TARTUCE, Fernanda. Mediação de Conflitos: Proposta de Emenda Constitucional e Tentativas Consensuais Prévias à Jurisdição /Fernanda Tartuce. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil/Ed. 82 - Jan/Fev 2018, p. 5 – 21

Mediação de Conflitos: Proposta de Emenda Constitucional e Tentativas Consensuais Prévias à Jurisdição

Fernanda Tartuce

Doutora e Mestre em Direito Processual pela USP; Professora no programa de Mestrado e Doutorado da FADISP (Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo); Professora e Coordenadora de Processo Civil na EPD (Escola Paulista de Direito); Membro do IBDP (Instituto Brasileiro de Direito Processual), do IASP (Instituto dos Advogados de São Paulo), do IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família) e do Ceapro (Centro Avançado de Estudos de Processo); Advogada Orientadora do Departamento Jurídico XI de Agosto; Mediadora e Autora de publicações jurídicas.

RESUMO: No presente artigo, será destacada a mediação, mecanismo consensual de abordagem de controvérsias que há décadas vem sendo objeto de atenção e investimento institucional em diversos países tanto no plano judicial quanto na seara extrajudicial. Na abordagem aqui proposta, serão destacados os dispositivos da Constituição Federal que promovem, ainda que implicitamente, a composição consensual de conflitos, assim como a relação da mediação de conflitos com a cultura de paz e a mudança de redação a partir da aprovação da Proposta de Emenda Constitucional nº 108/2015. Finalmente, será analisada uma última questão: há como exigir que um litigante demonstre ter engendrado tentativas consensuais antes de ingressar em juízo?

PALAVRAS-CHAVE: Mediação de Conflitos. Meios Extrajudiciais. Proposta de Emenda Constitucional nº 108/2015.

SUMÁRIO: 1 Relevância do Tema. 2 Dispositivos Constitucionais Fomentadores de Meios Extrajudiciais; 2.1 Mediação de Conflitos e Cultura de Paz. 3 Proposta de Contemplação Expressa: PEC nº 108/2015 do Senado. 4 Tentativa Prévia de Adoção de Meios Consensuais e Acesso à Justiça; 4.1 Visão Doutrinária; 4.2 Busca de Meios Consensuais como Condição da Ação: Destaques sobre Decisões Judiciais. 5 Conclusões. 6 Referências Bibliográficas.

1 Relevância do Tema

Nossa Constituição Federal, tantas vezes alterada, pode ser alvo de mais uma modificação para contemplar o tema em análise. A PEC nº 108/2015 foi apresentada com o propalado objetivo de inserir na Constituição o inciso LXXIX ao art. 5º com a seguinte redação: "o Estado estimulará a adoção de métodos extrajudiciais de solução de conflitos" 1.

Vale pontuar que o legislador anda definitivamente focando no estímulo de condutas como objeto de normatividade: por força de inclusões promovidas pela Emenda Constitucional nº 85/2015, passou a constar no texto duas vezes 2 a menção ao estímulo estatal no capítulo IV (que trata de ciência, tecnologia e inovação).

No plano infraconstitucional, também em 2015, veio a lume no Novo Código de Processo prevendo que o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual de conflitos (art. 3º, § 2º).

Doutrinadores vêm devotando atenção ao assunto. Estudiosos lembraram a importância do incentivo a soluções negociadas ao aprovar, na I Jornada "Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios" 3 do Conselho da Justiça Federal, o Enunciado nº 17: "nos processos administrativo e judicial, é dever do Estado e dos operadores do Direito propagar e estimular a mediação como solução pacífica dos conflitos".

Como exposto, apesar de todos os destaques existentes, ainda tramita o mencionado projeto de emenda para incluir expressamente a menção, na Constituição Federal, sobre o incentivo à adoção de meios extrajudiciais de solução de conflitos.

No presente artigo, será destacada a mediação, mecanismo consensual de abordagem de controvérsias que há décadas vem sendo objeto de atenção e investimento institucional em diversos países tanto no plano judicial quanto na seara extrajudicial.

