

MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITO*

Suelen Agum dos Reis**

RESUMO: Os conflitos de interesse são uma realidade que não se pode negar. Sejam eles individuais, coletivos ou difusos, precisam ser solucionados para a vida harmônica em sociedade. Este artigo aponta a atual crise do principal meio de solução de conflito em nosso país, qual seja, o processo, e o quanto essa crise tem afetado o acesso à justiça dos brasileiros. Após a análise da doutrina nacional e alienígena verificou-se a necessidade da implantação de meios alternativos, superando-se quaisquer obstáculos à sua utilização, para que o brasileiro tenha seu conflito solucionado, seja pelo Estado ou pelo particular, sendo-lhe garantido efetivamente o acesso à justiça.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Os sistemas jurídicos e o Estado Contemporâneo. 3. Os conflitos e suas soluções. 4. A crise do processo. 5. Acesso à Justiça. 6. Meios Alternativos de Solução de Conflitos: A Terceira onda do Movimento Universal de acesso à justiça. 7. Conclusão. Referências.

1. Introdução

O presente trabalho, inicialmente, apresenta um breve histórico, a fim de localizar o tema proposto em face dos sistemas jurídicos da Common Law e da Civil Law, bem como a condição do Estado, suas crises e evoluções quanto aos mecanismos de solução de conflitos.

Após, serão analisados os conflitos propriamente ditos, sua incidência na sociedade e as formas existentes de pacificação, desde a antiguidade até o atual processo judicial, onde será constatado que o processo não mais é visto como o melhor caminho a ser seguido quando o objetivo é a solução de conflitos.

A tutela estatal promovida através do processo está em declínio, a descrença em tal solução em virtude da demora e custos elevados, dentre outros fatores, acabaram por conduzir a sociedade e os operadores do direito a buscarem os chamados “Meios Alternativos de Solução de Conflito”.

Não poderemos, no entanto, adentrarmos ao estudo do tema em tela sem antes contextualizá-lo no quadro do Movimento Universal de Acesso à Justiça, uma vez que se encontram intrinsecamente envolvidos.

Ao final destacaremos algumas características, objetivos, vantagens, atuação dos operadores do direito, obstáculos a serem transpostos, bem como mitos que impedem a efetiva utilização dos Meios Alternativos.

* Trabalho apresentado para conclusão da disciplina Teoria Geral do Processo, ministrada pelo Professor Doutor Leonardo Greco, no programa de mestrado da Faculdade de Direito de Campos.

** Mestranda pela FDC. Bolsista da CAPES. Integrante do Grupo de Pesquisa Institucional sobre Direitos Humanos.

2. Os sistemas jurídicos e o Estado Contemporâneo.

Os Estados ingleses se pautaram no sistema jurídico da common law, em que a lei comum decorre da criação dos Juízes (*judge-made*) ou, em outros termos, da feitura dos tribunais (*bench-made*). Nesse sistema jurídico o juiz é criador, interprete e modificador das leis, criando o direito a todo tempo, por esse motivo a common law é conhecida como a “lei não escrita” por ser pouco codificada, sendo previamente estabelecidas pelos precedentes escritos, derivados dos princípios legais contidos nos julgamentos de casos que são decididos e relatados.

Não podemos deixar de destacar as características básicas da common law apontadas por Figueira Junior¹, qual seja: a vitalidade e capacidade em sustentar mudanças, auxiliando o desenvolvimento sistemático de uma norma mais rica e mais justa; sua qualidade prática em relação a aceitação de qualquer circunstância como prioridade, seguindo a noção de que o ideal seria que todas as leis fossem testadas nos tribunais; além de sua força como obrigação moral a ser seguida.

A maioria dos demais Estados, dentre eles o Brasil adotaram a civil law, que sobreviveu até os dias de hoje como a norma geralmente aceita por estar prontamente disponível a todos. A civil law remonta a Roma antiga, sendo um sistema estatutário, escrito e codificado, tendo suas vantagens pautadas na precisão, simplicidade e clara aplicabilidade, embora esteja sujeita à hermenêutica dos operadores do direito.

Após esta breve demonstração dos sistemas jurídicos existentes vejamos a posição Estatal em face do tema em estudo.

É sabido que a característica fundamental básica do Estado Moderno era a soberania absoluta, onde o rei era detentor de uma vontade incontestável, mais tarde os Barões e os Senhores feudais eram os poderosos nos limites de suas propriedades. Com Rousseau, a soberania sai das mãos do monarca, e sua titularidade é entregue ao povo.

No século XIX ela surge como emanção do poder político burguês, e posteriormente o Estado, com personalidade jurídica, passa a ser o titular de tal característica, apresentando-se como centro único e autônomo de poder, sujeito exclusivo da política e único protagonista na arena internacional.

Em meio a tantas transformações quanto à soberania, inicia-se o que Bolzan² denominou de crise conceitual. Um dos fatores que ocasionou tais transformações foi o processo de internacionalização dos

¹ FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Arbitragem: Jurisdição e execução: análise crítica da lei 9.307 de 23.09.1996*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 73.

² MORAIS, José Luiz Bolzan. *Mediação e Arbitragem. Alternativas à Jurisdição!* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

direitos humanos³, advindo do pós Segunda Guerra em virtude das barbáries cometidas pelo regime nazista no holocausto, em que o conceito tradicional de soberania absoluta, entendido como um poder ilimitado do Estado (quer interna quer internacionalmente), passa a, lenta e gradativamente, enfraquecer-se.⁴

Isso advém à medida que os Estados assumem compromissos mútuos em convenções internacionais de proteção dos direitos humanos, e acabam por diminuir a competência discricionária de cada parte contratante. Dessa forma eles restringem sua soberania, e isso constitui uma tendência do constitucionalismo contemporâneo, acentuando-se a interdependência entre os Estados, fazendo com que cada vez mais haja uma cooperação jurídica, econômica, e social entre os países, ferindo a idéia tradicional de soberania autônoma.

Além da crise conceitual da soberania absoluta, destaca-se a crise estrutural do próprio Estado, vez que há a mudança do Estado Liberal para o Estado do Bem-estar Social. Enquanto o primeiro considerava a soberania como poder incontestável, importando apenas o papel garantidor da paz social atribuído ao Estado, o modelo do *welfare state* contempla uma comunidade solidária, onde o Estado deve promover o bem-estar social, através da garantia de uma renda mínima capaz de suprir alimentação, saúde, habitação, educação, assegurados a todo o cidadão não como caridade, mas como direito político.

Surge então o Estado Democrático de Direito, ao somar o Estado de Direito ao *Welfare State*, em que de um lado o Estado Liberal de Direito, tem a lei como reguladora das relações sociais através da coerção por meio de sanções das condutas contrárias, e como ator principal o indivíduo, por outro lado o Estado Social de direito com uma ordem jurídica, na qual está presente a limitação do Estado, ladeada por um conjunto de garantias e prestações positivas, em que a lei deixa de ser instrumento de legalidade passando a ser instrumento de ação concreta do Estado.⁵

Quando se agrega o Estado Liberal à questão social, tem-se a incorporação efetiva da igualdade como um conteúdo próprio a ser buscado e garantido através do asseguramento jurídico de condições mínimas de vida ao indivíduo e à coletividade. O Estado Democrático de Direito assume então um caráter dinâmico, mais forte, que deixa de lado a estagnação do formalismo e assume um perfil submetido às variações sócio-políticas.

