordo representam apenas 0,3% dos processos julgados.

A tendência é que estes percentuais aumentem, tendo em vista a entrada em vigor em março de 2016 do novo Código de Processo Civil (Lei n 13.105, de 16 de março de 2015), que prevê a realização de uma audiência prévia de conciliação e mediação como etapa obrigatória, anterior à formação da lide, como regra geral para todos os processos cíveis. (CNJ, 2016, p. 45)

Quanto à duração dos processos e aos custos que o poder judiciário tem para com uma demanda, José Luis Bolzan de Moraes comenta:

⁸ Justiça em números 2016: ano-base 2015/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2016.

Em contrapartida aos processos judiciais que, lentos, mostram-se custosos, os litígios levados à discussão através do Instituto da Mediação tendem a ser resolvidos em tempo muito inferior ao que levariam se fossem debatidos em Corte tradicional, o que acaba por acarretar uma diminuição do custo indireto, eis que, quanto mais de alongar a pendência, maiores serão os gastos com a sua resolução. (2008, p.31)

É sabido que, a começar do instante em que o Estado não pode delegar a função jurisdicional não simboliza que ele é obrigado a amparar todos os anseios judiciais ajuizados pelo corpo social, pois aquele, atualmente, não tem conjunturas favoráveis para isso. Visto que, do inverso, em razão da grandiosidade montada de processos, resultaria no tolhimento a real prestação jurisdicional, o que acarretaria em uma nítida violação ao princípio constitucional do acesso à justiça.

Sem embargo, o Judiciário não está logrando desempenhar de modo efetivo o preceito constitucional, pois além dos problemas já encarados neste artigo, como a falta de recursos (pessoal, estrutural e até financeiro), lentidão na prática dos atos processuais e sobrecarga do aparelho, a comunidade social é instigada pelo pensamento de que o acesso à justiça é uma obrigação do Estado, e não uma garantia, fazendo com que um grande número de pessoas vá ao socorro do judiciário, sem antes refletir se essa é a melhor saída.

Melhor explicando, a garantia constitucional de acesso à justiça não pode ser encarada como um dever do Estado em oferecer, mas como um direito concedido às pessoas e que estas, donas de seus conflitos, possam escolher o meio que melhor lhes satisfaçam. Dessarte, compreender que a Justiça (como poder) deve indefinidamente agasalhar os interesses da coletividade sem existir a sensatez se é inescusável ou a sua participação, é, concomitantemente impossibilitar a factual acesso à justiça.

Diante desse contexto, a concepção de que os métodos alternativos são a melhor via está ganhando cada vez mais força. Tal constatação é em razão, especialmente, pela crise vivenciada pelo Poder Judiciário, o qual não é "privilégio" apenas do Brasil, inclusive demais países que estão enfrentando crises em seus respectivos sistemas jurídicos vêm fomentando o uso das alternativas de resolução dos conflitos. Paradigmaticamente, países como a Argentina e a Itália, estabeleceram a mediação como condição da ação, ou seja, o acesso das partes ao judiciário somente se dará

quando for devidamente comprovando que antes houve a tentativa de mediar e que esta não obteve sucesso.

6 DIREITO COMPARADO: ITÁLIA, ARGENTINA E BRASIL

A fim de dinamizar e aprimorar o estudo do instituto da mediação brasileira, a realização de pesquisa comparativa entre ordenamentos jurídicos diversos do Brasil torna-se oportuno. Ao passo que serão analisados determinas similitudes e diferença entre os modelos autocompositivos utilizados na Itália e na Argentina.

A escolha desses países se deram por base em algumas razões, quais sejam, a argentina é um país que concebeu de modo positivo e de largo entendimento jurisprudencial sobre o assunto de mediação, além de ser um país de fronteira e membro do MERCOSUL, e ainda, o Poder Judiciário do Brasil e Argentina guardam semelhanças. Do mesmo modo, a Itália, devido ao seu sistema predominantemente *civil law*, pode contribuir no entendimento e adequações ao modelo brasileiro de mediar.