Na abordagem aqui proposta, serão destacados os dispositivos da Constituição Federal que promovem, ainda que implicitamente, a composição consensual de conflitos, assim como a relação da mediação de conflitos com a cultura de paz e a mudança de redação a partir da aprovação da Proposta de Emenda Constitucional nº 108/2015. Finalmente, será analisada uma última questão: há como exigir que um litigante demonstre ter engendrado tentativas consensuais antes de ingressar em juízo?

2 Dispositivos Constitucionais Fomentadores de Meios Extrajudiciais

Alguns dispositivos constitucionais, em variados contextos, dão relevo ao uso de mecanismos extrajudiciais de composição de conflitos: 1) a "solução pacífica das controvérsias" é indicada no preâmbulo 4 e no âmbito das relações internacionais 5; 2) há destaque à negociação coletiva e à arbitragem em conflitos de trabalho 6; 3) há previsão de criação de juizados especiais e justiça de paz, o primeiro incluindo competência para a conciliação 7 e o segundo com "atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional" 8; 4) há proposta de criação de câmaras de conciliação para tratar do pagamento de precatórios (art. 97, *caput* e § 8º, inciso III, do ADCT).

Por certo prisma, na tradição brasileira "o preâmbulo é considerado uma importante fonte de interpretação, já que se sujeitou, como o restante do texto, à votação por parte dos componentes da assembleia constituinte, muito embora não partilhe da força normativa das regras constantes do texto remanescente" 9. Assim,

> "(...) o preâmbulo deve ser interpretado para uma plena integração com todo o restante do texto magno: não pode ser invocado de maneira isolada - mas, ao mesmo tempo, não deve criar nem direitos, nem deveres. Ressalte-se, todavia, que os princípios nele constantes devem ser observados, pois, no plano dos valores e da sua impulsão orientadora, o preâmbulo guarda relevância." 10

Nesse sentido, merecem destaque as palavras de Cármen Lúcia ao relatar o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.649 pelo Supremo Tribunal Federal 11. Ao sustentar que o preâmbulo da Constituição de 1988 contém "a explicitação dos valores" que a regem, afirmou a Ministra que:

> "não apenas o Estado haverá de ser convocado para formular as políticas públicas que podem conduzir ao bem-estar, à igualdade e à justiça, mas a sociedade haverá de se organizar segundo aqueles valores, a fim de que se firme como uma comunidade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...). Na esteira destes valores supremos explicitados no Preâmbulo da Constituição brasileira de 1988 é que se afirma, nas normas constitucionais vigentes, o princípio jurídico da solidariedade." 12

As demais previsões constitucionais sobre os meios extrajudiciais integram-se à proposta de prover diversificadas opções no quadro de distribuição de justiça - missão essencial que vem sendo desempenhada com inúmeros desafios. Esses dispositivos indicam, de forma clara e mesmo explícita, que a Constituição Federal, em uma leitura sistemática, adota postura favorável à solução extrajudicial de conflitos ao mencionar negociação, arbitragem e conciliação em previsões diversificadas.

Dentre os meios extrajudiciais, a mediação vem se inscrevendo "em diversas culturas e tradições legais como expediente ao mesmo tempo singelo e eficaz de resolução pacífica de conflitos" 13, razão pela qual é salutar compreender melhor seus meandros.

2.1 Mediação de Conflitos e Cultura de Paz

A disseminação da mediação promove o reforço da cultura de paz por meio do estímulo ao diálogo e à solução pacífica das disputas - fatores extremamente benéficos para a pacificação social, como um todo, em suas diversas vertentes 14.

A cultura de paz é integrada por valores, atitudes e comportamentos que refletem e inspiram a interação social e a partilha baseada nos princípios de liberdade, justiça, democracia, direitos humanos, tolerância e solidariedade; implica também em iniciativas

> "(...) que rejeitem a violência e se esforcem para evitar conflitos, atacando suas causas para resolver os problemas através de diálogo e negociação; e que garantam o pleno exercício de todos os direitos e os meios para participar plenamente no processo de desenvolvimento de sua sociedade." 15

Costuma-se afirmar que falta no Brasil, às pessoas em conflito e/ou aos seus advogados, disposição para contemplar mecanismos extrajudiciais - sobretudo consensuais. Segundo Kazuo Watanabe, a cultura da sentença instalou-se assustadoramente entre nós, preconizando um modelo de solução contenciosa e adjudicada dos conflitos de interesses 16. Assim, há que se substituir, paulatinamente, a cultura da sentença pela cultura da pacificação 17.