Ressalta-se que este Estado adota a teoria da tripartição dos poderes de Montesquieu, e ao assumir a posição de interventor exercendo a função jurisdicional, passa a disciplinar a convivência humana,

³ BOBBIO, Norberto. *Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.p. 25. dizia que "...os direitos do homem nasce como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares, para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais."

⁴ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Soberania e direitos humanos: dois conceitos irreconciliáveis*. Publicado no Jornal "Correio Braziliense" do dia 10.09.2002, pesquisado em 10 de junho de 2006 e disponível em <http://www.hrea.org/lists/educadh/markup/msg00431.html>

⁵ Sobre o assunto ver MORAIS, José Luiz Bolzan.op. cit..

ordenando a vida em sociedade, e além de disciplinar condutas, constrói instrumentos capazes de resolver disputas de interesses.

3. Os conflitos e suas soluções

É indiscutível que o homem nasceu para viver em sociedade e para completar-se com outro ser de sua espécie, buscando, dessa forma, realizar seus ideais de vida. Porém conflitos entre os interesses, sejam eles, individuais, coletivos ou difusos, e as necessidades de se proporcionar proteção às prerrogativas naturais, nascem com os seres humanos e sempre foram uma constante na vida social.

É certo que toda a sociedade e seu sistema jurídico deve prover à população modos de solucionar seus conflitos, exercer seus direitos e deduzir suas pretensões, tendo em vista que, por lei, o sistema judicial deve estar ao alcance de todos em condições de igualdade.⁶

No decorrer dos séculos, a humanidade continuamente se preocupou com a criação e o aperfeiçoamento dos meios de pacificação dos conflitos, até atingirmos a etapa referente ao processo judicial, com todas suas garantias constitucionais.

No início dos tempos a vingança era o modo de fazer justiça – era chamada de *autotutela* ou *autodefesa*. Vigorava a Lei da XII Tábuas, originária da Lei do Talião – olho por olho, dente por dente, em que se limitava a vingança ao tamanho do dano.

Este modelo foi gradativamente substituído pelo *autocomposição* que ao invés de fazer uso da vingança individual ou coletiva contra o ofensor, a vítima era ressarcida por meio de uma indenização estabelecida por um árbitro, momento em que o Estado começa a intervir obrigando a adoção da arbitragem pelas partes quando estas não resolviam consensualmente, e assegurando a execução da sentença.

O estabelecimento do juiz estatal se deu no momento em que o magistrado romano, até então sem poder jurisdicional, chamou para si a responsabilidade de solucionar o litígio entre as partes em nome do Estado, missão que até então era exercida por um terceiro, particular, árbitro, escolhido pelos próprios contendores ou por indicação do magistrado.

O *processo* nasceu no instante em que a composição da lide passa a ser função estatal, surgindo a jurisdição⁷ em sua feição clássica, ou seja, o poder-dever dos juízes de dizer o direito na composição das pendências. Todavia, se as partes concordassem, era lícito dirimir o conflito mediante a designação de árbitro. Quanto a processualística, esta só se definiu em meados do século passado, e atravessa uma fase de busca por estratégias mais rápidas e eficazes.

⁶ ÁLVAREZ, Gladys S. et al. *Mediación y justicia*. Buenos Aires: Delpalma, 1996. p. 21.

⁷ Sobre jurisdição ver Moraes, José Luiz Bolzan op. cit. P. 72, 98 e 126.

Hodiernamente as soluções dos conflitos se realizam às custas da intervenção estatal materializada na decisão judicial, dotada de coerção típica da atuação soberana do Estado, ou à margem de qualquer atividade estatal como ocorre nos meios alternativos de solução de conflitos.

4. A crise do processo.

Figueira júnior diz que estamos vivendo uma tendência universal de reestruturação do processo civil, que se prepara para atender às exigências do mundo contemporâneo, através de uma busca incessante de um processo de resultados, um processo que seja um instrumento político de pacificação social que seja hábil a prestar a efetiva tutela perseguida pelos jurisdicionados.⁸

Eduardo Medina por sua vez afirma que há nos dias atuais, um descompasso entre o instrumento processual e a célere e segura prestação da tutela por parte do Estado-juiz. O que os processualistas têm afirmado é que “o processo está em crise!”.⁹

Inúmeros são os fatores que retardam a prestação da tutela jurisdicional pelo Estado, e neste Estudo apontaremos alguns.

O arcaísmo aumenta a lentidão, a ineficiência e a desordem na condução dos processos, fomentando o desprestígio da administração da justiça, que gera a insatisfação e descrédito dos jurisdicionados. Conforme bem ilustrou Rui Barbosa¹⁰ “justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”.

Para o êxito da utilização do processo como meio de alcançar a justiça há custos que devem ser levados em consideração como o custo econômico da transação; a conformidade mutua das partes com o resultado, ou seja, a satisfação dos interesses e a crença em um resultado justo; o efeito produzido na solução da relação entre as partes; e por fim a reincidência do conflito, ou seja, a durabilidade da pacificação das partes e a possibilidade de que se reitere o conflito no futuro.

Ressalta-se que, para Alvaréz, o termo “Justiça” deve ser utilizado em uma dupla acepção. Primeiro como valor de equidade político-social e individual, e segundo como meio típico do poder judicial.

Ele destaca que é necessário ainda definir os objetivos públicos em matéria de justiça. Por um lado o objetivo a alcançar pode ser definido como a possibilidade dos sujeitos de direitos obterem a tutela judicial, e por outro lado esse objetivo pode ser definido como a possibilidade de aquiescer, com o menor

⁸ FIGUEIRA JUNIOR, op. cit., p. 121.

⁹ MEDINA, Eduardo Borges de Mattos. *Meios Alternativos de Solução de Conflitos*. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, 2004. p. 33.

¹⁰ Citado por MEDINA, op. cit., p. 34.

custo possível, a um procedimento mais efetivo – não necessariamente o judicial – de tutela dos próprios direitos.

A diferença entre ambas as formas se aprecia facilmente, pois a primeira se define como objetivo de política pública com criação de mais tribunais para melhorar a eficiência, a segunda conduz a diversificação das formas de resolução de conflitos através de mecanismos alternativos, desjudicializando a administração da justiça.

Há boas razões para optar pelo segundo objetivo, em busca de uma política de justiça que deve ter como objetivo favorecer o cidadão com a possibilidade de proteção de seus próprios direitos, definindo um objetivo que visa o bem-estar social através da facilitação do acesso a um procedimento mais efetivo; proporcionando mais tutela a um menor custo; diversificando as formas de resolução dos conflitos; desjudicializando o sistema; instaurando a cultura do diálogo e abandonando a cultura do litígio.¹¹

O Professor Leonardo Greco em seu texto *Acesso ao direito e à justiça* alerta para o fato de que “muitos direitos se perdem porque seus titulares não estão dispostos a lutar por eles, conscientes de que nenhum proveito concreto lhes trará a proteção judiciária tardia, ou, até, de que os ônus e sofrimentos da perseguição do direito sobrepujarão o benefício de sua conquista” e diz ainda que “mais do que em países ricos, acesso a justiça dependerá, em grande parte, da estruturação e fortalecimento de varias modalidades de tutela jurisdicional diferenciada”¹².

