



ASPECTOS RELEVANTES DAS FORMAS ALTERNATIVAS DE TRATAMENTO DE CONFLITOS NAS LEIS N. 13.105/15 E LEI N. 13.140/15

Lilian Jacobi Bürger¹
Marcelo Oliveira Knebel²

RESUMO: Há tempos que se ouve falar que o Judiciário não consegue dar conta da quantidade absurda de processos que buscam a sua apreciação e da limitação de recursos materiais e humanos. O Estado, ao tomar para si o monopólio da violência e da jurisdição, abarrotou o judiciário de litígios, na maioria das vezes desnecessários se houvesse alguma forma alternativa para sua resolução. Esta crise acaba por retratar uma situação caótica e sem precedentes. Através da Lei da Mediação, bem como do Novo Código de Processo Civil, percebe-se uma preocupação do legislador em dar um fim a este impasse. Apresentada uma possível solução para tal problema, que são os equivalentes jurisdicionais, tendo a conciliação e a mediação como seus principais representantes, e possuem a árdua tarefa de consolidar-se como formas alternativas de resolução de conflitos no Direito brasileiro, e mais, desafogar o judiciário e garantir à população um serviço digno, célere, eficaz e de qualidade. Enquanto a conciliação se aplica nos casos onde preferencialmente não tenha havido vínculo anterior entre as partes. Ao passo que a mediação justamente prima por resguardar as relações continuadas. O método utilizado para a realização deste artigo foi o dedutivo.

Palavras-chave: Estado – Judiciário – Crise – Conciliação – Mediação

ABSTRACT: There are times that you hear that the judiciary can't account for the ridiculous amount of processes that seek their assessment and limitation of human and material resources. The state, by taking to themselves the monopoly of violence and jurisdiction, crammed the legal disputes, most often unnecessary if there was any alternative way to its resolution. This crisis ultimately portray a chaotic and

¹ Mestranda em Direitos Sociais e Políticas Públicas pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, conceito Capes 5. Linha de pesquisa: Políticas Públicas de Inclusão Social. Advogada. Especialização em Direito Empresarial pela Anhanguera - Uniderp. E-mail: lburgeradv@yahoo.com.br. Currículo Lattes disponível em: <http://lattes.cnpq.br/3076064423319471>

² Bacharel em Direito pela Universidade de Cruz Alta – UNICRUZ. Especialização em Direito Público pela Faculdade Projeção – Brasília. Analista Processual do Ministério Público da União, Brasil. E-mail: mokaadv@yahoo.com.br. Currículo Lattes disponível em: <http://lattes.cnpq.br/3606588523745947>



unprecedented situation. Through the Mediation Law, and the New Code of Civil Procedure, it is noticed a concern of the legislature to put an end to this impasse. Presented a possible solution to this problem, which is the judicial equivalent, with conciliation and mediation as its main representatives, which have the arduous task of consolidating itself as an alternative means of conflict resolution in the Brazilian law, and more, unburden the judiciary and guarantee the population a decent service, quick, effective and quality. While reconciliation applies in cases where preferably there has been no previous relationship between the parties. While just press mediation safeguard the continuous relations. The method used to carry out this article was deductive.

Keywords: State - Judiciary - Crisis - Conciliation - Mediation

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O artigo pretende num primeiro momento fazer uma breve análise histórica dos equivalentes jurisdicionais para a solução de conflitos e também da jurisdição enquanto poder soberano do Estado quando provocado a manifestar-se. Dando uma especial ênfase à autotutela, a sua inaplicabilidade na atualidade, muito embora ainda haja alguns casos excepcionais em que é autorizada, vez que se faz necessário o uso da força. Para isso, apresenta sumariamente a conceituação de tais institutos.

Examina com acuidade o crescente estímulo à conciliação e à mediação, que vêm sendo fomentados quando da vigência da Lei n.13.105, de 16 de março de 2015 - o Novo Código de Processo Civil, inovando no direito pátrio na busca por uma justiça eficiente, retirando inicialmente do Estado e do Poder Judiciário a supremacia do acesso à justiça e a imperatividade das decisões a serem acatadas quando provocado para a resolução das demandas a ele apresentadas.

Perscruta as inovações no direito brasileiro trazidas pela lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015, que institui a mediação como uma forma mais eficaz e porque não dizer, mais célere de resolução de conflitos, do que o modelo apresentado pelo Judiciário nos últimos tempos, o qual não satisfaz a contento a demanda a que vem sendo submetido diuturnamente. Realizando uma análise crítica acerca da crise pela qual passam o Estado e o Poder Judiciário, a qual cresce exponencialmente, não dando vazão ao sem número de litígios acumulados nos tribunais, que geralmente



aguardam por anos, e muitas vezes décadas por uma decisão judicial, ou mesmo como em alguns casos, que perdem até mesmo o objeto nesse meio tempo, dado a morosidade e ineficácia desse sistema quebrado que na atualidade se apresenta.