Estabelecidas essas premissas, no intuito de melhor organizar as reflexões, a análise dos referidos direitos será pontuada individualmente, sendo abordado as questões mais importantes de cada legislação, a começar pelo estudo do modelo italiano.

6.1 OBRIGATORIEDADE DA MEDIAÇÃO NA ITÁLIA

Assim como no Brasil, a mediação italiana surgiu baseada na voluntariedade das partes em aceitar a possibilidade de resolver seus conflitos por ela e, além disso, devem versar sobre direito disponível. Contudo, há casos em que o legislador europeu entendeu como obrigatório o uso, sendo até mesmo, como condição da ação. O Decreto Legislativo 28/2010 (ITÁLIA, 2010) é o responsável por disciplinar a mediação na Itália.

No entanto, há grande debate jurídico sobre matéria na Corte Constitucional Italiana, pois os que defendem a não obrigatoriedade argumentam que o Estado não pode escusar de prestar a tutela jurisdicional assegurada pela Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Sobre o debate, Flávia Pereira Hil traça de forma sucinta e clara as razões para não declarar a inconstitucionalidade da mediação prévia obrigatória:

A doutrina italiana chega ao ponto de lhe atribuir a pecha de inconstitucionalidade, em razão de a Corte Constitucional Italiana entender que somente seria inconstitucional a imposição de um procedimento prévio como condição de procedibilidade, caso viesse a retardar injustificadamente a submissão da questão ao Judiciário, ocasionando prejuízo para as partes, o que, a princípio, não ocorreria com a mediação obrigatória, pelas seguintes razões: i) a mediação possui duração máxima de quatro meses (art. 6º); ii) não obsta a concessão de medidas urgentes (art. 5º, §3º); iii) obsta que se operem a preclusão e a decadência (art. 5º, §6º). (2010, p. 307)

O italiano está obrigado a se valer da mediação nos assuntos elencados no art. 5º do decreto 28/2010 (ITÁLIA, 2010), quais sejam: condomínio; direitos reais; divisão; sucessões hereditárias; acordos de família; locações; comodato; arrendamento de empresas; ressarcimento de danos; responsabilidade médica; difamação através de imprensa ou rende de divulgação; contratos financeiros.

No tocando às supracitadas hipóteses, o autor da demanda deverá de antemão proceder com a tentativa de mediação, pois do contrário, o réu poderá arguir o vício ou o juiz conhecer de ofício, devendo então marcar a audiência judicial somente após a data em que for realizada a mediação. O mesmo raciocínio serve para quando existir cláusulas em contratos que estabeleçam a mediação como forma de resolver algum conflito na execução daquele negócio jurídico.

Cabe ressaltar que o legislador italiano, apesar de relacionar as matérias que necessitam comprovar o uso da mediação anterior ao ajuizamento da ação, considerou que o processo de mediação não impede a concessão de medidas de urgência, art. 5, § 3º, Decreto Legislativo nº 28 de 2010 (ITÁLIA, 2010).

Outrossim, cabe ao advogado informar ao seu cliente sobre a existência da mediação e sua aplicação ao caso, pois caso o contrário, poderá ocorrer a anulação contrato advocatício (4º, §3º) (ITÁLIA, 2010). Desse modo, observa-se que o legislador itálico criou meios para compelir a realização da mediação.

O fundamento empregado para justificar a obrigatoriedade é a crise vivenciada pelo judiciário, pois a mediação tem como compromisso de ser uma via mais célere e menos custosa, ainda que imposta (BERNADINA DE PINHO; AUMGARTTEN; 2012).

À remate, outro aspecto importante nesse tópico diz respeito a eficácia do termo final da mediação. Uma vez firmado o acordo de forma pacífica entre as partes, aquele

cria um título executivo que pode poderá tranquilamente ser exigido judicialmente no caso de descumprimento.