A verdade é que as exigências do mundo contemporâneo não são mais as dos nossos avós e muito menos as da Roma antiga, o que justifica a buscar incessantemente mecanismos diversificados e hábeis à solução dos conflitos fora do sistema judicial tradicional, rompendo-se definitivamente com a quebra do monopólio estatal da jurisdição, a fim de melhor adequar a ação de direito material a ação de direito processual.¹³

Vislumbra-se então, nesse novo cenário mundial, que as cortes estatais de justiça não são os únicos foros para a resolução dos conflitos ou disputas e a busca da satisfação de pretensões resistidas ou insatisfeitas, principalmente pela circunstância dos elevados custos e da demora da prestação da tutela jurisdicional oferecida pelo Estado-juiz, dentre outros entraves.

Constata-se que o processo pode se realizar à margem de qualquer atividade estatal como, por exemplo, a chamada mediação, que leva a conciliação espontânea, aparecendo como relevante a atividade dos interessados na busca da solução comum; pode também o processo realizar-se através da intervenção estatal, materializada na decisão judicial; ou ainda, em meio aos dois pólos, de forma paraestatal, isto é,

¹¹ Sobre o tema ver ÁLVAREZ, op. cit., p. 11.

¹² GRECO, Leonardo. *O acesso ao Direito e à Justiça*. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 10 jun 2006. p.12.

¹³ FIGUEIRA JUNIOR, op. cit., p.115.

sob os auspícios e garantias do Estado, mas com a decisão delegada a particular, cujas decisões se afirmam, inclusive com sanções típicas da solução estatal.

Sendo assim, verifica-se que os métodos alternativos de solução dos conflitos surgem como novos caminhos a serem trilhados facultativamente pelos jurisdicionados que necessitam resolver seus litígios e são melhor compreendidos quando enquadrados no movimento universal de acesso à justiça.

5. Acesso à Justiça

Na China no século VII, o imperador, no exercício de suas funções, expediu o seguinte decreto: “Ordeno que todos aqueles que se dirigirem aos Tribunais sejam tratados sem nenhuma piedade, sem nenhuma consideração de tal forma que se desgostem tanto da idéia do direito quanto se apavorem da perspectiva de comparecerem perante um magistrado. Assim o desejo para evitar que os processos se multipliquem assombrosamente. O que ocorreria se inexistisse o temor de ir aos tribunais? O que ocorreria se os homens concebesssem a falsa idéia de terem a sua disposição uma justiça acessível e rápida? O que ocorreria se pensassem que os juízes são sérios e competentes? Se essa falsa idéia se formar, os litígios ocorrerão em numero infinito e a metade da população será insuficiente para julgar os litígios da outra metade”.

Foi então, o condenável decreto imperial atendido na íntegra, por seis razões fundamentais: 1ª) pela má organização da Justiça, aceita e festejada pelos Poderes Públicos, e quiçá por eles estimulada; 2ª) pelo distanciamento em que se colocava o juiz em relação ao jurisdicionado; 3ª) por serem esses mesmos pedantes juizes venais e corrompidos; 4ª) por submeterem os jurisdicionados a múltiplas humilhações e dissabores; 5ª) por arrastarem voluntariamente a marcha do processo, que lhes servia de sustento; 6ª) porque se tornava extremamente duvidoso o êxito de qualquer ação e, mesmo que vencida, os custos e o tempo perdido dificilmente seriam compensados.¹⁴

Essas palavras citadas por Figueira Junior nos levam a refletir o movimento que o mundo sofreu e ainda sofre para a consolidação do acesso à justiça. Sobre o tema Mauro Cappelletti e Bryant Garth nos alertam preliminarmente para o fato de que por muito tempo prevaleceu o enfoque formalístico, em que o direito e o sistema jurídico eram olhados exclusivamente em seu aspecto normativo, negligenciando os componentes reais quais sejam: os sujeitos, as instituições, os processos, enfim, todo o contexto social.

Com a sistematização da idéia em torno do princípio da instrumentalidade e efetividade do processo estabelece-se, paulatinamente, um novo momento no pensamento do processualista e do profissional do direito, procurando evitar os males do exagerado “processualismo” e “formalismo”, predispondo o processo de modo a possibilitar seu uso em consonância com seus objetivos iniciais, como um verdadeiro instrumento eficaz para o acesso à ordem jurídica justa.

Com o realismo jurídico surge o que se denominou “ceptismo normativo” que admite que a norma expressa por meio de linguagem requer interpretação, pois assim como a palavra possui vários significados, a norma também deverá ser interpretada, e neste contexto o enfoque formal cai por terra e o

¹⁴ FIGUEIRA JUNIOR, op. cit., p. 133.

movimento de acesso à justiça adota o enfoque teórico privilegiando o homem através de uma concepção tridimensional.

Em uma primeira dimensão, se reflete o problema, necessidade ou exigência social que nos leva à criação de um instituto jurídico. Numa segunda dimensão vê-se a resposta ou solução jurídica, além das normas, a necessidade ou problema ou exigência social, incluindo instituições e processos. E uma terceira dimensão tem-se o resultado do impacto dessa resposta sobre a necessidade, problema ou exigência social.

O que é levado em consideração com essa três dimensões é o papel do operador do direito que se torna complexo, pois não mais pode se preocupar apenas com as formas e procedimentos, mas também com os custos a suportar, o tempo necessário, as dificuldades a superar e os benefícios a obter.

Procurando-se assim não apenas a conclusão formal do processo, mas o seu resultado final, almejado em qualquer circunstância, qual seja a pacificação dos conflitos, pois só assim será efetivada a justiça social, em que se adiciona ao Estado Democrático de Direito uma dimensão social.

Pode-se dizer então que o Acesso à Justiça está amplamente ligado ao binômio possibilidade-viabilidade de acessar o sistema jurídico em igualdade de condições, e à busca de tutela específica para o direito e/ou interesse ameaçado e, por óbvio, com a produção de resultados justos e efetivos.¹⁵

A efetividade do processo tem sido objeto crucial para os processualistas no movimento universal do acesso à justiça. Cândido Rangel Dinamarco diz que é a “expressão resumida da idéia de que o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda sua função sócio-política-jurídica, atingindo em toda sua plenitude todos seus escopos institucionais”.¹⁶

Bolzam¹⁷ por sua vez complementa dizendo que a noção de efetividade deve englobar a eliminação de insatisfações, o cumprimento do direito com justiça, a participação ativa dos indivíduos, além de construir inspiração para o exercício e respeito dos direitos e da própria cidadania, pois o que se tem assistido é o somatório de insatisfações e decepções sentidos pelos indivíduos, o que acaba por abalar e desgastar a credibilidade de que o nosso sistema ainda dispõe.

Não basta para o jurisdicionado envolvido numa lide judicial que o Estado diga o direito; torna-se imprescindível que esse direito seja conferido materialmente a quem tenha razão, isto é, que a pretensão se efetive através do instrumento colocado à disposição do vencedor e que esteja em sintonia com os princípios constitucionais processuais.

Para tanto, é necessário que o acesso à justiça seja amplo e irrestrito, assim como a ordem jurídica oferecida deve necessariamente ser justa capaz de oferecer mecanismos hábeis a consecução rápida, segura e justa de uma pretensão resistida ou insatisfeita.