Desfechando o trabalho, segue a forte discussão sobre a necessidade de consolidar os institutos da conciliação e a mediação, tanto judicial como extrajudicialmente, vez que despontam no horizonte como a única resposta tangível e incontroversa pela qual há tempos o Direito almeja para a resolução dos conflitos, estes, cada vez mais frequentes na sociedade contemporânea. É possível assegurar que são a solução e o futuro para este judiciário esfacelado e à míngua que na atualidade se apresenta.

I - A JURISDIÇÃO E OS EQUIVALENTES JURISDICIONAIS

Em uma concisa análise histórica, denota-se que nas antigas civilizações as pessoas que de alguma forma estivessem envolvidas em conflitos intersubjetivos, poderiam resolvê-los por si próprios, como lhes fosse possível, realizando o que até os dias atuais ainda pode ser chamado de autotutela, ou autodefesa.

A autotutela consistia na resolução dos conflitos através da imposição de vontade de uma das partes, geralmente levando à vitória aquele que possuísse maior força física sobre o mais fraco, ou mesmo contra o menos astuto.

Ademais, ainda que houvesse naqueles tempos toda a brutalidade exercida na autotutela, há notícia por parte de alguns autores de que a mediação já existia desde os primórdios das civilizações.

Nesse sentido, segundo MOORE (1998) citado por SPENGLER (2016, p. 22)

a mediação já era prática para tratar litígios bíblicos, especialmente nas comunidades judaicas. Posteriormente o seu uso se difundiu entre várias culturas, dentre elas a islâmica, a hindu, a chinesa, a japonesa. Todavia, o próprio autor ressalta que foi nos últimos 25 anos que a mediação se expandiu exponencialmente no mundo, ganhando espaço e tornando-se reconhecida como meio de tratamento de litígios complementar às práticas judiciais.

Assim, no intuito de evitar a autotutela e tantos outros abusos cometidos em nome da justiça, é que a vida em sociedade necessita de alguma forma de normatização do comportamento humano, sob o risco de se retornar ao estado de natureza.



O antagonismo nas relações humanas possui sua maior expressão quando se fala na batalha entre as partes, o conflito em si.

A palavra conflito, que será vastamente utilizada ao longo deste trabalho, é proveniente do latim e possui um significado de grande espectro quando popularmente aplicada, visto que pode ser interpretado como disputa, oposição de interesses, ideias, sentimentos; ou ainda como desentendimento, ou mesmo como uma forma de briga, de luta. No contexto de meios alternativos para a solução de conflitos, ganha novos ares.

Para Bolzan de Moraes; Spengler (2012, p. 46) “O conflito trata de romper a resistência do outro, pois consiste no confronto de duas vontades quando uma busca dominar a outra com a expectativa de lhe impor a sua solução. [...]”

Sua semântica vai muito além daquela obtida através de dicionários, de que seria aplicada apenas como ausência de entendimento. E é através da interdisciplinaridade que desponta seu genuíno sentido.

O conflito vai para muito além do mundo jurídico, nessa acepção aduz TARTUCE (2008, p. 25)

Deve-se atentar que o conflito é um tema que envolve aspectos não apenas jurídicos, mas também sociológicos, psicológicos e filosóficos. Assim, diversas ciências e técnicas de conhecimento vêm abordando o tema, merecendo especial destaque a atuação da sociologia e da psicanálise. Eis porque a interdisciplinaridade se revela um importante instrumento para a compreensão adequada do fenômeno. (TARTUCE,2008,p.25)

Ora, o Direito não é uma ciência isolada das demais, e por isso deve adaptar-se à interdisciplinaridade, principalmente quando se fala em meios alternativos para o tratamento de conflitos, relacionando-se com as mais diversas áreas do conhecimento. Desta forma, é da interdisciplinaridade que deve-se extrair o sumo necessário para uma maior compreensão dos problemas das partes, de forma a auxiliar na resolução das divergências que lhe são apresentadas.

Então, com o intuito de disciplinar as relações humanas em sociedade, desponta o Direito, apresentando-se como um conjunto das normas gerais e positivas para regular tais relações, e sendo realizado através da atividade jurisdicional.



Enfim, após aquele período de justiça privada concebida pela força e pela precariedade, foi na premência de regular a convivência comunitária que o Estado tomou para si o monopólio da força, originando a jurisdição.

Segundo Bolzan de Moraes; Spengler (2012, p.57), muito bem empregada a expressão “[...] O monopólio estatal da força como meio legítimo de tratamento de conflitos. [...]”

O conceito de jurisdição persiste ao longo dos tempos, como responsabilidade exclusiva do Estado, que a exerce por meio do Judiciário.