6.2 OBRIGATORIEDADE DA MEDIAÇÃO NA ARGENTINA

O ordenamento jurídico da Argentina estabelece a mediação como obrigatória, sendo necessário comprovar o esgotamento pela via pacífica de resolver os conflitos. Após essa fase é que a lide pode ser direcionada ao judiciário, ou seja, deve-se provar que houve a tentativa de mediar e esta foi fracassada antes de ajuizar a ação.

Na situação em que as partes chegam a um acordo na sessão de mediação, será lavrado o termo, o qual deverá ser assinado pelo mediador, as partes, terceiros se for o caso, os advogados envolvidos e participantes profissionais se tivessem intervindo (artículo 26). Ainda, concretizará como título executivo e no caso de inexecução, caberá reclamação em juízo e aplicação de multa à parte que deu causa ao inadimplemento do acordo.

Findo a sessão de mediação sem um consenso que coloque fim a desavença, pode a parte interessada manejar ação litigiosa sobre o objeto da mediação, tendo como documento obrigatório a ata assinada por todos os presentes e que o resultado foi desfavorável a uma solução pacífica (artículo 27).

A lei argentina (Ley 26.589/2010) (ARGENTINA, 2010) organiza no seu artículo 5º alguns procedimientos de disputas que não serão exigidos a mediação obrigatória preliminar⁹, como por exemplo: ações penais, procedimientos de jurisdicción voluntaria, ações de família que envolvam questões econômicas, remédios constitucionais e outras elencadas na lei. Se o conflito a ser debatido não está nesse rol legal, então deverão preceder, obrigatoriamente, de uma sessão de mediação (artículo 4º) (ARGENTINA, 2010).

Quanto a figura do mediador, o país prateado determinou que fosse um advogado (artículo 11) (ARGENTINA, 2010), visto tendo o legislador definido como

⁹ ARTICULO 5º — Controversias excluidas del procedimiento de mediación prejudicial obligatoria. El procedimiento de mediación prejudicial obligatoria no será aplicable en los siguientes casos: a) Acciones penales b) Acciones de separación personal y divorcio, nulidad de matrimonio, filiación, patria potestad y adopción, con excepción de las cuestiones patrimoniales derivadas de éstas. El juez deberá dividir los procesos, derivando la parte patrimonial al mediador; c) Causas en que el Estado nacional, las provincias, los municipios o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o sus entidades descentralizadas sean parte, salvo en el caso que medie autorización expresa y no se trate de ninguno de los supuestos a que se refiere el artículo 841 del Código Civil; d) Procesos de inhabilitación, de declaración de incapacidad y de rehabilitación; e) Amparos, hábeas corpus, hábeas data e interdictos; f) Medidas cautelares; g) Diligencias preliminares y prueba anticipada; h) Juicios sucesorios; i) Concursos preventivos y quiebras; j) Convocatoria a asamblea de copropietarios prevista por el artículo 10 de la ley 13.512; k) Conflictos de competencia de la justicia del trabajo; l) Procesos voluntarios.

como atividade privativa. Após realizar uma formação específica, eles são credenciados como mediadores, podendo inclusive, montar em seus escritórios atendimentos específicos de mediação (artículos 39 e 40) (ARGENTINA, 2010).

No Brasil, não é cobrado que o mediador seja advogado ou que muito menos tenha diploma de curso de nível superior no caso dos mediadores extrajudiciais, pois os mediadores judiciais precisam possuir graduação há pelo menos 2 (dois) anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo MEC (BRASIL, 2015).

Finalmente, em relação custos da mediação, eles se mostram menos onerados do que os processos correntes no judiciário. Os honorários dos advogados (mediadores) são definidos por tabela expedida pelo Poder Executivo Nacional (artículo 35) (ARGENTINA, 2010). Ainda, observa-se que os advogados receberão os honorários mais rapidamente em relação a uma demanda judicial, visto que uma mediação pode durar até no máximo até 60 (sessenta) dias (artículo 20) (ARGENTINA, 2010), enquanto o prosseguimento de uma ação pode levar anos até seu desfecho, isso é um ponto favorável à classe dos advogados. Já os que não puderam arcar com os gastos, poderão buscar gratuitamente os centros públicos de mediação (artículo 36) (ARGENTINA, 2010), assim como ocorre na assistência conferida pela defensoria pública no Brasil.