¹⁵ MORAIS, José Luiz Bolzan. Op. cit. P. 80.

¹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 270.

¹⁷ MORAIS, José Luiz Bolzan. Op. cit. P. 82.

Kazuo Watanabe citado por Figueira Júnior¹⁸ diz que “não basta conceder ao jurisdicionado o pleno acesso aos tribunais, sem a existência de condições mínimas satisfatórias à obtenção da justa composição do litígio levado para apreciação do Estado-juiz”.

“O acesso à justiça é, mais do que ingresso no processo e aos meios que ele oferece, modo de buscar a efetividade, na medida dos direitos que se têm, situações e bens da vida que por outro caminho não poderiam obter.”¹⁹

Sendo assim, o empenho para a concretização da efetividade do acesso à justiça se tornou o alvo da sociedade contemporânea, e tem sido estudado a partir de três fases ou ondas.

A primeira onda designada como assistência judiciária para os pobres foi o primeiro obstáculo identificado a ser superado, em que as pessoas, que nenhum ou pouco acesso à informação e à representação adequada, deveriam ser auxiliadas.

Inicialmente, o método para proporcionar a assistência judiciária era através de advogados particulares sem contraprestação, no entanto, pelo desinteresse evidente, em função da gratuidade, passaram a se tornar visíveis e reiteradas as falhas.

Assim, aos poucos, se iniciando na Itália, o Estado, consciente que aquele método ao invés de favorecer prejudicava o jurisdicionado, passou a remunerar os advogados tanto pelo “aconselhamento jurídico” como pela “assistência judiciária”.

Mauro e Bryant apresentam em seu livro os métodos “*judicare*”, em que o Estado remunera o advogado particular, favorecendo a isonomia na escolha do profissional, do pobre em relação ao rico, e o método do “advogado remunerado pelos cofres públicos”, ou seja, advogados exclusivos para prestarem assistência judiciária – os Defensores Públicos.

Ocorre que os sistemas são falhos, pois, não é possível o Estado manter advogado em número suficiente para fornecer atendimento individual e qualificado, e a simples nomeação de um defensor público não supera as expectativas da primeira onda, uma vez que o cliente de advogado particular, em função de seu poder aquisitivo escolheu livremente o seu representante processual, diferentemente do pobre que tem a única opção de aceitar o advogado público que lhe é oferecido, independente da relação de confiança e da qualificação profissional, ou não terá acesso à justiça.

Outro problema apontado por Cappelletti é a dependência de apoio governamental, entretanto ainda assim esse obstáculo tem sido vencido e cada vez mais pobres estão obtendo assistência judiciária.

A segunda onda do movimento de acesso à justiça Mauro e Bryant denominaram de representação dos interesses difusos²⁰; e tem como característica a transformação das relações inter-individuais para os chamados interesses de grupo, (difusos ou coletivos) ou fenômenos de massa.

¹⁸ FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. Op. cit. p. 134.

¹⁹ DINAMARCO, op. cit., p. 283.

Surge com o crescimento da importância dos direitos sociais que tendem a beneficiar os mais frágeis (crianças, idosos, deficientes), e é um obstáculo que vem sendo superado, pois a concepção tradicional do processo civil não deixava espaço para a proteção dos direitos difusos. O processo era visto apenas como um assunto entre duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia de interesses individuais.

Quanto aos direitos que pertencessem a um grupo, estes não se enquadravam às regras processuais de legitimidade, procedimento, atuação dos juizes, representação adequada. E como tutelar o interesse do consumidor ou o lesado por poluição de massa onde o litigante individual seria titular de mero fragmento do dano em questão?

É obvio que nesses casos o indivíduo isolado é, em regra, incapaz de vindicar efetivamente os direitos a única proteção efetiva será a coletiva ou de classe, este obstáculo Cappelletti denominou de Pobreza Organizacional.

Mas este obstáculo pode ser solucionado através da criação de órgãos governamentais especializados criados com legitimação em certas áreas, com a vantagem de ser especializado, sendo que, o defeito dessa solução é onerar o Estado com maquinaria burocrática, que poderá causar um declínio do zelo e do ativismo do órgão, até porque os interesses são privados, embora pertençam a grupos ou classes de pessoas, e que esses órgãos nem sempre são sensíveis a tais interesses coletivos, mas privados. Um exemplo neste caso é Ombudsman.

Riskin²¹ diz que: “o ombudsman é um oficial, indicado por uma instituição, cuja função é investigar queixas e prevenir litígios ou facilitar a sua solução dentro da própria instituição. Inclui investigações, publicações e recomendações”.

O mesmo autor ainda diz que:

No modelo escandinavo o ombudsman é um defensor de direitos individuais contra abusos de autoridades. Ele é um funcionário independente e não partidário do Parlamento, que fiscaliza a administração. Tem o poder de investigar, criticar e dar publicidade, mas não o de reformar o ato da administração, e nos Estados Unidos, há cerca de 100 ombudsman em colégios e universidades e 200 em grandes empresas, 3 dezenas de jornais, 4.000 hospitais e muitas empresas para clientes e consumidores, e mais de duas dúzias de ombudsman clássicos em estados, províncias e cidades.

Este modelo é muito utilizado nas grandes empresas, onde os assuntos principais são: salários e benefícios, avaliações de desempenho, segurança no trabalho, disciplina, despedimento, discriminação e assédio, ética e fiscalização, condições de trabalho, saúde pessoal, conflitos entre trabalhadores, práticas

²⁰ Sobre o tem ver CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

²¹ LEONARD L. Riskin e James E. Westbrook. *Dispute Resolution and lawyers*, Abridged edition, Second edition, Westgroup, St Paul, Minn; 1998.

gerenciais. Nos EUA as empresas que têm pelo menos alguns empregados sindicalizados, a unidade de negociação dos empregados é normalmente ouvida pelo ombudsman.

Outra solução apontada são as ações de classe, um expediente que tem brotado em especial no mundo da Common Law, mas no Civil Law tem uma exceção que é a possibilidade de sua utilização no Código de Defesa do Consumidor Brasileiro, onde pode-se atribuir a um ou poucos membros de classe legitimidade para abranger a classe inteira.

No entanto a ação de classe rompe com alguns dos tradicionais e milenares princípios do processo civil. O primeiro que se vislumbra é que, tradicionalmente, a legitimidade de agir só compete ao titular do direito vindicado em Juízo, e nesse caso, ao contrário confere-se legitimação ao “titular” de mero fragmento do direito. Outra tradição rompida é a regra de que todos os envolvidos aos quais a decisão produzirá coisa julgada sejam ouvidos, o que é impraticável neste modelo, pois geraria uma despesa impossível de suportar, somada a demora processual, e conseqüentemente, a idéia tradicional de coisa julgada teve de ser amoldada as exigências desses “novos direitos”.

Destaca-se ainda que no conceito tradicional a indenização só ressarcce os danos sofridos pelo autor, contudo, na ação de classe não se tem outra maneira de tornar efetiva a vindicação de direitos difusos que não seja levar em conta o dano total causado pelo transgressor e descobrir meios imaginativos de distribuir a indenização entre os membros da classe, inclusive os que não estão presentes no processo.

A ação coletiva é também usada, predominantemente na Europa Continental, e é aquela que confere legitimidade de agir as associações (ex: raciais, alcoolismo, família, mulheres, crianças e etc.).