A substituição gradual da mentalidade contenciosa por olhares que contemplam meios extrajudiciais passa, decididamente, pela vivência de experiências proveitosas. Oportunidades existem: diversas iniciativas vêm sendo engendradas no país para que desenlaces produtivos tenham lugar a partir da construção de consensos.

Ao ponto, vale destacar a existência de importante estudo sobre boas práticas em mediação no Brasil, resultante de pesquisa promovida pela Secretaria de Reforma do Judiciário em parceria com o Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais e a Fundação Getulio Vargas - Direito/SP. No relato sobre experiências e desafios para uma mudança na cultura da litigiosidade no Brasil, foram destacadas a dificuldade de manter os programas de mediação existentes e a escassez de mediadores capacitados 18. Como bem expresso no relatório,

> "(...) o principal desafio identificado nos programas de mediação estudados é a sua efetiva institucionalização, que permita o seu funcionamento e aprimoramento constantes. É necessário que o programa subsista às mudanças institucionais e que não seja totalmente dependente de lideranças individuais que foram fundamentais à sua concepção." 19

Em certa medida, a contemplação de previsão expressa na Constituição Federal pode contribuir para que os gestores do sistema estatal levem mais a sério a institucionalização de meios extrajudiciais de composição de conflitos? Analisemos a proposta.

3 Proposta de Contemplação Expressa: PEC nº 108/2015 do Senado

Como apontado, a PEC nº 108/2015 foi apresentada com o propalado objetivo de inserir, na Constituição Federal, o inciso LXXIX ao art. 5º nos seguintes termos: "o Estado estimulará a adoção de métodos extrajudiciais de solução de conflitos" 20.

Na justificação do projeto, ao mencionar mediação, conciliação e arbitragem, o proponente da Emenda, Senador Vicentinho Alves, evoca como argumentos favoráveis à proposta: (i) a ineficácia do direito fundamental de acesso à justiça devido ao aumento de demandas e à falta de estrutura do Poder Judiciário para tratá-las; (ii) o "culto ao litígio" existente na sociedade brasileira, decorrente da "ausência de espaços institucionais voltados à comunicação das pessoas em conflito"; (iii) o modelo do "sistema multiportas" é evocado como alternativa à solução de conflitos para um Judiciário sobrecarregado.

O CPC/2015 aponta, em texto de redação similar ao da proposta (embora focado na autocomposição), que o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual de conflitos (art. 3º, § 2º).

O fato não escapou ao proponente da emenda: para ele, embora haja previsões nesse sentido na legislação, como o tema está presente apenas implicitamente na Constituição Federal, o propósito da PEC nº 108/2015 é "homenagear esses meios alternativos de solução de conflitos e erigi-los à categoria de norma constitucional de conteúdo principiológico, reforçando a necessidade de sua prática mais intensa em âmbito judicial e extrajudicial".

A proposta foi encaminhada à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal, onde foi relatada pelo Senador Blairo Maggi (PMDB-MT). O parecer foi positivo e adicionou argumentos à justificação do proponente 21.

Para o relator, teria havido um lapso quando da aprovação da Emenda Constitucional nº 45/04 por não se ter elevado a *status* constitucional a "solução alternativa de conflitos"; além disso, a proposta é oportuna por dar "o suporte constitucional necessário à criação de novos procedimentos legais de solução de conflitos, sem que seja necessário promover o aumento de ações em curso perante o Poder Judiciário".

Indo além do quanto pensado pelo proponente, o relator enxerga que, para além da conciliação, da mediação e da arbitragem, a emenda abriria o caminho para a "criação de novos métodos de autocomposição para que se promova a solução extrajudicial de conflitos".

Espelhando essa posição, mais ampla que a original, o Senador Blairo Maggi opinou pela aprovação da PEC com uma emenda, de forma que o dispositivo passaria a ter a seguinte redação: "O Estado promoverá os meios necessários para a resolução de conflitos por meio da mediação, da conciliação, da arbitragem, sem prejuízo de outros métodos de autocomposição previstos em lei".

