

MEDIAÇÃO JUDICIAL: UMA ALTERNATIVA PARA SOLUÇÕES ADEQUADAS E EFETIVAS

1. DOS CONFLITOS

1.1. Conceitos

Os conflitos são presentes na sociedade desde sempre, dessa forma é possível entender que sempre que houverem duas ou mais pessoas relacionadas por algum ato ou fato, denota-se que sempre existirão conflitos. Isso ocorre por existirem inúmeras culturas diferentes, e conseqüentemente diversificadas formas de pensar que gera interesses diversificados. As diferentes formas de agir, pensar e se comportar geram conflitos em todos os âmbitos, seja qual for o objeto da matéria discutida. Seria inútil pensar que se houvesse um padrão, de como agir, para todas as situações do cotidiano, existiriam menos conflitos, pois do mesmo modo estariam presentes as divergências, além de na pseudo-solução afetar o direito de liberdade do indivíduo. No manual de mediação do Ministério da Justiça podemos encontrar o seguinte conceito:

O conflito pode ser definido como um processo ou estado em que duas ou mais pessoas divergem em razão de metas, interesses ou objetivos individuais percebidos como mutuamente incompatíveis. Em regra, se aborda o conflito como um fenômeno negativo nas relações sociais que proporciona perdas para, ao menos, uma das partes envolvidas. (DIAS, 2012, pág. 27)

A partir desse entendimento é possível analisar porque os conflitos são vistos como uma forma negativa, pois são tomados como uma disputa, onde sempre terá que haver um perdedor, não encontrando um modo de solução para ambas as partes envolvidas. Por outro lado, se o conflito fosse analisado de forma positiva, compreendendo ser um fenômeno natural na relação dos seres vivos comumente relacionados, seriam melhor compreendidos e mais facilmente solucionados. De acordo com Santos é possível identificar como surgem os conflitos:

¹ GILMARA PESQUERO FERNANDES MOHR FUNES

² ANA PAULA DOS SANTOS, acadêmica de direito, do 9º período das Faculdades Santa Cruz de Curitiba, e-mail – paulah_mix@hotmail.com

Os conflitos surgem a partir da tensão ou choque gerado pela incompatibilidade de interesses não satisfeitos. Em outras palavras, eles decorrem de frustrações nas expectativas de indivíduos inter-relacionados, que por um motivo qualquer, não alcançaram a plena satisfação dos seus desejos em determinadas circunstâncias. (SANTOS,2012, Pag.11)

Nesse diapasão, os conflitos se caracterizam através das frustrações individuais ou coletivas do ser humano, buscando atender a satisfação de interesses e necessidades que surgiram através da incompatibilidade de vontade dos seres inter-relacionados. Santos leciona em sua obra que “[...] No cotidiano de uma sociedade, indivíduos se relacionam entre si (e dessa forma com todo o orgânico), cada qual movido por seus interesses ou necessidades internas. [...]”. Seguindo esse raciocínio, cada indivíduo busca a satisfação de seus interesses motivados por fundamentos que acreditem estar certos. A partir do momento que esse anseio for confrontado, estará gerando um conflito de interesses amparado pelo estado de inconformismo, instigando assim a disputa. Santos descreve que “[...]os interesses sustentados por um indivíduo em relação com o outro levam à formulação de posições, que, uma vez deduzidas ou manifestadas pelo primeiro, quando incompatíveis, resultam em resistência por parte do segundo. [...]”. Ou seja, na medida que um tentar impor sua vontade sob o interesse do outro estará de alguma forma atingindo os interesses alheios, dessa forma são inseridos na sociedade os conflitos, e por mais simples que possam parecer, as partes normalmente não buscam solucionar de forma pacífica. Carnelutti apud Santos, explica a impossibilidade prática da consagração pacífica:

Se o interesse significa uma satisfação favorável à satisfação de uma necessidade; se as necessidades do homem são ilimitadas, a se, pelo contrário, são limitados os bens, ou seja, a porção do mundo exterior apta a satisfazê-las, como correlativa à noção de interesse e à bem aparece a do conflito de interesses. Surge conflito entre dois interesses quando a situação favorável à satisfação de uma necessidade excluir a situação favorável à satisfação de uma necessidade distinta. (SANTOS,2012, Pag.11)