6.3 MEDIAÇÃO NO BRASIL

O Código de Processo Civil de 1973 e suas reformas foram um marco para a concretização da defesa de acesso à justiça, buscando-se uma tutela adequada, rápida dentro do possível e equânime. Todavia, a proteção exagerada e inadequada do princípio do acesso à justiça resultou, por via contraditória, o abarrotamento do Poder Judiciário, tendo originado em verdade, um afastamento do judiciário e os cidadãos. Sendo assim, aquele preceito constitucional não pode ser diminuído à mero regalo genérico do serviço jurisdicional promovido pelo Estado (a jurisdição).

A reestruturação processual brasileira já vinha sendo realizada, sendo a mais significativa com a promulgação do Código de Processo Civil de 2015 (BRASIL, 2015), que trouxe em seu conteúdo uma série de mudanças, entre elas a previsão de realização de mediação e conciliação antes do prosseguimento da ação, bem como a Lei 13.140/2015 (BRASIL, 2015), marco regulamentário da mediação no Brasil.

No Brasil a mediação e a conciliação são realizadas no âmbito judicial, tendo o propósito de evitar que aquele conflito seja transformado em litigioso e prossiga o espinhoso caminho até o momento da sentença.

O CPC de 2015 em seu art. 3º, § 3º (BRASIL, 2015), encarregou os advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, além dos magistrados, de incentivarem a realização de conciliação e mediação, seja previamente ou no curso do processo judicial. Nota-se que o procedimento prévio ou incidental, segundo o legislador, deve ser estimulado, mas nunca imposto às partes.

Se as partes colocarem em contrato a obrigatoriedade da mediação/conciliação, será condição de procedibilidade da ação antes do ajuizamento. Devendo as partes comprovar que cumpriram com o combinado, do contrário e se mesmo assim ajuizar, o juiz irá suspender o processo para que seja feita a tentativa de autocomposição (art. 23, lei nº 13.140/2015) (BRASIL, 2015), dando prestígio a conversão de vontade das partes ao celebrarem aquilo no contrato. Talvez nesse ponto há uma semelhança com a previsão italiana, no entanto, a diferença que é a obrigatoriedade não advém da lei, mas sim do acordo estabelecido na cláusula contratual.

Importante lembrar que quando designada a audiência de conciliação, o não comparecimento injustificado da parte autora ou ré será considerado ato atentatório à dignidade da Justiça e será sancionada com multa de até 2% (dois por cento) do valor da causa ou da vantagem econômica pretendida, revertida em favor da união ou do estado. É forçoso constar que sanção imposta no art. 334, § 8º do CPC/2015 (BRASIL, 2015) não tem aplicabilidade no caso de ausência à sessão de mediação, mas somente na de conciliação.

Essa punição transcende a faculdade das partes em optar ou não pela conciliação, visto que o comparecimento se torna coercitivo quando da escolha para realização da sessão. Apesar da possibilidade que os participantes têm de interromper o seguimento do procedimento a qualquer momento, não significa que possam abandoná-lo repentinamente.

Noutro pórtico, a lei da mediação traz a possibilidade de realização de mediação extrajudicial, tratando-a como mera faculdade das partes. O mediador extrajudicial pode ser qualquer pessoa, baste que seja capaz e de confiança das partes, além de considerar-se habita a conduzir a sessão autocompositiva. Ainda, os mediadores extrajudiciais não precisam ser integrantes de qualquer associação ou conselho, segundo o art. 9º da referida lei. Enquanto na Argentina, os mediadores extrajudiciais devem ser advogados.