A mudança na redação do dispositivo, introduzida no relatório do Senador Blairo Maggi, parece de fato melhorar a qualidade do dispositivo projetado por duas razões.

Em primeiro lugar, a redação originária mencionava apenas métodos extrajudiciais, como se o foco do problema fosse simplesmente aliviar a carga de trabalho do Poder Judiciário.

Adotando tom mais consentâneo com os dispositivos constitucionais existentes, a redação emendada não limita o uso da consensualidade ao ambiente extrajudicial - o que, aliás, ensejaria restrição indevida. Mais que isso, a melhora no dispositivo se fundamenta em outro ponto: promover a ideia, explicitada na nova redação, de que os métodos extrajudiciais constituem um rol aberto para além da arbitragem, da mediação e da conciliação. Ora, é justamente essa uma das principais tendências atuais em matéria de mecanismos extrajudiciais, havendo em muitos contextos razões para que o método seja construído inteiramente *ad hoc*, de modo customizado, diante do conflito existente.

Embora, de fato, a Resolução nº 125/2010 do CNJ, o Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) e a Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015) integrem um microssistema [22] de meios consensuais de composição de conflitos no ordenamento brasileiro, a inserção de um dispositivo no rol dos direitos fundamentais pode ter relevantes impactos.

Uma visão cética poderia ver a inserção da previsão como adição de mera norma programática sem maiores consequências. No entanto, a própria Constituição, no art. 5º, § 3º, garante que "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata". Desse modo, o legislador e a administração passam a ficar vinculados, quando da tomada de decisões, ao compromisso com o tratamento consensual de controvérsias.

Nessa medida, a partir da aprovação da emenda, há quem espere "uma nova maneira de o Estado se portar, como ente proativo, a fim de dar efetividade a esse novo direito fundamental" - sob pena de, não o fazendo, poderem "os indivíduos (no plano jurídico subjetivo) dele exigir o exercício positivo desses direitos" [23].

A relevância do incentivo à adoção de meios extrajudiciais resta também evidente quando se pensa na administração pública, maior litigante do país; ela precisa se engajar no desenvolvimento de mecanismos diferenciados (sobretudo consensuais) para que o sistema de justiça possa operar de forma adequada.

Por fim, as decisões já tomadas no ordenamento em favor da contemplação da adoção de meios consensuais, em nível infralegal, têm renovado o seu fundamento de validade, e toda transformação restritiva poderá ser compreendida como inconstitucional - mormente quando se tem em conta que, sob o ângulo do art. 60, § 4º, inciso IV, da Constituição Federal, uma vez aprovado o dispositivo, ele não poderá sequer sofrer emenda que tenda a abolir o direito nele expresso.

4 Tentativa Prévia de Adoção de Meios Consensuais e Acesso à Justiça

É possível conceber a existência de efetivo interesse de agir em juízo apenas quando a parte tiver comprovado o esgotamento das possibilidades de sanar a controvérsia consensualmente?

4.1 Visão Doutrinária

A resposta positiva é defendida por alguns estudiosos, merecendo destaque a visão de Rodolfo de Camargo Mancuso: o interesse de agir pode não estar presente quando "não esgotadas as vias suasórias ou enquanto não tentada a prevenção/resolução do conflito por outros meios, auto ou heterocompositivos" 24. Nessa linha, exige-se que, antes de procurar o Poder Judiciário para buscar a tutela jurisdicional, esteja configurada a efetiva impossibilidade de a parte obter, por si própria, a situação almejada.

Um argumento técnico usado para justificar essa visão é a exigência de interesse processual. Para que o feito avance rumo à solução judicial de mérito, deve estar presente o interesse em utilizar a via jurisdicional. O interesse de agir é tradicionalmente compreendido sob duplo aspecto: pela imprescindibilidade de invocar a tutela jurisdicional ("interesse-necessidade") e por ser a via eleita apropriada para a obtenção da medida, que deve ser útil no caso concreto ("interesse-adequação") 25.