Portanto é possível entender que os conflitos surgem quando há necessidade de escolhas entre situações que podem ser consideradas incompatíveis. Havendo interesse de um indivíduo sobrepondo o interesse do outro, deverão ser propostas medidas de negociações controversas, para buscar assim a pacificação de ambas as partes. Sendo que um significado mais restritivo foi abordado por Hightone e Álvares apud Calmon, definindo o termo conflito como “[...] uma relação entre partes em que ambas procuram a obtenção de objetos que são, podem ser, ou parecem ser para

alguma delas, incompatíveis. [...]”. Porém esse termo pode ter também um entendimento mais ambíguo, e no mesmo sentido, destaca:

[...]O termo conflito é ambíguo. Simplesmente é usado para se referir a desavença, discórdia, luta, combate, guerra. Muito proximamente ligadas ao termo estão as expressões: antagonismo de interesses, desentendimentos, agressividade, hostilidade, oposição, tensões, rivalidade. Nenhum desses termos é sinônimo de conflito, mas denota, simples ou combinadamente, pré-requisito para sua formação. Toda via, a relevância potencial dessas situações, comportamentos atitudes ou estados, para a configuração do conflito, é clara. (SERPA, 1999, Pag.17)

Dessa forma de acordo com Santos “[...] tem-se como fato determinante na geração de conflitos entre indivíduos, o desejo de obtenção de algo cuja satisfação mútua não se concretiza por motivos que podem ser reais ou imaginários[...]. Isso evidencia o fato de muitas vezes um indivíduo ter direito concreto sobre determinada situação, mas em contrapartida a outra parte por desconfiança de que possa estar sendo lesada ou ainda que haja manifesta vantagem da outra parte, acaba dificultando um possível acordo.

1.2. Histórico da Solução dos Conflitos

Desde os primórdios era possível identificar os conflitos, acredita-se ainda que e eles nunca acabam apenas se transformam e evoluem de acordo com o passar do tempo. Nas antigas civilizações não existia um poder Estatal suficientemente forte para superar os ímpetos individualistas dos homens e impor o direito acima da vontade dos particulares, assim como também não haviam leis que normatizassem os conflitos. Se o indivíduo pretendesse algo, deveria através de seus próprios meios ou até mesmo com sua própria força buscar a realização de seu anseio. De acordo com Cintra podemos analisar essa situação fática:

Quem pretendesse alguma coisa que outrem o impedisse de obter haveria de, com sua própria força e na medida dela, tratar de conseguir por si mesmo a satisfação dessa pretensão. A própria repressão aos atos criminosos se fazia em regime de vingança privada, e quando o Estado chamou a si o *jus punitonis* ele o exerceu inicialmente mediante seus próprios critérios e decisões, sem a interposição de órgãos ou pessoas imparciais independentes e desinteressados. (CINTRA, 2014, Pag.39)

Essa forma citada pelos referidos autores é definida como autotutela ou autodefesa, que em poucas palavras pode ser definida como a “justiça feita como as próprias mãos”, que quando confrontada com os tempos atuais, os mesmos autores

citam “é possível ver como era precária e aleatória, pois não garantia a justiça, mas a vitória do mais forte, mais astuto ou mais ousado sobre o mais fraco ou mais tímido.” São fundamentalmente dois os traços característicos da autotutela: a) ausência de juiz distinto das partes; b) imposição por uma das partes à outra.

Cintra, ainda em sua referida obra trata além da modalidade acima citada da autotutela, que existia uma outra solução possível a qual em parte rege até os tempos modernos conhecida como autocomposição, esta se dava nos sistemas primitivos quando uma das partes em conflito ou ambas abriam mão do interesse ou da parte que a ele era cabível. São três as formas de autocomposição, as quais sobrevivem até hoje com referência aos interesses disponíveis: a) desistência caracterizada com a renúncia a pretensão, b) submissão caracterizada com a renúncia à resistência oferecida à pretensão, e c) transação caracterizada com concessões recíprocas. Essas denominadas soluções tinham em comum a circunstância de serem parciais, afinal dependiam da vontade e da atividade de uma ou de ambas as partes envolvidas buscando a solução consensual de conflitos.