Diferentemente do que ocorre na Argentina e na Itália, em que os mecanismos autocompositivos visam evitar que o problema chegue ao judiciário, a justiça brasileira traz para si a responsabilidade de conduzir algo poderia ser tranquilamente feito "fora dos tribunais". Isto porque, segundo o art. 165 do CPC/2015 (BRASIL, 2015), "os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição".

Contudo, o CPC/2015 permite a criação de câmaras privadas de conciliação e mediação, desde que devidamente inscritas no respectivo órgão de controle (art. 167) (BRASIL, 2015). Apesar disso, a procura pelas câmaras privadas pode ser baixa, pois a população ainda não está habituada em resolver seus conflitos através de uma descomplicada reunião.

Enquanto na Argentina o acordo produzido numa sessão de mediação é considerado título executivo judicial, devendo haver homologação em determinadas situações (artículo 26, ley 26.589/2010) (ARGENTINA, 2010); no Brasil os acordos firmados extrajudicialmente necessariamente deverão ser homologados em juízo (art. 2º, § 2º, da Lei 13.140/2015) (BRASIL, 2015). Como se observa, no Brasil o Poder Judiciário ainda deve ser acionado para chancelar a vontade das partes. O questionamento que persiste é: se o conflito foi resolvido de forma pacífica entre as partes, por que o judiciário deve intervir?

A resposta para a supracitada pergunta pode estar relacionada com proteção ao preceito constitucional que garante o acesso à justiça e a inafastabilidade da jurisdição, o que provavelmente impediu o legislador brasileiro de inovar nos mecanismos processuais e introduzir o uso do instituto dos meios alternativos de conflitos como obrigatório (condição de procedibilidade) antes do ajuizamento de alguma demanda.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O grande desafio é transformar o pensamento de que a única via para solucionar um empate é a Justiça e, para tal, deve-se banir a ideia de que a sentença proferida por um juiz é suficientemente capaz de apaziguar e pôr fim a uma desavença. Ainda, é forçoso compreender que o direito conferido pela constituição de acesso à justiça deve ser entendido como uma garantia e não como uma obrigação do Estado. Haja vista que

o Estado deve ser visto como aquele que somente irá se envolver no conflito quando as partes não conseguirem resolver de forma pacífica. A sentença proferida por um magistrado significa que o processo teve um desfecho formal e não que os conflitos efetivamente chegaram ao fim, pois as partes ainda podem estar descontentes com aquilo que foi decidido e relutarem no real cumprimento do dispositivo.

A princípio há certa resistência dos profissionais e da comunidade jurídica de incentivar o uso dos meios alternativos de conflito, em razão de ser uma novidade e é esperado que haja essa resistência natural. Os operadores do direito precisarão aprender como lidar com a negociação e a cultura deve começar a ser mudada no banco acadêmico, tendo as instituições de ensino superior essa responsabilidade.

Ademais, quando à formação dos mediadores, a exigência de ser advogado para mediar – assim como na argentina - é interessante, pois muitas vezes a discussão na sessão de mediação/conciliação não está baseada somente na análise dos fatos, mas há uma discussão que está inserida num contexto jurídico complexo e um causídico, em tese, teria mais facilidade de conduzir o ato autocompositivo, depurando as questões de fato e de direito com mais eficiência, técnica e qualidade.

Conclui-se que o legislador brasileiro ao optar pela mediação e conciliação dentro do poder judiciário, pode não ter escolhido uma opção que seja suficiente para reduzir as demandas que chegam à Justiça. O melhor seria incentivar e oferecer suporte à mediação extrajudicial (Art. 21 e ss, da lei nº 13.140/2015) (BRASIL, 2015), uma vez que o legislador pátrio não teve a coragem e ousadia de estabelecer a mediação como medida pré-processual obrigatória. Seguramente a introdução dos meios autocompositivos reservam incomensuráveis encadeamentos que necessitarão de cuidadosa pesquisa e supervisão para que haja uma notável transformação na atroz cultura de litigar. Pois do contrário, fortificará a desconfiança e a obstinação dos operadores do direito, da doutrina e dos sujeitos sociais.