Este modelo é apontado por Cappelletti como sendo as mais vantajosas, pois são especializadas na área que representam e ao contrário dos órgãos governamentais especiais, tratam com zelo e representam o interesse inteiro e não apenas um fragmento.

No entanto a desvantagem da ação coletiva para a ação de classe é que somente as associações registradas e existentes há mais de um ano se legitimam a propor ações do grupo inteiro e nesse sentido ela se diferencia em relação a Ação de Classe, onde qualquer membro da Classe se legitima a propor a ação.

A ação popular, por sua vez, se diferencia da Ação de Classe tendo em vista que qualquer pessoa se legitima, seja membro da Classe ou não²². Há quem veja como a solução mais perfeita para o problema de vindicação de direitos difusos.

²² CAPPELLETTI, Mauro. *Os métodos Alternativos de Solução de Conflitos no Quadro do Movimento Universal de Acesso à Justiça*. Revista de Processo, RT-SP, nº 74, ano 19, abril-junho/94, p.87. “Exemplo, que considero na verdade muito interessante, é fornecido pelo Estado da Baviera, que incluiu uma PopularKlage para o caso de violações dos direitos fundamentais consagrados na constituição do Estado: aqui a idéia é a de que uma violação dos Grundrechte por órgãos do Estado configura, de modo indireto, violação dos direitos e expectativa básicas de todos os cidadãos, de sorte que todos se legitimam a vindicar tais direitos contra os referidos órgãos.”

Cappelletti diz que, exceto quando se trata dos mais básicos dos direitos, essa ação implica riscos de abuso, podendo acabar acarretando mais dano do que proveito por causa da inadequação do autor popular, e que mais vale pessoas ou associações organizadas motivadas por um interesse social ou organizacional do que um exército de intrometidos.

A terceira e última onda Cappelletti denomina como o enfoque do acesso à justiça, e está diretamente relacionada com os métodos alternativos de solução de conflitos, pois trata do obstáculo processual, o que significa dizer que, em certas áreas, são inadequados os tipos ordinários de procedimento.

Como vimos anteriormente, é livre e irrestrito o acesso à justiça, pois esta constitui um postulado ideal, porém está condicionada a realidade prática e a existência de obstáculos diversos que restringem tais direitos. As dificuldades processuais são: econômicas, levando-se em consideração o custo do serviço judicial e a duração dos processos; culturais, quanto ao desconhecimento dos direitos por parte dos cidadãos e a falta de confiança nas resoluções judiciais e em seus operadores; e quanto a complexidade dos procedimentos judiciais.

Assim, os meios alternativos são soluções para a superação do obstáculo apontado pela terceira onda.

Ressalta-se que, os meios alternativos não só levam em consideração o excesso de causas no sistema, que ocasiona demora na solução dos litígios, como também a insatisfação da sociedade que não tem entrada potencial a solução justa de seus conflitos.

6. Meios Alternativos de Solução dos Conflitos: A terceira onda do movimento universal do acesso à justiça.

“O novo enfoque do acesso à justiça proposto na terceira onda tem alcance bem mais amplo que as duas primeiras ondas, uma vez que centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e prevenir as disputas da sociedade moderna.”²³

Partindo do princípio que os novos direitos frequentemente exigem novos mecanismos procedimentais que os tornem exequíveis, esse enfoque encoraja a exploração de uma ampla variedade de reformas, incluindo alterações nas formas de procedimento, mudanças na estrutura dos tribunais ou a criação de novos tribunais, o uso de pessoas leigas ou paraprofissionais, tanto como juízes quanto como defensores, modificações no direito substantivo destinadas a evitar litígios ou facilitar sua solução e a utilização mecanismos privados ou informais de solução dos litígios, enfim, esse enfoque não receia inovações radicais e compreensivas.

²³ CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. Op. cit. p. 67.

Em certas áreas ou espécies de litígios, a solução normal – o tradicional processo litigioso em juízo - pode não ser o melhor caminho para ensejar a vindicação efetiva de direitos, assim, a sociedade moderna possui razões para buscar essas alternativas que fazem parte da essência do movimento de acesso à justiça, qual seja o processo judicial acessível a toda a população, ou que pelo menos deveria ser, com solução dos conflitos até mesmo fora do sistema formal.

Gladys Alvaréz²⁴ elenca como objetivos desta terceira onda: minimizar o acúmulo de processos nos tribunais; reduzir os custos da demora; incrementar a participação da comunidade nos processos de resolução de conflitos; facilitar o acesso à justiça; e fornecer a sociedade uma forma mais efetiva de resolução de conflitos.

O mesmo autor apresenta ainda as vantagens para adoção dos meios alternativos. Senão vejamos: são rápidas: pois ao invés de demorar anos, pode terminar com o problema em poucas semanas ou talvez em até apenas uma audiência de poucas horas; confidenciais: devido a seu caráter privado; informal: existem procedimentos sim, porém sem o rígido formalismo; flexível: pois as soluções não estão predispostas em precedentes legais, possibilitando que haja justiça baseada nos fatos únicos do caso; econômicas: oferecem custos diversos, mas sempre são mais baratos que o litígio dentro do sistema formal; justas: pois se adapta mais às necessidades concretas e particulares das partes; exitosas: vez que os resultados são muito satisfatórios.

Cappelletti, por sua vez, aponta a existência de questões árduas a serem encaradas como: Quais as instituições a promover os procedimentos simplificados? Quais as pessoas para trabalhar nessas instituições? Quais os padrões e garantias mínimos a serem mantidos nos meios alternativos de Solução de Conflitos?

Como resposta a primeira questão suscitada por Cappelletti constata-se a *arbitragem* como uma das instituições utilizadas para promover a solução alternativa dos litígios, e da mesma forma que alguns outros institutos, é um meio paraestatal de solução de conflitos que são retirados da esfera judicial e entregue a um particular para serem resolvidos.

É uma instituição antiga, que possui procedimentos informais, julgadores com formação técnica ou jurídica, com decisões que podem vir a sofrer recurso, porém de forma limitada, e possui como característica essencial o fato de que as partes da controvérsia escolhem livremente quem vai decidi-la conferindo aos mesmos poder e autoridade para tal decisão.

Pode ser conceituada como:

Uma técnica para solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo

²⁴ ÁLVAREZ, Gladys S. et al.op. cit. p. 37.

com base nesta convenção, sem intervenção do Estado, sendo a decisão destinada a assumir eficácia de sentença judicial.²⁵

É válido destacar que a arbitragem não objetiva substituir a jurisdição estatal ou concorrer com ela; a base desse instituto é a manifestação da vontade das partes em litígio que, ao conferir a um terceiro a solução da lide, estão, em primeiro lugar, dispendo sobre direitos que a lei considera disponíveis.

Não estamos diante apenas de um novo sistema processual, nos dizeres de Figueira Junior²⁶ “a Lei nº 9.307/96 representa muito mais do que isso, ou seja, significa verdadeira revolução em nossa cultura jurídica a medida que coloca lado a lado a jurisdição estatal e a privada, à escolha do jurisdicionado”.