Apesar de ser compreensível o posicionamento embasado na falta de interesse de agir, sua prevalência não tem se verificado no cenário brasileiro. Como destaca Marco Lorencini, o instituto "interesse de agir", sob o aspecto da necessidade de demandar, perdeu-se no tempo: o Estado-Juiz deixou de exigir "demonstração concreta de que se tentou resolver o conflito de forma diferente da solução adjudicada proposta pelo ente estatal" 26.

O prestígio à autocomposição decididamente prevaleceu nas recentes mudanças legislativas: a realização de uma sessão consensual inicial está prevista tanto no Código de Processo Civil de 2015 como na Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015) - mas o legislador não chegou ao ponto de condicionar o ingresso no Poder Judiciário à demonstração de prévia tentativa consensual.

O sistema engendrado por ambas as Leis prevê que, após a propositura da ação, o juiz, verificando a presença dos "requisitos essenciais" e não constatando ser caso de improcedência liminar do pedido, mande citar o réu para comparecer à sessão consensual 27. A previsão indica que a tentativa de autocomposição não foi eleita pelo sistema como um elemento essencial do "interesse de agir", mas sim que seu fomento se dará a partir do estabelecimento da sessão consensual como uma etapa prioritária do processo.

Além disso, o Novo CPC contempla exceções à realização da tentativa de autocomposição, destacando que a audiência não será realizada (i) se ambas as partes manifestarem expressamente seu desinteresse 28 ou (ii) se os direitos em discussão não admitirem autocomposição 29.

Outra indicação de que as recentes alterações legislativas não optaram por vincular a tentativa de autocomposição como parte do interesse de agir é o fato de que a ausência do autor à sessão consensual não acarreta a extinção do processo sem resolução de mérito. A falta de comparecimento, quando injustificada, é considerada ato atentatório à dignidade da justiça e tem a mesma sanção prevista para autor e réu: multa de até 2% da vantagem econômica pretendida no processo ou do valor da causa 30.

Vale também destacar que o filtro para o encaminhamento de disputas à possível composição por meios consensuais tem enorme relevância.

O Novo CPC, no art. 3º, § 2º, destaca que "o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos".

A análise sobre a efetiva possibilidade de negociações no caso concreto é essencial para que haja a adoção apropriada dos meios consensuais; se na petição inicial houver resistência à autocomposição, por exemplo, embasada no descumprimento de acordos anteriores, não

poderá ser apropriado afastar desde logo a designação da sessão consensual? A falta de intenção negocial e a concreta sinalização de má-fé indicam que sim; afinal, a autonomia da vontade e a boa-fé são princípios inerentes à conciliação e à mediação 31.

Como se nota, fatores diversificados podem levar à conclusão sobre não ser apropriado concentrar esforços nos meios consensuais. Se uma parte, por exemplo, atuou reiteradamente de má-fé e já violou pactos anteriores, pode ser essencial que a parte contrária conte com uma decisão impositiva da autoridade estatal - inclusive com cominação de multa para o caso de descumprimento. Revela-se crucial que os meios consensuais sejam usados de modo adequado na administração da controvérsia - sob pena de passarem a ser vistos como geradores de uma fase inútil que apenas prejudica a duração razoável do processo 32. Esse entendimento, porém, pode ser questionado nos tempos atuais. Diante de tamanho fomento à adoção de meios extrajudiciais de composição de conflitos, será que a obrigatoriedade de tentativas consensuais prévias à provocação da jurisdição não se revela a melhor iniciativa?

A pergunta evoca outra, já que há um grande questionamento sobre a maneira apropriada de inserir a mediação no contexto geral de tratamento de conflitos. Deve a legislação exigir que as pessoas em conflito se submetam a um procedimento consensual ou compete ao juiz, caso a caso, incentivar sua adoção, respeitando sempre a liberdade das partes 33?

Em diversos ordenamentos jurídicos, prevê-se a obrigatoriedade de participação em sessões consensuais, exigindo-se que as partes esgotem todas as tentativas de acordo antes de submeter sua pretensão à decisão de um magistrado 34.

É possível, porém, entender de modo diverso: a obrigatoriedade não se revela consentânea com a autodeterminação das partes.