Ensina SANTOS (1998, p. 67) que a jurisdição

É função do Estado desde o momento em que, proibida a autotutela dos interesses individuais em conflito, por comprometedora da paz jurídica, se reconheceu que nenhum outro poder se encontra em melhores condições de dirimir os litígios do que o Estado, não só pela força de que dispõe, como por nele presumir-se interesse em assegurar a ordem jurídica estabelecida. (SANTOS, 1998, p.67)

Nessa mesma senda, que conceitua DIDIER JÚNIOR (2012, p.95) a jurisdição

é a função atribuída a terceiro imparcial de realizar o Direito de modo imperativo e criativo, reconhecendo/efetivando/protegendo situações jurídicas concretamente deduzidas, em decisão insuscetível de controle externo e com aptidão para tornar-se indiscutível. (DIDIER JÚNIOR, 2012, p. 95)

Nos dias atuais, é dever do Estado resolver os conflitos concretos de interesses, uma vez que este possui o monopólio da violência. Assim, ao conceituar a jurisdição, é indubitável que ela se trata uma função própria do Poder Judiciário, que a exerce somente quando for provocada pelos interessados para resolver suas divergências.

No dizer de Neves (2016, p.01): “A jurisdição pode ser entendida como a atuação estatal visando à aplicação do direito objetivo ao caso concreto, resolvendo-se com definitividade uma situação de crise jurídica e gerando com tal solução a pacificação social.”

Fica claro que sendo a autotutela dos interesses individuais proibida, é através da jurisdição, exercida quase que exclusivamente pelo Poder Judiciário, - visto que é possível constatar-se algumas exceções no direito pátrio, como ocorre nos crimes de responsabilidade exercidos por Presidente da República, em que a função jurisdicional é exercida pelo Senado Federal – em que são reclamados os direitos.



Ora, utilizar-se da autotutela, assim como acontecia com as sociedades mais rudimentares, vai além do que prevê o direito, visto que “fazer justiça com as próprias mãos”, não integra a concepção de um Estado Democrático de Direito, sendo apenas autorizada em alguns casos de extrema excepcionalidade e desde que haja previsão legal, como é o caso da legítima defesa.

Em apertada síntese, a jurisdição vem a ser uma função provocada, acerca de uma pretensão contra ou em relação a alguém, ante um conflito de interesses. O órgão jurisdicional possui o direito e o dever de verificar e também de declarar. Neste contexto compõe-se a lide, nos casos em que a pretensão seja protegida pelo direito objetivo.

Como bem ensina Couture (1999, p.45): “[...] no estado de direito, a violência privada é substituída pela petição à autoridade [...] constitui um poder jurídico do indivíduo, mas é o único meio idôneo para obter a prestação da jurisdição”.

E prossegue COUTURE (1999, p.45):

[...] o poder jurídico de requerer perante a autoridade não pode ser denegado a ninguém; proibida a justiça privada, é evidente que se deve dar a todo sujeito de direitos a faculdade de obtê-la por intermédio da autoridade; privá-lo de uma e de outra, seria denegar-lhe a própria justiça. (COUTURE,1999, p.45)

Fica evidente que é direito de todo e qualquer cidadão buscar a solução dos conflitos por meio do poder judiciário.

Afirma Goldschmidt apud Couture (1999, p.113) que “ Os atos dispositivos, mais do que processuais pròpriamente [sic] ditos, são para-processuais [sic]. Ficam, via de regra, na periferia do processo”.

Na mesma linha de pensamento, prossegue COUTURE (1999, p.113)

[...] Muitos dêsses [sic] atos têm por objeto, justamente, prescindir o processo. A conciliação, a transação, o arbitramento, são verdadeiros substitutivos do processo, já que mediante êles [sic] a parte obtém os fins que haveria de obter mediante o processo. (COUTURE,1999, p.113)

Assim, destaca-se o fato de que não é exclusividade do Estado, nem a jurisdição e tampouco a resolução dos conflitos. À partir daí é possível falar dos equivalentes jurisdicionais como forma alternativa de tratamento de conflitos.

Conforme ensina TARTUCE (2008, p. 194)



Seja como for, há certos atos que, apesar de não oriundos de uma autoridade judiciária, podem conduzir, em determinadas situações, ao mesmo resultado que seria obtido com a intervenção estatal jurisdicional: a composição definitiva da lide. Tais atos são denominados “substitutivos da jurisdição” ou “equivalentes jurisdicionais”. (TARTUCE, 2008, p. 194)

E nesse mesmo contexto, prossegue

A noção de equivalentes jurisdicionais foi desenvolvida por Francesco Carnelutti: em seu entender, certos atos, embora não determinados pelo interesse estatal de composição de conflitos, contam com o reconhecimento de, sobre certas condições, serem dotados de idoneidade para alcançar o mesmo escopo ao qual tende a jurisdição. (TARTUCE, 2008, p.194)

Constata-se através dos conceitos supracitados, que os equivalentes jurisdicionais possuem natureza diversa da jurisdição, mas nem por isso deixam de ter eficácia no mundo jurídico.