Outro instituto a promover procedimentos simplificados como meio alternativo a efetivação do acesso à justiça é a *mediação* que é o meio extrajudicial de resolução de conflito, onde um terceiro é chamado para encaminhar as partes a chegarem a uma solução ou acordo, para isso elas são conduzidas a realizar os seus acordos, sem que haja uma interferência real do mediador, demonstrando que a resolução da controvérsia será sempre das partes.

O objetivo da mediação é a responsabilização dos protagonistas, capazes de elaborar, eles mesmos, acordos duráveis através da restauração do diálogo e da comunicação, alcançando a pacificação duradoura.

A mediação não é instituto jurídico, mas técnica de solução alternativa de conflitos que propõe mudanças culturais na forma de enfrentar o conflito, levando as partes a reconhecerem suas diferenças, possibilitando-as a encontrar soluções viáveis para alcançar a satisfação dos interesses envolvidos no processo em questão.

Nossa legislação não contempla a possibilidade de mediação, mas nada impede a sua aplicação. Na reforma do código de processo civil de 1994-1995, foi inserido a letra IV do artigo 125, que determina ao juiz, tentar a qualquer tempo a conciliação das partes, assim como a introdução de audiência preliminar com o objetivo de tentativa de conciliação e organização do processo (art. 331 do CPC), revelando a intenção do legislador na tentativa de conciliação das partes, como objetivo do processo.

Está em Trâmite um projeto de lei²⁷, de autoria da Deputada Federal Zulaiê Cobra, para a regulamentação da mediação. Este projeto de lei ao mesmo tempo em que incentiva a mediação extrajudicial, preservando plenamente a atuação das instituições entidades e pessoas especializadas, preocupa-se em trazer a mediação para dentro do Poder Judiciário, por intermédio do que denomina de "mediação paraprocessual".

O Projeto ora apresentado investe em duas modalidades de mediação: a primeira, denominada mediação prévia (que será sempre facultativa), poderá ser extrajudicial ou judicial, incentivando os

²⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem*, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 4ª edição, 2005. p. 9.

²⁶ FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. Op. cit. p. 110.

²⁷ Disponível em <http://www.pailegal.net/mediation.asp?rvTextoId=1351357771>.

interessados a buscar o meio consensual da mediação; a segunda, incidental (e cuja tentativa é obrigatória), terá lugar sempre que for distribuída demanda sem prévia tentativa de mediação, extrajudicial ou judicial, de sorte que, obtido o acordo, não haverá necessidade de intervenção do juiz estatal.

Observe que *conciliação* e *mediação* distinguem-se porque, na primeira, o conciliador, após ouvir os contendores, sugere a solução consensual do litígio, enquanto na segunda o mediador trabalha mais o conflito, fazendo com que os interessados descubram as suas causas, removam-nas e cheguem assim, por si só, à prevenção ou solução da controvérsia.

Independente dos instrumentos a serem utilizados, o importante é que eles devem sempre buscar o acordo entre as partes, utilizando-se um processo simplificado, deixando o formalismo de lado, e tomando como base o princípio da oralidade para que o processo alcance seu objetivo de forma rápida e eficaz.

Um fator relevante e de extrema importância é o acordo nas chamadas pelos sociólogos instituições totais, que são locais em que as pessoas são obrigadas a manter contato constantemente como aldeias, tribos, e na sociedade moderna isso se aplica a universidades, fábricas, e até prisões, ou em bairros urbanos ou rurais, locais onde uma solução contenciosa conduziria a exacerbação, e quiçá a um incômodo tal que leve as pessoas a abandonarem o local que conviviam causando prejuízos emocionais e financeiros, sendo a conciliatória mais vantajosa para todos por fortalecer a convivência dos envolvidos.

Mauro Cappelletti²⁸ diz que a justiça conciliatória se destaca por ser eficaz, e capaz de produzir resultados mais acessíveis, mais rápidos e informais, menos dispendiosos. Como resultado destaca o êxito da arbitragem comercial tanto na Europa quanto na Ásia, e da mediação em matéria de família.

Cappelletti também ressalta em seu texto *Problemas de Reforma no Processo Civil nas Sociedades Contemporâneas*²⁹ que o mais importante da terceira onda é a substituição da justiça contenciosa por aquela que ele denomina de justiça coexistencial, baseada em formas conciliatórias.

Ainda sobre conciliação Riskin³⁰ diz que ele trabalha em favor da paz privada, em oposição à justiça pública, e enumera algumas vantagens do acordo, pois permite que as próprias partes escolham os métodos e as soluções; permite fórmulas mais variadas de soluções que satisfaçam a ambas as partes; o compromisso é um empenho moral em favor da equidade, justiça material, acomodação e coexistência pacífica dos interesses em conflito; pode basear-se em princípios ou interesses não legais, que podem ser mais importantes para as partes do que considerações legais; os processos de acordo podem ser mais humanamente reais, democráticos, participativos; os acordos podem adaptar-se melhor a soluções de

²⁸ CAPPELLETTI, Mauro. *Os métodos Alternativos de Solução de Conflitos no Quadro do Movimento Universal de Acesso à Justiça*. Op. cit.....

²⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *Problemas de reforma do Processo Civil nas sociedades contemporâneas*. Revista de Processo, RT-SP, nº 65, ano 17, janeiro-março/92, p. 127-143.

³⁰ LEONARD L. Riskin e James E. Westbrook. Op. cit. p. 17.

problemas que envolvam múltiplas partes, ao contrário do tradicional processo judicial binário; além de facilitar, pela variedade de soluções, o acesso à justiça.

Portanto, não somente a mediação ou conciliação, mas os conflitos em geral que se concluem com acordo são mais eficientes do que decisão judicial, porque quando as partes resolvem a questão, resulta a paz por longo tempo, por isso também a importância da autonomia da vontade das partes ser ponto crucial nos meios alternativos, pois do contrário caem em risco de se tornarem uma parte do aparelho do Estado.

O segredo e o grande sucesso dessas técnicas de composição amigável dos inúmeros conflitos intersubjetivos, talvez residam na circunstância simples de que através da resolução pacífica encontrada pelos próprios litigantes não resultarão vencidos ou vencedores, em decorrência do entendimento mútuo resultante da análise de propostas de eliminação de riscos e ônus maiores que poderão advir com a prolação de uma decisão de mérito.³¹

A segunda questão levantada por Cappelletti referente às pessoas a trabalharem nas instituições dos meios alternativos vem a ser solucionada pela utilização de juizes leigos, tendo em vista que o êxito da justiça coexistencial depende também do conciliador, que não deve ser a autoridade oficial do juiz, mas uma autoridade social.

Além de ser uma forma de participação popular na administração da justiça com a finalidade de (i) legitimação democrática da função jurisdicional, uma vez que o processo com participação de juizes leigos perde o caráter esotérico que o torna estranho e incompreensível ao povo; (ii) economia e eficiência, porque subtrai da justiça ordinária as causas que não necessitam de um juiz profissional e, portanto mais caro e mais formal.

Esta tem sido a tendência universal do processo civil moderno, que está cada vez mais incrementando a participação popular na prestação da tutela jurisdicional, como forma alternativa de busca da composição dos conflitos de interesses, através da transação ou conciliação.

No que tange a última questão levantada por Cappelletti quanto às garantias mínimas a serem mantidas nos meios alternativos de solução de conflitos, enfatiza-se a garantia da Independência do juiz, que deverá ser imparcial, mas não inerte/passivo, uma vez que é seu dever o desenvolvimento rápido, regular e leal do processo.