Além disso, há dúvidas quanto à eficácia da mediação compulsória: havendo obrigatoriedade, as partes não têm motivação suficiente para chegar a uma solução negociada, sendo a fase consensual apenas mais uma etapa a ser superada; a partir do momento em que há voluntariedade, as partes acham a mediação atraente por poderem controlar o procedimento e assumir a responsabilidade pessoal de resolver os próprios problemas 35.

A voluntariedade é nota essencial da mediação porque negociações não podem prescindir da aceitação expressa dos participantes: eles devem escolher o caminho negocial e engajar-se na conversação do início ao fim do procedimento 36.

Vale ressaltar: mesmo nos ordenamentos jurídicos em que se exige a realização de sessão consensual como requisito à apreciação da demanda, a obrigatoriedade não ultrapassa o primeiro encontro: neste, as partes podem manifestar sua negação em participar das negociações facilitadas pelo terceiro imparcial ou optar por interrompê-las quando desejarem 37.

E não poderia ser diferente: como o consenso é fundamental para a tentativa de estabelecer tratativas eficientes, qualquer tipo de imposição é incompatível com a mediação.

Com efeito, a inclusão da mediação no sistema judicial e nos respectivos procedimentos somente operará de forma positiva após a criação de uma cultura social sobre o método autocompositivo 38. Nesse sentido, pontua Juan Carlos Vezzulla que o aproveitamento da técnica exige tal requisito subjetivo, sob pena de desvirtuar a mediação, convertendo-a em um mecanismo híbrido ou em mais uma tentativa de conciliação no feito 39.

4.2 Busca de Meios Consensuais como Condição da Ação: Destaques sobre Decisões Judiciais

Voltando ao tema do interesse de agir, merece destaque o fato de que tem havido cada vez mais debate sobre a questão, especialmente no âmbito jurisprudencial.

Em causa apreciada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, uma consumidora viu sua demanda indenizatória [40] ser extinta sem resolução de mérito no primeiro grau de jurisdição por não ter, antes da propositura da ação, se dirigido a um projeto alternativo de composição de litígios ofertado pelo Tribunal. Ao julgar o recurso, após fazer considerações elogiosas ao incentivo à autocomposição promovido pelo referido projeto [41] e a iniciativas negociais [42], afirmou o relator:

> "Entrementes, *concessa venia*, o reconhecimento da falta de interesse de agir apenas porque o autor não buscou alternativa disponível ao consumidor implica ofensa ao princípio constitucional do amplo acesso à via judicial, quando consabido que o Projeto 'Solução Direta-Consumidor' propugna pelo fomento da autocomposição dos conflitos de interesses ou da própria lide já instaurada e posta sob o crivo do Poder Judiciário, porém não constitui pressuposto de admissibilidade ou prévia condicionante à propositura da ação." [43]

Em outro caso também julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o prosseguimento da demanda foi condicionado à comprovação de que a consumidora teria buscado, previamente, os meios consensuais de resolução de conflitos; assim constou da decisão monocrática que afastou tal exigência:

> "O objetivo da parceria estabelecida entre o Poder Judiciário e Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça é buscar alternativas à solução dos conflitos de natureza consumerista, antes que venham a tornar-se demandas judiciais. Para isso, é uma possibilidade ofertada ao consumidor a adesão ao projeto 'Solução Direta', antes do ingresso da demanda, não obrigatoriedade, o que é inclusive eticamente recomendável. Mas não há como impor a tentativa extrajudicial como condição ao ajuizamento e/ou prosseguimento da ação, máxime quando o autor da ação declara que já o fez e não obteve êxito." [44]

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina seguiu o mesmo entendimento ao julgar recurso de apelação interposto contra sentença que, em demanda com pedido revisional de contrato de financiamento, extinguiu o feito sem julgamento do mérito por falta de comprovação de prévio requerimento para solução consensual do conflito. Asseverou o relator que:

> "Entrementes, muito embora não se desconheça que o atual Código Adjetivo Civil incentive, em patamar de destaque, pela solução extrajudicial e célere dos conflitos (art. 3º), fato é que essa norma não pode se sobrepor ao escopo da 'Carta da Primavera', que deseja que seja facilitado o acesso de todos à Justiça (art. 5º, inciso XXXV).
>
> É dizer, assim, que a permissividade de outros meios pacíficos de solução de divergências - tal como a plataforma virtual 'consumidor.gov.br' - não pode ser um óbice ao acesso à Justiça, mas sim mais uma ferramenta à disposição do consumidor." [45]

De fato, à luz da garantia de acesso à justiça, revela-se inadequada a previsão de prévia submissão a instâncias consensuais para o esgotamento das tentativas de acordo entre as partes.