Com o passar do tempo os indivíduos foram percebendo que muitas vezes essa forma os prejudicava, e começaram a preferir ao invés da solução parcial dos seus conflitos, entre os próprios envolvidos, buscar uma solução imparcial através de árbitros, que eram pessoas de mútua confiança das partes para que resolvessem seus conflitos. Os eleitos para esta atividade normalmente eram confiada aos Sacerdotes, cuja as ligações as divindades garantiriam soluções acertadas, de acordo com a vontade dos deuses, ou também era destinada aos Anciãos, que, mais do que os outros, presumivelmente conheciam os costumes do grupo social integrado pelos interessados. A decisão desse árbitro era pautada pelos padrões acolhidos pela convicção coletiva, e até mesmo pelos costumes. Dessa forma, historicamente surge o juiz antes do legislador.(CINTRA, págs.27-40)

Na autotutela, aquele que impõe ao adversário uma solução não cogita de apresentar ou pedir a declaração de existência ou inexistência do direito; simplesmente pela força (ou seja, impõe sua própria pretensão). A autocomposição e a arbitragem, ao contrário, limitam-se a fixar a existência ou a inexistência do direito; o cumprimento da decisão naqueles tempos iniciais, continuava dependendo da imposição violenta e parcial (autotutela). (CINTRA, 2014, Pag.40)

Com o passar do tempo e conforme o Estado foi se afirmando e conseguiu impor-se aos particulares mediante a invasão de sua antes indiscriminada esfera de liberdade, nasceu também, gradativamente, sua tendência a absorver o poder de ditar as soluções para os conflitos. A história mostra que no direito romano arcaico (das origens do direito romano até ao século II aC, sendo dessa época a Lei das XII Tábuas) já o Estado participava, na medida da autoridade então conseguida perante os indivíduos, dessas atividades destinadas a indicar qual o preceito a preponderar no caso concreto de um conflito de interesses. Os cidadãos em conflitos compareciam perante o pretor comprometendo-se a aceitar a mentalidade da época repudiava ainda qualquer ingerência do Estado (ou de quem fosse) nos negócios de alguém contra a vontade do interessado, recebia o nome *litiscontestatio*. Em seguida escolhiam um árbitro de sua confiança, o qual recebia do pretor o encargo de decidir a causa. O processo civil romano desenvolvia-se, assim, em dois estágios: perante o magistrado, ou o pretor (*in jure*), e perante o árbitro, ou *judex (apud judicem)*.

De acordo com os relatos, já nesse período o Estado tinha alguma participação, mesmo que pequena, na solução dos litígios. Esse sistema perdurou ainda durante todo o período clássico do direito romano, e com o passar do tempo o Estado foi aumentando seu fortalecimento, aumentando assim sua participação nesses processos, conquistando o direito de nomear o árbitro que anteriormente era nomeado pelas partes e apenas investido pelo magistrado. Como a autotutela foi vedada, o sistema implantado consistia numa arbitragem obrigatória que veio a substituir a anterior que era uma arbitragem facultativa.

E ainda, para facilitar a sujeição das partes às decisões de terceiro, a autoridade pública começa a preestabelecer, em forma abstrata, regras destinadas a servir de critério objetivo e vinculativo para tais decisões, afastando assim os temores de julgamentos arbitrário e subjetivos. Surgindo então o Legislador. Sendo a Lei das XII Tábuas, do ano de 450aC, um marco histórico fundamental dessa época.

Depois do período arcaico e do clássico (que reunidos, formam a fase conhecida por *ordo juridiciorum privatorum*) veio outro, que se caracterizou pela invasão de área antes não pertencente ao pretor, contrariando a ordem estabelecida, passou este a conhecer ele próprio do mérito dos litígios entre os particulares, inclusive proferindo sentença, em vez de nomear ou aceitar a nomeação de um árbitro que o fizesse. Essa nova fase iniciada no século III d.C., é, por isso mesmo conhecida por

período da *cógnito extra ordinem*. Com ela completou-se o ciclo histórico da evolução da chamada justiça privada para a justiça pública: sendo o Estado, já suficiente fortalecido, impõe-se sobre os particulares e, prescindindo da voluntária submissão destes, impõe-lhes imperativamente sua solução para os conflitos de interesses. A atividade mediante a qual os juízes estatais examinam as pretensões e resolvem os conflitos dá-se o nome de jurisdição.