E a garantia do Devido Processo Legal, em especial quanto ao direito das partes serem ouvidas, e ainda terem um sistema adequado de comunicação, prazo suficiente, direito à prova, e impugnação da prova adversa, recorrer prevenindo-se dos excessos e abusos.

³¹ FIGUEIRA JUNIOR. Op. cit. p.132.

Sem deixar de mencionar que, nesta segunda garantia apontada por Cappelletti³², merece destaque o Princípio da Oralidade, ressaltando que o movimento pela oralidade ressurgiu com o propósito de tornar o processo mais acessível. Isso ocorreu em reação contra o abuso excessivo da escrita no Processo Civil da nossa época, e as conseqüências de tal excesso fizeram do processo um mecanismo lento, caro e incompreensível a muitos.

E conclui dizendo que a oralidade por seu caráter imediato da relação juiz, partes e sujeitos (testemunhas) e pela concentração atual do processo em uma ou poucas audiências, é um instrumento importante para enfrentar o problema da duração excessiva e para melhorar a qualidade da justiça cível.

Quanto às garantias constitucionais Mauro destaca dois fatores. O primeiro é que elas deveriam integrar o texto constitucional de forma a mantê-las seguras, e quiçá até em *Bill of Rights* transnacionais como a Convenção Européia e Americana, e segundo, a importância das garantias sociais manifestadas no movimento de acesso à justiça sob a luz das próprias idéias de independência e devido processo legal assumirem significados diversos, visando o compromisso entre garantias individuais e garantias sociais.

6.1 Meios Alternativos de Solução de Conflitos no Direito Comparado

No Canadá as Alternative Dispute Resolution (ADR) crescem de forma impressionante das seguintes formas: a) Rules of Civil Procedure (ocorre nos países da Common Law) visam incentivar as partes a negociar o resultado do processo. “Se o autor ou réu faz proposta, recusada pela outra parte, esta é “punida” (com aumento das custas) caso o resultado do processo não se iguale ou supere à proposta, e como conseqüência o acordo se tornou comum. B) mediação judicial na audiência preliminar (que estão se tornando regra na Common Law) com tentativa de intermediar um acordo sendo feita por juiz diverso do julgador. C) mediação familiar – que podem ser voluntárias ou obrigatórias com mediadores judiciais ou particulares. D) remessa obrigatória a mediação. E) “tribunal privado” (arbitragem) com advogados experientes e juizes aposentados. Em Ontário tem lei arbitral que reforça o efeito das cláusulas arbitrais e limita o reexame judicial. F) Aumento substancial de 1000 para 6000 do limite de competência por valor dos juizados de pequenas causas, especialmente em Ontário.

Nos EUA o acesso a justiça não é um “direito social” mas um “problema social” e a solução foi retirar dos tribunais boa quantidade de litígios, e então as Alternative Dispute Resolutions passaram a ser tão importantes que se tornaram objeto de cursos em faculdades de Direito e a possibilidade de arbitragem existe em quase todo tribunal. O tribunal remete ao árbitro devendo as partes ser submissa

³² CAPPELLETTI Mauro. *Problemas de reforma do Processo Civil nas sociedades contemporâneas*. Op. cit., p. 127-143.

compulsoriamente ao árbitro, no entanto a decisão arbitral pode ser impugnada, mas há sanção de condenação de custas caso o reexame em juízo seja infrutífero. Destaca-se ainda que American Bar Association possui seções e comissões especiais para promoção das ADRs.

Na França temos os “*Conciliateurs*” introduzidos em 1978, que declinaram devido ao cepticismo dos partidos socialistas que estavam no poder com relação a instituição, ressurgindo em 1987 com *conciliateurs* leigos designados pelo presidente do tribunal de apelação com a incumbência de descobrir a possibilidade de acordo.

Tem também a remessa das partes pelo Juiz ao “*mediateur*”, que é um “auxiliar de juiz” e foi criticado por ser considerada excessiva privatização de função jurisdicional. Porém, o Professor Perrot opina favoravelmente a instituição do *mediateur* e diz-se convencido de que poderiam facilmente prevenir os riscos inerentes à inovação por meio de salvaguardas técnicas de implementação singela, e com disposições tão simples a prática de tal serviço mostra-se extremamente útil.³³

6.2 Os meios alternativos de solução dos conflitos e o operador do direito.

Os advogados têm o dever ético de orientar o cliente sobre as diversas formas de solução do conflito, e em função da pressão dos próprios clientes, dos juízes e da realidade da morosidade da justiça muitos escritórios estão organizando e divulgando serviços de meios alternativos em alguns países.

Porém inúmeros são os obstáculos ao envolvimento dos advogados no Brasil, dentre eles: a não familiaridade, por falta de educação ou interesse, e o medo do desconhecido combinado com medo de perda de receita.

Eduardo Medina³⁴ aponta outros fatores que são a escassa literatura específica sobre o assunto no Brasil e o reduzido número de cursos jurídicos que tenham em seus conteúdos programáticos disciplinas deste tema.

Ocorre que a cultura jurídica brasileira tem como fundamento que, pela tradição, só o Estado é capaz de resolver os litígios entre as partes, e temem a solução originária de particulares, além de pré-estabelecerem que as partes nunca poderão se conciliarem, mas sempre serão contendores, donos de uma única verdade, e assim, os operadores do direito, em especial os advogados, saem em busca da “Justiça!” e não da simples solução do conflito.

Ressalta-se que código de disciplina da Ordem dos advogados do Brasil prevê o dever do advogado “estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios”.

³³ Sobre o tema ver CAPPELLETTI, Mauro. *Os métodos Alternativos de Solução de Conflitos no Quadro do Movimento Universal de Acesso à Justiça*. Op. cit.....

³⁴ MEDINA, Eduardo Borges de Mattos. Op. cit. p. 108

Assim, os advogados, como possuem o primeiro contato com as partes, são de fundamental importância, pois no momento da orientação jurídica, deverão, ao nosso entender, fazê-la demonstrando a escolha do melhor método alternativo ao seu cliente, bem como continuar atuando durante o desenvolvimento do processo alternativo em busca da solução mais satisfatória oferecendo mais atenção aos efetivos interesses e necessidades dos seus clientes, enfim, utilizando os meios alternativos para o real acesso à justiça do jurisdicionado.

6.3 Empecilhos à aplicação dos meios alternativos de solução de conflitos.

Para se atingir escopos de socialização do processo e de justiça participativa faz-se mister que haja uma mudança da postura da mentalidade dos operadores (advogados, magistério, Ministério público e serventuários) e dos consumidores do direito (os destinatários das normas, os jurisdicionados), arraigadas nos nossos costumes.