REFERÊNCIAS

ALVIM, José Eduardo Carreira. Teoria geral do processo. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

AMARAL, Lúcia Miranda de Lima. **Mediação e arbitragem**. São Paulo: Imprensa, Ltr, 1994.

ARGENTINA. **Mediacion Y Conciliacion: Ley 26.589**: Establécese con carácter obligatorio la mediación previa a procesos judiciales.

<[Http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/165000-169999/166999/norma.htm](http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/165000-169999/166999/norma.htm)>. Acesso em 10 de ago. de 2016.

AZEVEDO, André Gomma. **Estudos em arbitragem, mediação e neogociação**. Brasília: Editora Grupos de Pesquisa, 2003.

_____. Autocomposição e processos construtivos: Uma breve análise de projetos-piloto de mediação forense e alguns de seus resultados. **Estudos de Arbitragem Mediação e Negociação Vol.3**. Disponível em <<http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol3/parte-ii-doutrina-parte-especial/autocomposicao-e-processos-construtivos-uma-breve-analise-de-projetos-piloto-de-mediacao-forense-e-alguns-de-seus-resultados>>. Acesso em: 12 de ago de 2016.

BERNADINA DE PINHO, Humberto Dalla; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. **Garantia de Acesso à Justiça e o Uso da Mediação na Resolução dos Conflitos Submetidos ao Poder Judiciário**. Disponível em: <<http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-anteriores/55-volume-2-n-2-fevereiro-de-2012/173-a-garantia-de-acesso-a-justica-e-o-uso-da-mediacao-na-resolucao-dos-conflitos-submetidos-ao-poder-judiciario>>. Acesso em: 02 de out de 2016.

BRASIL. Lei nº 13.105/15, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]**, Brasília, DF, v. 134, n. 57, 17 mar. 2015. Seção I, p. 1.

_____. Lei nº 13.140/15, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias. **Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]**, Brasília, DF, v. 134, n. 121, 29 jun. 2015. Seção I, p. 4.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

_____. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Vade mecum**. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Azevedo, André Gomma de (Org.). **Manual de Mediação Judicial**. 5ª ed. Brasília: CNJ, 2015.

_____. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2016: ano-base 2015/Conselho Nacional de Justiça**. Brasília: CNJ, 2016.

CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil. Vol. I**. Tradução de Adrián Sotero De Witt Batista. Campinas : Servanda, 1999. p. 78.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 2015. São Paulo: 31ª ed.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17ª ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo curso de direito processual civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

HILL, Flávia Pereira. A Nova Lei de Mediação Italiana. **Revista Eletrônica De Direito Processual Volume VI. Julho A Dezembro De 2010**. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/21576/15579>>. Acesso em 02 de out. de 2016.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Projeção da população do Brasil e das Unidades da Federação**. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>>. Acesso em: 23 de set. 2016.

ITÁLIA. **Decreto legislativo 4 Marzo 2010, n. 28**. Disponível em: <http://www.maschiaassociati.it/abmtsbsms/wpcontent/uploads/2013/06/D.lgs_.28.2010.modif_.sentenza.Corte_.decreto.del_.fare_.pdf>. Acesso em: 27 de set. de 2016.

MORAIS, José Luis Bolzan; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

PONTES, Miranda. **Tratado de direito privado – Parte Geral**. Rio de Janeiro: Borsói, 1954.

SALES, Lilia Maia de Moraes. **Mediare**: um guia prático para mediadores. 2. Ed. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2004.

TARTUCE, Fernanda. Mediação no Novo CPC: questionamentos reflexivos. In **Novas Tendências do Processo Civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil**. Org.: Freire, Alexandre; Medina, José Miguel Garcia; Didier Jr, Fredie; Dantas, Bruno; Nunes, Dierle; Miranda de Oliveira, Pedro (no prelo). Disponível em: <www.fernandatartuce.com.br/artigosdaprofessora>. Acesso em 29 de set. de 2016.