Os equivalentes jurisdicionais, são as formas não jurisdicionais de solução de conflitos e, porque não são jurisdição, os equivalentes funcionam como técnica da tutela dos direitos, resolvendo conflitos ou certificando situações jurídicas. (DIDIER JÚNIOR, 2012, p.104)

No entendimento de NEVES (2016, p.03)

O Estado não tem, por meio da jurisdição, o monopólio da solução dos conflitos, sendo admitidas pelo Direito outras maneiras pelas quais as partes possam buscar uma solução do conflito em que estão envolvidas. São chamadas de equivalentes jurisdicionais ou de formas alternativas de solução dos conflitos. Há quatro espécies reconhecidas por nosso direito: autotutela, autocomposição (tradicionalmente chamada de conciliação), mediação e arbitragem. (NEVES, 2016, p. 03)

Cabe ressaltar que há uma corrente doutrinária que refere-se aos equivalentes jurisdicionais como jurisdição, fato ainda bastante controverso no mundo jurídico.

Em suma, os equivalentes jurisdicionais também chamados de formas alternativas de solução de conflitos são divididas em quatro: autotutela, autocomposição (conciliação), mediação e arbitragem. (NEVES, 2016, p.03)

Portanto, além da autotutela, há ainda a autocomposição dentre os equivalentes jurisdicionais, sendo que esta possui especial pertinência neste estudo, uma vez que como dito anteriormente, é também conhecida por conciliação.

Esta forma de equivalente tem a possibilidade de ocorrer tanto dentro de processo já instaurado, como também fora do processo jurisdicional, e consiste na



solução do conflito de forma altruísta, realizado pelo consentimento espontâneo de uma das partes, visto que esta acaba por sacrificar o interesse próprio, seja no todo ou em parte, em favor do interesse de outrem.

A litigiosidade e o número crescente de conflitos fazem parte de uma triste realidade brasileira, e medidas eficientes para a contenção de novas demandas devem ser adotadas.

Segundo TARTUCE (2008, p.27)

O tratamento eficiente das disputas mostra-se essencial, visto que a multiplicação do número de conflitos é uma realidade inegável e inexorável. Sua verificação decorre do crescimento da interação e da interdependência humana e organizacional. (TARTUCE, 2008, p. 27)

E por isso, atualmente são incentivadas outras formas de resolução das contendas geradas por uma sociedade em que as relações interpessoais possuem uma intensa dinâmica.

Conforme anteriormente aduzido, esse é o caso da autocomposição, que se dá quando os envolvidos, sem a intermediação de um terceiro (nem juiz, nem conciliador, nem mediador) encerram uma negociação. Esta forma vem sendo muito valorizada nos dias atuais, uma vez que acaba por fortalecer os vínculos interpessoais.

A autocomposição é o gênero, sendo suas espécies: a transação, a submissão e a renúncia, das quais se traz um breve conceito, uma vez que o presente trabalho não pretende ater-se a essa ótica.

A transação ocorre quando há a solução do conflito devido a ambas as partes fazerem concessões mútuas. Por sua vez, a submissão ocorre quando um dos conflitantes se submete voluntariamente à pretensão do outro, abdicando de seus interesses. Desta forma, quando feita em juízo pelo autor, passa a denominar-se renúncia. E quando feita pelo réu, é tida como reconhecimento da procedência do pedido. (DIDIER JÚNIOR, 2012, p. 106)

Elucidadas a autotutela e a autocomposição (conciliação) passa-se a discorrer sobre a mediação, a qual trata-se de uma forma alternativa de solução de conflitos realizada por profissional qualificado que auxilia os litigantes a encontrarem as causas do problema e as possibilidades de sua remoção para chegarem juntos a uma solução consensual do conflito para a manutenção da paz social.



Já a arbitragem é a última forma de autocomposição, e conforme ensina NEVES (2016, p. 19)

A arbitragem é antiga forma de solução de conflitos fundada, no passado, na vontade das partes de submeterem a decisão a um determinado sujeito que, de algum modo, exercia forte influência sobre elas, sendo por isso, extremamente valorizadas suas decisões. Assim, surge a arbitragem, figurando como árbitro o ancião ou o líder religioso da comunidade, que intervinha no conflito para resolvê-lo imperativamente. (NEVES, 2016, p. 19)

Nesta modalidade de autocomposição, diferentemente das demais, há a imposição da vontade do terceiro escolhido pelas partes, e a sua decisão na resolução do conflito, com a característica singular de aqui ser impositiva, - ao contrário das anteriores - deverá ser acatada pelos conflitantes, independentemente da sua vontade.

No Brasil foi promulgada a Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, que dispõe sobre a arbitragem. A seu respeito, cumpre ressaltar que há uma forte discussão por uma parte dos doutrinadores que defendem a natureza jurisdicional da arbitragem, muito embora esta genuinamente possua a natureza de equivalente jurisdicional.

Insta ressaltar que recentemente a Lei de arbitragem foi reformada através da Lei n. 13.129, de 26 de maio de 2015, a qual amplia o âmbito de aplicação da arbitragem, e também dispõe sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, revogando alguns dispositivos da Lei nº 9.307/96. Tais inovações fazem com que a arbitragem venha sendo cada vez mais valorizada no meio jurídico.

II. ALGUNS PONTOS DA CONCILIAÇÃO E DA MEDIAÇÃO NO NOVEL CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Com o advento da Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 – o novo Código de Processo Civil traz consigo algumas alterações de suma importância para o Direito pátrio, dentre as quais passa a dar uma maior ênfase ao tratamento de conflitos através da Conciliação e da Mediação.