[...] jurisdição é, ao mesmo tempo, poder função e atividade. Como poder, é a manifestação do poder estatal, conceituado como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões. Como função, expressa o encargo que tem órgãos estatais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo e através do processo, exercendo o poder e cumprindo a função que a lei lhe comete. o poder, a função e a atividade somente transparecem legitimamente através do processo devidamente estruturado (devido processo legal). (CINTRA, 2006, Pag.145)

Com o implemento desse novo sistema os juízes agem em substituição das partes com a intenção de melhor obtenção da justiça, pois as partes não mais podem fazer justiça com as próprias mãos tendo sido vedada a autodefesa, e as partes não mais podendo agir só lhes resta fazer agir, buscando o exercício da função jurisdicional.

Contudo, é possível analisar as diversas formas de solução de conflitos ao longo dos anos, observando a trajetória do Estado perante esse período de transição entre culturas e necessidades, conquistando o devido poder para dirimir sobre conflitos e pacificar pessoas.

1.3. Formas de Solução dos Conflitos

Os conflitos estão presentes em todos os âmbitos da sociedade, existindo conflitos entre pessoas ou grupos, e para que tais conflitos tenham solução com pacificação das pessoas e consequentes benefício à própria vida em sociedade, pois sabendo que viver em conflito traz imensa infelicidade dos sujeitos envolvidos sob o aspecto de vida, acarretando imensa carga de stress juntamente com insatisfação pessoal, é necessário aplicar dentre as formas necessárias de solução dos conflitos a mais benéfica para tentar alcançar êxito de um modo mais simples e menos demorado. Grinover reitera “[...]como os conflitos diferem muito entre si, o sistema deve ser

flexível para ser apto a propiciar a quem tem razão a tutela jurisdicional efetiva e adequada a quem tiver direito, produzindo com isso resultados legítimos perante a lei e os valores da nação[...]”.

O estado moderno exerce seu poder para a solução de conflitos interindividuais, sendo por meio da jurisdição o Estado tem a capacidade de decidir imperativamente e impor decisões, tendo função pacificadora. São de três ordens os escopos visados pelo Estado no exercício da jurisdição sendo eles sociais, políticos e jurídico.

A pacificação mediante a solução de conflitos é o escopo principal da jurisdição. É um escopo social, uma vez que se relaciona com o resultado do exercício da jurisdição perante a sociedade e sobre a vida gregária de seus membros e felicidade pessoal de cada um.

Calmon classifica as possíveis soluções para um conflito nas seguintes formas: autotutela, autocomposição e heterocomposição (tutela jurisdicional). Nesse raciocínio, conceitua a autotutela:

[...]Entende-se por autotutela a solução de conflitos em que uma das partes impõe o sacrifício do interesse da outra. É caracterizada pelo uso ou ameaça de uso da força, perspicácia ou esperteza e é aplicada de forma generalizada somente em sociedades primitivas, pois conduz ao descontrole social e à prevalência da violência. (CALMON, 2013, Pag.29)

Porém nas sociedades organizadas a autotutela, é em regra, proibida segundo Calmon, como exceção apenas para as situações consideradas de urgência ou de proporcionalidade entre valores em jogo. No direito penal, permite-se a autotutela nos casos de legítima defesa; no direito civil, permite-se o desforço imediato, o penhor legal e a retenção por benfeitorias; no direito administrativo prevalece o princípio da autoexecutoriedade dos atos administrativos; no direito do trabalho são lícitas a greve, o *lockout*, a rescisão indireta e a punição dos empregados. E nas relações internacionais, em que pesem a existência de tribunais internacionais e os esforços pelo fortalecimento da negociação e mediação diplomáticas, a autotutela ainda é uma forma usual de solução dos conflitos onde se verificam a represálias, o embargo, o bloqueio, a ruptura de relações diplomáticas e a guerra.