Os métodos autocompositivos exigem, como pressuposto, a intenção de participar de conversações. Assim, para que as sessões consensuais sejam proveitosas, sua ocorrência deve se verificar de maneira não impositiva sob pena de comprometimento da livre manifestação de vontade e da obtenção de consensos reais [46].

Nesse sentido, as decisões supramencionadas merecem aplausos, já que valorizam a autonomia da vontade e o acesso à justiça. Impor a adoção de meios consensuais é medida que pode acabar gerando antipatia em relação a iniciativas negociais e ensejar efeito contrário ao pretendido.

Não há como impor a vontade de conversar e negociar: o engajamento em conversações precisa ser genuíno para que a negociação possa avançar de forma proveitosa.

Quando a autocomposição é imposta, ela perde sua legitimidade, já que as partes não são propriamente estimuladas a compor seus conflitos, mas coagidas a tanto; essa situação, que pode ser denominada "pseudoautocomposição", é altamente criticável [47].

Como bem destacado por Fabiana Spengler, "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" [48].

5 Conclusões

Propôs-se, no presente artigo, o exame dos dispositivos da Constituição Federal que promovem a adoção de meios extrajudiciais de composição de conflitos, assim como da relação entre a mediação e a cultura de paz e das benesses que podem advir da aprovação da Proposta de Emenda Constitucional nº 108/2015. Por fim, pretendeu-se analisar a possibilidade de exigir que um litigante demonstre ter se empenhado em tentativas consensuais antes de ingressar em juízo.

Partiu-se do pressuposto de que, dentre os meios extrajudiciais, a mediação promove o reforço da cultura de paz por meio do estímulo ao diálogo e à solução pacífica das disputas, fatores extremamente benéficos para a almejada pacificação social em suas diversas vertentes.

A substituição gradual da mentalidade contenciosa por olhares que contemplam meios extrajudiciais passa, decididamente, pela vivência de experiências proveitosas. Oportunidades existem: várias iniciativas vêm sendo engendradas no país para que desenlaces produtivos tenham lugar a partir da construção de consensos.

A Proposta de Emenda Constitucional nº 108/2015 foi apresentada com o objetivo de inserir, na Constituição Federal, o inciso LXXIX ao art. 5º para prever o estímulo estatal à adoção de métodos extrajudiciais de solução de conflitos. Tal previsão vem na esteira de outras disposições legislativas recentes, como as constantes do Código de Processo Civil de 2015 e da Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015), que também prestigiam a autocomposição.

Buscou-se, assim, compreender se uma previsão expressa na Constituição Federal poderia contribuir para que os gestores do sistema estatal levassem mais a sério a institucionalização de meios extrajudiciais de composição de conflitos.

Foi possível constatar que iniciativas como a PEC nº 108/2015, especialmente com as melhorias à redação originária propostas durante o processo de aprovação legislativa, podem ser valiosas ao fomento de alternativas consensuais de resolução de conflitos de modo a, gradativamente, contribuir com a necessária pacificação social.

No entanto, a despeito da enorme relevância de medidas como a proposta pela PEC nº 108/2015, o caminho mais condizente com os meios consensuais é disponibilizar e divulgar, ao máximo, iniciativas profícuas, além de incentivar as partes e os advogados a conhecê-los [49].

Ademais, têm-se demonstrado ineficientes as tentativas de obstar o acesso ao Poder Judiciário pela ausência de empenho prévio das partes em mecanismos negociais. Ainda que existam argumentos técnicos de que o seguimento do feito sem a comprovação de busca por uma solução consensual ensejaria falta de interesse no emprego da via jurisdicional, não foi verificada sua prevalência no cenário brasileiro.