Para os leigos, e até para alguns doutrinadores, a conciliação e a mediação são considerados institutos sinônimos, o que o legislador por muitos anos também nutriu. Tanto é assim, que até mesmo na doutrina há esse tipo de confusão.

Para Athos Gusmão Carneiro apud Tartuce (2008, p.69) a conciliação judicial

Marca um ponto de encontro entre a autocomposição e a heterocomposição da lide. É autocomposição porque as próprias partes tutelam seus interesses, fixando livremente conteúdo do ato que irá compor o litígio; mas tal ponto de convergência é encontrado por iniciativa e sob as sugestões de um mediador qualificado, que buscará conduzir as partes no sentido de uma composição consoante com a equidade [sic]. (TARTUCE, 2008, p. 69)

Por este trecho, Tartuce (2008) bem demonstra que nem mesmo os doutrinadores escapam desta confusão conceitual envolvendo a conciliação e a mediação, o que é inconcebível, visto a singularidade de suas características.

E mais, ambas possuem diferenças marcantes e perceptíveis, não cabendo de forma alguma tal ambiguidade. Cumpre aqui destacar o papel que desempenham na autocomposição a negociação, a conciliação e a mediação.

Enquanto na negociação as partes chegam a uma transação sem a intervenção de um terceiro, tentam resolver suas divergências diretamente.

Segundo CAHALI (2013, p. 39)

Negociam com trocas de vantagens, diminuição de perdas, aproveitam oportunidades e situações de conforto, exercitam a dialética, mas, em última análise, querem uma composição, e para tanto, o resultado deve propiciar ganhos recíprocos, em condições mutuamente aceitáveis e equitativas, caso contrário será rejeitado por uma das partes. (CAHALI, 2013, p. 39)

A conciliação e a mediação, por sua vez, são meios que pressupõem a intervenção imparcial de um terceiro, de forma que possa facilitar a composição entre as partes e resultar em um acordo razoável para todos os envolvidos.

Na conciliação, a presença deste terceiro a quem se denomina conciliador, e atuará como mero intermediário das partes de forma incisiva na busca pela obtenção de um acordo para a solução do problema, extinguindo o litígio.

A conciliação é o método mais pertinente para a solução de conflitos ditos objetivos, nos quais não tenha havido convivência ou outro tipo de vínculo anterior entre as partes, e tampouco haja probabilidade de gerar ou restabelecer alguma relação continuada entre eles.



O conciliador não tem o poder de decidir o conflito, mas pode desarmar os espíritos e levar as partes a exercer suas vontades no caso concreto para resolver o conflito de interesse.

Assim conceitua TARTUCE (2008, p. 66)

[...] um profissional imparcial intervém para, mediante atividades de escuta e investigação, auxiliar os contendores a celebrar um acordo, se necessário expondo vantagens e desvantagens em suas posições e propondo saídas alternativas para a controvérsia sem, todavia, forçar a realização do pacto. O objetivo de sua atuação é alcançar um acordo que, ainda que não plenamente satisfatório, evite complicações futuras com dispêndio de tempo e dinheiro. (TARTUCE, 2008, p. 66)

Com efeito, o papel do conciliador é exatamente o de compreender o que originou o conflito, fazendo propostas de composição com a finalidade de que haja aceitação e posterior celebração de acordo entre as partes, sendo este um procedimento de menor complexidade do que seria o papel do mediador. Concluindo-se, desta feita, que a apresentação de propostas e a finalidade de obter o acordo podem ser consideradas as principais características da conciliação.

Assim, um dos principais pontos de divergência entre os institutos da conciliação e da mediação, encontra-se no fato de que o conciliador propõe soluções para o conflito às partes, ao passo que na mediação, além de não haver interferência do mediador, que apenas busca escutar e entender as partes, o assunto central não é o conflito, mas sim as causas que o originaram.

A mediação, por sua vez possui identidade peculiar, pois é forma alternativa de solução de conflitos fundada no exercício da vontade das partes, o que é suficiente para ser considerada espécie de forma consensual do conflito, mas não deve ser confundida com a autocomposição. (NEVES, 2016, p.6)

Tal método é indicado em casos de uma relação prolongada, intensa entre as partes. Uma relação que busca-se pacificar e conservar, na perspectiva de uma futura convivência harmônica.

No Novel Código de Processo Civil, o art. 165 e seus parágrafos, aduzem acerca dos conciliadores e mediadores judiciais:

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.



§ 1º A composição e a organização dos centros serão definidas pelo respectivo tribunal, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça.

§ 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.

§ 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.

É a figura do mediador quem conduz as partes para a descoberta das causas da contenda, de forma a possibilitar a sua remoção, e a partir daí, chegarem a uma solução consensual do conflito por si sós.