Não basta apenas a previsão normativa constitucional e principiológica do acesso à justiça; faz-se mister a existências de mecanismos geradores da efetivação dos direitos subjetivos, cuja realização verifica-se por intermédio de instrumentos que possibilitem a consecução dos objetivos perseguidos pelo autor com rapidez, isto é, dentro de um período de tempo razoável e compatível com a complexidade do litígio, proporcionando ao beneficiário da medida a concreta satisfação do escopo perseguido.³⁵

Em um primeiro aspecto, é necessário reconhecer a crise não somente do processo, mas de toda a estrutura estatal de solução de conflitos, uma vez que o judiciário é complexo, lento, caro e quase sempre inacessível aos hipossuficientes³⁶, e que as iniciativas tomadas no intuito de melhorar o desempenho da jurisdição estatal, como, por exemplo, a Lei nº 9.099/95 e a lei que instituiu a arbitragem vêm colaborando nesse sentido de melhorar a prestação jurisdicional do Estado, porém são ainda insuficientes:

Há que se dizer, ainda, que a consagração da arbitragem não contraria a regra – essencial aos Estados Democráticos de Direito – de monopólio estatal da jurisdição. Este monopólio continua existindo, mesmo com a aprovação da lei de arbitragem. É de se afirmar, porém, que se o estado tem o monopólio da jurisdição, não tem o monopólio da realização da justiça. Esta pode ser alcançada por vários meios, sendo a jurisdição apenas um deles.³⁷

³⁵ FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. Op. cit. p. 137.

³⁶ MEDINA, Eduardo Borges de Mattos. Op. cit. p. 128.

³⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. Op. cit. p. 4.

Eduardo Medina³⁸ aponta um segundo aspecto que é o mito da imposição de grupos econômicos fortes e do neoliberalismo econômico, que buscam os meios alternativos para afastar da tutela estatal os consumidores e as pessoas mais frágeis.

Porém não prospera tal razão, pois sabemos que meios alternativos como a arbitragem, existiam desde a babilônia há 3.000 anos a.C., com a presença de juizes particulares, sendo anterior ao liberalismo, além de ser uma ofensa ao trabalho dos juristas que se manifestam sobre o tema, e elaboram textos como o da lei nº 9.307/96.

Dentre vários outros óbices utilizados como obstáculos à utilização dos meios alternativos destacamos outro mito que diz respeito a privatização do Processo.

Vitório Dentis citado por Cappelletti³⁹ diz que os movimentos conciliatórios tendem a perseguir duas finalidades: a) maior eficiência do aparelho da justiça e b) “privatização” através da atividade mediadora.

Em contrapartida Cappelletti diz que tal análise pode ser correta, mas não compartilha as valorações negativas do fenômeno, alegando que, a decisão judicial emitida em sede contenciosa, presta-se a resolver relações isoladas, relativa a um episódio do passado, não destinado a perdurar.

Ao contrário, a justiça coexistencial dos meios alternativos não visa decidir, mas “remendar” uma ruptura, em preservação do bem mais duradouro, a convivência pacífica de sujeitos que fazem parte de um determinado grupo.

E diz ainda que a razão que acentua a forma coexistencial consiste justamente na privatização criticada por Denti, onde aparenta a história dos últimos anos o progresso onde se verifica a oportunidade de por um limite às intervenções Estatais, que com frequência se revelou demasiadamente lenta, formal, rígida, e burocraticamente opressiva.

Sendo assim, não há que se prosperar qualquer pretensão de valoração negativa da privatização da solução dos conflitos sociais através dos meios alternativos.

Convictos estamos de que esses empecilhos ou mitos poderão ser superados através da instituição de órgãos de planejamento permanente, criando escolas de formação e aperfeiçoamento, promovendo conclave nacionais e internacionais, investindo em pesquisas e meios alternativos de resolução de conflitos, fazendo com que seja superada a insatisfação generalizada dos jurisdicionados, em dimensões mundiais, com a ineficiência da jurisdição estatal.

7. Conclusão

³⁸ MEDINA, Eduardo Borges de Mattos. Op. cit. p. 131.

³⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *Os métodos Alternativos de Solução de Conflitos no Quadro do Movimento Universal de Acesso à Justiça*. Op. cit.....

É natural a resistência ao novo, e no Brasil a resolução de controvérsias por particulares constitui novidade, como nos demais países seguidores da Civil Law, uma vez que os meios alternativos de solução de conflitos não fazem parte da tradição, conseqüentemente são pouco utilizados.

Entretanto, é necessária a consciência de que os meios alternativos são sustentados não tanto pela sua bondade intrínseca, mas pela sua adequação a um sistema em crise. É uma solução residual não superior ao processo, mas necessária por causa da inacessibilidade da justiça estatal.

Sendo assim, é necessário encarar os meios alternativos de solução de conflitos como uma nova política essencial à administração da justiça, pois vislumbramos a incorporação desses mecanismos para resolver os conflitos sociais como uma das funções que o Estado moderno deve cumprir em nossos dias.

Lembrando que a iniciativa privada é importante e insubstituível, desde que seja controlada no sentido de prevenir seus possíveis abusos, onde, há um juiz privado, mas sempre havendo possibilidade de recorrer ao juiz oficial no caso de abusos e graves irregularidades.

Mauro Cappelletti diz que:

Devemos estar conscientes de nossa responsabilidade: é nosso dever contribuir para fazer que o direito e os remédios legais reflitam as necessidades, problemas e aspirações atuais da sociedade civil: entre essas necessidades estão seguramente as de desenvolver alternativas aos métodos e remédios, tradicionais, sempre que sejam demasiado caros, lentos e inacessíveis ao povo: daí o dever de encontrar alternativas capazes de melhor atender às urgentes demandas de um tempo de transformações sociais em ritmo de velocidade sem precedente.⁴⁰

E o mesmo autor diz que “se é verdade que, em certo sentido, nada é novo sob o sol, não é menos verdade que tudo é novo, porque nada se repete perfeitamente”.

E assim concluímos este trabalho, na expectativa de que, mesmo estando baseado em estudos preexistentes de respeitáveis cientistas, venha a despertar em quem o leia a necessidade de utilização dos meios alternativos de solução dos conflitos a fim de promover o acesso à justiça em nosso país.

Referências

ÁLVAREZ, Gladys S. et al. *Mediación y justicia*. Buenos Aires: Delpalma, 1996.

BOBBIO, Norberto. *Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 4 ed., 2005.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

⁴⁰ Mauro Cappelletti. *Os métodos Alternativos de Solução de Conflitos no Quadro do Movimento Universal de Acesso à Justiça*. Op. cit. p. 82-97.

_____. *Os métodos Alternativos de Solução de Conflitos no Quadro do Movimento Universal de Acesso à Justiça*. Revista de Processo, RT-SP, nº 74, ano 19, abril-junho/94, p. 82/97.

_____. *Problemas de reforma do Processo Civil nas sociedades contemporâneas*. Revista de Processo, RT-SP, nº 65, ano 17, janeiro-março/92, p. 127/143.

DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Arbitragem: Jurisdição e execução: análise crítica da lei 9.307 de 23.09.1996*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GRECO, Leonardo. *O acesso ao Direito e à Justiça*. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 10 jun. 2006.

LEONARD L. Riskin e James E. Westbrook. *Dispute Resolution and lawyers*, Abridged edition, Second edition, Westgroup, St Paul, Minn; 1998.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Soberania e direitos humanos: dois conceitos irreconciliáveis*. Publicado no Jornal "Correio Braziliense" do dia 10.09.2002, pesquisado em 10 de junho de 2006 e disponível em <http://www.hrea.org/lists/educadh/markup/msg00431.html>.

MEDINA, Eduardo Borges de Mattos. *Meios Alternativos de Solução de Conflitos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

MORAIS, José Luiz Bolzan. *Mediação e Arbitragem. Alternativas à Jurisdição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.