Além de inexistir previsão legal que condicione o ingresso no Poder Judiciário à demonstração de prévia tentativa consensual, a obrigatoriedade também não se revela consentânea com a autodeterminação das partes. Diante da obrigatoriedade, as partes podem não ter motivação suficiente para chegar a uma autocomposição genuína, tornando-se a fase consensual apenas mais uma etapa a ser superada.

A voluntariedade é nota essencial da mediação: negociações não podem prescindir da aceitação expressa dos participantes, que devem escolher o caminho negocial e engajar-se na conversação do início ao fim do procedimento [50].

Portanto, não bastam adicionais alterações legislativas ou institucionais: para que a mediação e outros meios extrajudiciais de composição de conflitos sejam prestigiados por quem lida com conflitos, o caminho a ser percorrido passa por conscientização, informação, disponibilização de iniciativas e gradual instauração de uma nova mentalidade sobre a condução e composição de controvérsias [51] a partir de iniciativas que respeitem os princípios inerentes aos meios consensuais.

TITLE: Dispute mediation: bill of constitutional amendment and consensual attempts prior to jurisdiction.

ABSTRACT: This article deals with mediation, a consensual mechanism that addresses disputes and the for decades have been institutionally analyzed in several countries both in the judicial and extrajudicial contexts. In the approach proposed here, there will be an analysis of the provisions of the Federal Constitution that promote, even if implicitly, the consensual promotion of disputes, as well as the relation between dispute mediation and culture and peace, and the change of wording after the Bill of Constitutional Amendment no. 108/2015. Finally, a final question will be examined: is there a way to require a litigant to demonstrate that he has engendered consensual attempts before filing a suit?

KEYWORDS: Dispute Mediation. Out-of-Court Means. Bill of Constitutional Amendment no. 108/2015.

6 Referências Bibliográficas

CAETANO, Flavio Crocce. Prefácio. In: *Estudo qualitativo sobre boas práticas em mediação no Brasil*. Coord. Ada Pellegrini Grinover, Maria Tereza Sadek e Kazuo Watanabe (CEBEPEJ), Daniela Monteiro Gabbay e Luciana Gross Cunha (FGV Direito/SP); colaboradores: Adolfo Braga Neto et al. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário, 2014.

FÁVERO, Vanessa Rui. Mediação de conflitos e a neofobia jurídica do Estado no tocante ao modelo gestor da segurança pública brasileira. In: *Mediação e o novo Código de Processo Civil*. Antonio Rodrigues de Freitas Jr. e Guilherme Assis de Almeida (Coord.); Michel Roberto O. de Souza (Org.). Curitiba: Juruá, 2017.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O minissistema brasileiro de Justiça consensual*: compatibilidades e incompatibilidades. Disponível em: <http://dirittoetutela.uniroma2.it/files/2013/03/Origens-e-evolu%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2018.

LOPES, Dulce; PATRÃO, Afonso. *Lei da Mediação comentada.* Coimbra: Almedina, 2014.

LORENCINI, Marco. Sistemas multiportas: opções para tratamento de conflitos de forma adequada. In: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (Org.). *Negociação, mediação e arbitragem*: curso para programas de graduação em direito. São Paulo/Rio de Janeiro: Método/Forense, 2012. v. 1.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça*: condicionantes legítimas e ilegítimas. São Paulo: RT, 2011.

NASCIMBENI, Asdrubal Franco. A PEC 108/2015: o direito fundamental aos métodos extrajudiciais de resolução de conflitos. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 98, p. 335-352, nov./dez. 2016.

SOUZA, Luciane Moessa de. Apresentação. In: *Mediação de conflitos* - novo paradigma de acesso à justiça. 2. ed. Coord. Luciane Moessa de Souza. Porto Alegre: Essere nel Mondo, 2015.

SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação de conflitos*: da teoria à prática. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 4. ed. São Paulo: Método, 2018.

VEZZULLA, Juan Carlos. *Mediação*: teoria e prática. Guia para utilizadores e profissionais. Lisboa: Agora, 2001.

WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Coord.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover.* São Paulo: DPJ, 2005.