Desta sorte, tanto a mediação quanto a conciliação judicial, além de protegerem as relações interpessoais, visam também abrandar os efeitos provocados pela crise enfrentada pelo Poder Judiciário nos últimos anos. E a partir da entrada em vigor do Código de Processo Civil, ambos os métodos passaram a ser estimulados para que a resolução de conflitos seja realizada de forma mais eficaz e satisfatória.

Conforme se pode perceber do texto legal supracitado, o conciliador lida com as situações nas quais não há relação anterior entre as partes, ao contrário da mediação, que visa além de solucionar o conflito, que a relação existente entre as partes não seja prejudicada, no intuito de que as partes prossigam com a relação amigavelmente.

Aliás, o CPC juntamente com a Resolução n. 125 do CNJ prevê a criação de centros também que há a previsão legal da criação de centros judiciários de solução de conflitos, além de um cadastro nacional de conciliadores e mediadores, como também serem capacitados por curso de formação em órgão reconhecido pelo CNJ e pelo Ministério da Justiça.

Nesse contexto, HAYNES (1993, p.11) apud SPENGLER (2016, p.20)

A palavra mediação evoca o significado de centro, de meio, de equilíbrio, compondo a ideia de um terceiro elemento que se encontra entre os conflitantes, não sobre, mas entre eles. Por isso, a *mediação* é vista como um processo em virtude do qual um terceiro (o mediador) ajuda os participantes de uma situação conflitiva a tratá-la, o que se expressa em uma solução aceitável e estruturada de maneira que permita ser possível a continuidade das relações entre as pessoas envolvidas no conflito. (SPENGLER, 2016, p. 20)



O Direito brasileiro está indo ao encontro de um novo modelo, vez que encontra-se em uma busca incessante para arranjar alternativas satisfatórias para lidar com a crise pela qual passa o poder judiciário, uma vez que este poder já não mais transmite segurança necessária aos cidadãos para a complexidade da resolução de tais problemas.

Entretanto, apesar dos esforços para sua manutenção, o que se percebe é um judiciário abarrotado de lides e mais lides, as quais por mais simples que sejam, podem perdurar por muitos anos. Isso, sem falar nos casos em que há interesse das próprias partes de procrastinar o feito.

Nesse sentido, e devido a esta enorme crise de efetividade, em que apenas são visados os números, e não a qualidade do serviço prestado, toda aquela pompa que até hoje se traduz nos prédios que abrigam os Foros, nas vestes dos magistrados, nas palavras, nos rituais, nos mitos ainda contidos, não são mais suficientes para a sociedade moderna, a qual tem aderido às novas formas de tratamentos de conflitos, no afã de desafogar tal poder.

Nesta perene busca por novas formas de realizar a justiça e dar uma maior segurança àqueles que diariamente buscam no Judiciário a solução para as suas divergências, surgindo e almejando estabelecer-se no mundo jurídico, um novo modelo jurisdicional, que pretende deslindar satisfatoriamente tal impasse.

Cabe ao operador do Direito perceber que a ele compete a tarefa de inserir a ideia de que tanto a conciliação quanto a mediação são institutos confiáveis, assim como também deveria sê-lo o Poder Judiciário ao lidar com a imensidão de demandas que dia a dia o abarrotam com maior intensidade.

Enquanto a conciliação é a opção mais adequada para os conflitos de interesses que não envolvam relações continuadas, naquelas em que não há vínculo algum anterior entre as partes, e tampouco a possibilidade de virem a ter.

Por sua vez, a mediação busca reconstruir o liame perdido devido ao conflito. É preferencialmente em casos nos quais as partes já mantinham algum vínculo, o qual deve e necessita ser mantido. Nas palavras de Spengler (2016, p. 20): “Possuem como base o princípio de religar aquilo que se rompeu, restabelecendo uma relação para, na continuidade, tratar o conflito que deu origem ao rompimento”.

A principal diferença identificada entre a conciliação e a mediação está na origem do conflito.



A mediação tanto pode ocorrer em conflitos judiciais como extrajudiciais, podendo ser utilizada em diversas áreas do Direito, que pode ir desde o direito de família, a mediação comunitária, e até mesmo no contexto escolar. (SPENGLER, 2016, p. 20)

De suma importância destacar que uma das principais características da mediação encontra-se na confidencialidade das informações que são obtidas pelo mediador nas reuniões. No entanto, cabe frisar que a despeito disso, no caso de haver um acordo, este deverá ser público.

Destarte, apesar de que através deste método de tratamento de conflitos é essencial a confidencialidade de reunião, a qual somente deixa de existir em casos extremos. Portanto, há de se convir que no caso de haver ameaças à vida e à integridade física de alguém, incluindo ainda abusos contra crianças, tais fatos não podem esconder-se atrás do véu da confidencialidade, havendo o dever moral do mediador de comunicar tais fatos às autoridades responsáveis. (SPENGLER, 2016)

III- A MEDIAÇÃO NA LEI N. 13.140, DE 26/06/2015

Também denominada Lei da mediação, a Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015 dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e também acerca da autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

A mediação é um tipo de equivalente jurisdicional que se manifesta como uma das melhores alternativas para a solução de conflitos na atualidade.

No parágrafo único do art. 1º. da Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015, enuncia um sucinto conceito do que seja o instituto da mediação:

Considera-se mediação 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.

A mediação vem como uma alternativa para as partes resolverem seus conflitos através da intervenção de um terceiro que as auxilia na busca por uma solução satisfatória para aqueles.

É o entendimento de BOLZAN DE MORAIS; SPENGLER (2012, p. 132)



[...] a mediação, assim como as demais formas de tratar os conflitos, não constitui um fenômeno novo, na verdade sempre existiu e passa a ser redescoberta em meio a uma crise profunda dos sistemas judiciários de regulação dos litígios – no cenário brasileiro, por exemplo, assiste-se não só a uma crise estrutural (instalações), funcional (pessoal), substancial (métodos) do Poder Judiciário, como a uma crise generalizada nas instituições (crise na educação, saúde, previdência social, economia). (BOLZAN DE MORAIS; SPENGLER, 2012, p.132)

É de fácil percepção que o Poder Judiciário há muito já não suporta a carga exacerbada de processos pendentes, das demandas muitas vezes repetitivas, e este assim como o Estado, está alarmante em crise, fazendo com que se busque e efetive novas alternativas para a solução de conflitos. E mais, que estas novas alternativas tragam a eficácia e a celeridade há muito desprezadas pelo caótico momento em que vive o judiciário.

A lei n. 13.140/2015, a qual regulamenta a mediação, vem para trazer um novo fôlego no tratamento de conflitos, vez que atua preconizando a busca pela pacificação social através de um terceiro elemento que se coloca entre os conflitantes, e lhes auxilia para juntos os mediandos encontrarem uma solução satisfatória para seu conflito.

Como bem expressa Spengler (2016, p. 20): “Possuem como base o princípio de religar aquilo que se rompeu, restabelecendo uma relação para, na continuidade, tratar o conflito que deu origem ao rompimento”.

A mediação baseia-se no equilíbrio da relação, capacitando as partes a encontrar os pontos controversos, e por si sós encontrarem a melhor maneira de resolver suas pendências. É o que pode chamar-se de Direito Fraternal. (SPENGLER, 2016).

O mediador busca identificar as causas que originaram o conflito, analisando desde os anseios até a postura dos mediandos.

Nas palavras de KAZUO WATANABE apud CAHALI (2013, p. 51)

O objetivo primordial que se busca com a instituição de semelhante política pública é a solução mais adequada dos conflitos de interesses, pela participação decisiva de ambas as partes na busca do resultado que satisfaça seus interesses, o que preservará o relacionamento delas, propiciando a justiça coexistencial. A redução do volume de serviços do judiciário é mera consequência desse importante resultado social. (CAHALI, 2013, p.51)



Cabe ressaltar que por ser um instituto relativamente novo na legislação pátria, a mediação ainda é vista com certa reserva por alguns juristas, e suscita resistência quanto à sua utilização e se torna alvo de suas críticas. (SPENGLER, 2016, p.22)

O que se depreende é que há ainda uma ignorância muito grande acerca do tema, tanto por parte dos próprios operadores do direito, como principalmente da população em geral. Alimentando ainda mais a retrógrada cultura da judicialização de todo e qualquer conflito, nos quais se submetem a uma decisão imperativa de um juiz, que 'dirá o direito', e é investido para tanto.

Essa cultura de que apenas o juiz vai decidir equitativamente acaba por colocar em xeque o real papel da mediação.

Enquanto isso, há um empoderamento dos juízes, os quais sentem-se como verdadeiras sumidades da justiça, semideuses que trazem consigo a verdade suprema, incontestável.

Muito da desconfiança em relação à mediação, é porque possui uma maior flexibilidade procedimental, dando liberdade ao mediador de agir de acordo com seu próprio estilo. E, de acordo com Spengler (2016, p. 24) "Muitas críticas são tecidas especialmente quanto a um dos seus aspectos principais: a informalidade que, segundo os críticos, gera a insegurança e a incerteza jurídica."

A mediação possui como princípios norteadores, de acordo com o disposto no art. 2º da Lei 13.140/15 : a imparcialidade do mediador; a isonomia entre as partes; a oralidade; a informalidade; a autonomia da vontade das partes; a busca do consenso; a confidencialidade, e por último, a boa-fé.

O problema com o qual se depara é que sequer há conhecimento da possibilidade da realização de mediação por um grande número da população. Aliás, a falta de empenho por parte do judiciário para erigir a mediação a um patamar mais elevado, é um dos principais fatores pelos quais esta não é adotada em um maior número de contendas.

Muitas vezes são partes destas lides algumas pessoas desabastadas, visto que garantido seu acesso ao judiciário com base no que prevê a Lei da Assistência Judiciária gratuita, Lei n. 1060/50.

Muito embora haja a possibilidade de que estas pessoas possam utilizar-se do instituto da mediação, muito embora sequer há conhecimento por grande parte das pessoas carentes e demais setores da sociedade de que a Lei da mediação, no art.



4º, §2º, confere aos necessitados a gratuidade, assim como já ocorre pela Lei da AJG.

Infelizmente, o que se vê é que o Judiciário, repleto de ritos, seu palavreado rebuscado e os mitos que traz consigo, não mais consegue suportar ser o único detentor do monopólio da violência. E é aí que entram as formas alternativas de solução de conflitos, numa espécie até mesmo de filtro para o ingresso ao judiciário.

É pertinente ressaltar que muito se fala em introduzir a mediação no sistema jurisdicional, através de sua institucionalização. O que não pode acontecer de forma alguma, visto que faria parte do mesmo judiciário em crise, ao qual se busca alternativas.

Nesse sentido é o entendimento de SPENGLER (2016, p. 23)

O risco de introduzir a mediação no sistema jurisdicional é reduzi-la à condição de um mero instrumento a serviço de um Sistema Judiciário em crise, mais do que da paz social. A sua institucionalização pode resultar útil se observada conforme critérios econômicos, mas perigosa de acordo com critérios jurídico-políticos.

A introdução da mediação no sistema jurisdicional seria um retrocesso inadmissível para o Direito, visto que seria colocada no mesmo patamar desse Judiciário que hoje se apresenta, um modelo retrógrado, ineficaz e muitas vezes nocivo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para rematar, é possível a compreensão de que o Estado de Direito veda veementemente a autotutela, e para isso tomou para si o monopólio da violência, através do poder jurisdicional que incumbiu ao Judiciário.

No entanto, a enorme crise pela qual passa o Poder Judiciário, que sofre com a falta de meios adequados para realizar a atividade jurisdicional, que vão desde falta de recursos financeiros até a falta de pessoal. São demandas e mais demandas que os cidadãos diuturnamente ingressam para terem tutelados os seus direitos, as quais perduram por longos anos sem nenhuma solução.

O que se denota, é que o judiciário com o passar do tempo foi perdendo sua força e principalmente, sua credibilidade junto à população. Não são raras as



exceções que a pessoa mesmo com um direito assegurado, “nem perde tempo de procurar o judiciário”.

E é nesse contexto, de um Estado e um Poder Judiciário esfacelados que entram em vigor o Novel CPC e a Lei da Mediação, ambas leis de suma importância para o futuro do Direito pátrio. Estas leis pretendem humanizar as relações através dos equivalentes jurisdicionais, encontrados aqui com maior ênfase a conciliação e a mediação. Tais institutos visam canalizar os caminhos que levam ao judiciário, de forma que sua atuação passe a ser apenas uma via residual, devendo atuar somente quando absolutamente necessário, o que é uma quimera, uma vez que os cidadãos acreditam que o acesso à justiça se dá apenas pelo Poder Judiciário.

A conciliação e a mediação podem vir a recuperar a credibilidade da justiça, tanto quanto do sistema judicial, uma vez que aplicadas, estas formas alternativas possuem o propósito específico de lidar melhor com as lides, dando maior atenção e cuidado não apenas para o caso em si, mas para as partes, que anseiam por compreensão, atenção e uma solução.

O fato é que enquanto no Poder Judiciário, pela decisão impositiva do juiz haverá apenas um ganhador, nas formas alternativas não se fala em ganhador e perdedor. Utiliza-se que ambas as partes envolvidas no conflito sejam ganhadores, no sistema ganha-ganha. Aliás, muitas vezes ocorre de uma mediação não ser finalizada com um acordo, mas como seu intuito é relativo justamente a entender o conflito e fazer com que as partes encontrem por si sós uma melhor solução, para que possam dar continuidade a sua relação sem as pendências do conflito que lhes levou a procurar uma escolha alternativa àquele Poder.

O que se depreende no estudo é que o imponente, porém defasado Poder Judiciário, o qual sob o pretexto de deter o monopólio legítimo da violência, vem cometendo as maiores agruras em prol do que julgam ser o Direito. Os institutos da conciliação e da mediação despontam como as alternativas mais sensatas para uma solução de conflitos mais eficiente e humanizada, com o intuito de promover a pacificação social, consolidando o Direito Fraternal como norma suprema no cenário jurídico.

REFERÊNCIAS



BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: resolução CNJ 125/2010 (e a respectiva emenda de 31 de janeiro de 2013): mediação e conciliação*. 3.ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos do direito processual civil*. Trad. Benedicto Giacobini. São Paulo: RED Livros, 1999.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. V.1. 14^a. Ed. - Salvador, JusPodivm, 2012.

LEAL, Mônia Clarissa Henning. *Manual de metodologia da pesquisa para o Direito*. Santa Cruz do Sul : EDUNISC, 2007.

MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativa à jurisdição*. 3^a ed. rev. e atual. com o Projeto de Lei do novo CPC brasileiro (PL 166/2010), Resolução 125/2010 do CNJ – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil – volume único*. 8.ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

SANTOS, Moacir Amaral, 1902-1983. *Primeiras linhas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1998.

SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação de conflitos : da teoria à prática*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. Rio de Janeiro: Forense : São Paulo: Método, 2008.