

MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITO

Luísa Sousa A. C. Duarte¹

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.

Palavras-chave: sistema jurídico; conflitos; meios alternativos; justiça.

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.

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.

¹ Acadêmica do 4º Período do curso de Direito da Faculdade Atenas – Paracatu/Minas Gerais.E-mail: isinha_duarte@hotmail.com.

1 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 Junior, 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. (JUNIOR: 1999, 73)

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 Bolzan (1999) denominou de crise conceitual. Um dos fatores que ocasionou tais transformações foi o processo de internacionalização dos direitos humanos:

...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. (BOBBIO: 1992, 25)

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, enfraquecesse.

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.

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

2 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. (ÁLVAREZ: 1996, 21)

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 jurisdição 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 à processualística, esta só se definiu em meados do século passado, e atravessa uma fase de busca por estratégias mais rápidas e eficazes.

Hodiernamente as soluções dos conflitos se realizam as 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.

3 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.

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!”.

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 Barbosa (ANO) “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 mútua 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 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.

O Professor Leonardo Greco (2006) 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. (GRECO: 2006, P.)

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. (GRECO: 2006, P.)

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.

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 a 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, sob os auspícios e garantias do Estado, mas com a decisão delegada à 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.

4 MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

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. (AUTOR: ANO, P.)

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 para profissionais, 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.

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 Alvaréz (1996) 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 (1988), 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 (1988) 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 com base nesta convenção, sem intervenção do Estado, sendo a decisão destinada a assumir eficácia de sentença judicial.

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 Junior “a Lei nº 9.307/96 representa muito mais do que isso, ou seja, significa verdadeira revolução em nossa cultura jurídica à 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 lei, 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 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 Cappelletti (1988) 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 (1988) também ressalta em seu texto Problemas de Reforma no Processo Civil nas Sociedades Contemporâneas 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 Riskin (ANO) 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 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.

A segunda questão levantada por Cappelletti (1988) referente às pessoas a trabalharem nas instituições dos meios alternativos vem a ser solucionada pela utilização de juízes 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 legitimação democrática da função jurisdicional, uma vez que o processo com participação de juízes leigos perde o caráter esotérico que o torna estranho e incompreensível ao povo; 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 (1988) 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.

Sem deixar de mencionar que, nesta segunda garantia apontada por Cappelletti (1988), 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 (ANO) 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.

5 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 consequência 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 compulsoriamente ao arbitro, 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 à 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 (ANO) 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 pratica de tal serviço mostra-se extremamente útil.

5.1 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 Medina (ANO) 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 preestabelecerem 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”.

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.

5.2 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. 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.

Eduardo Medina (ANO) 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 (ANO) citado por Cappelletti (1988) diz que:

os movimentos conciliatórios tendem a perseguir duas finalidades: a) maior eficiência do aparelho da justiça e b) “privatização” através da atividade mediadora. (DENTIS: ANO, P.)

Em contrapartida Cappelletti (1988) diz que:

tal análise pode ser correta, mas não compartilha as valorações negativas do fenômeno, alegando que, a decisão judicial emitida em sede contenciosa, prestasse 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. (CAPPELLETTI: 1988, P.)

E diz ainda que:

a razão que acentua a forma coexistencial consiste justamente na privatização criticada por Dentis, onde aparenta a história dos últimos anos o progresso onde se verifica a oportunidade de por um limite às intervenções Estatais,

que com freqüência se revelou demasiadamente lenta, formal, rígida, e burocraticamente opressiva. (CAPPELLETTI: 1988, P.)

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.

CONCLUSÃO

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 (1988) 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. (CAPPELLETTI: 1988, P.)

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.

ALTERNATIVE MEANS OF SOLUTION OF CONFLICT

ABSTRACT

The interest conflicts are a reality that if cannot deny. They are individual, collective they or diffuse, they need to be solved for the harmonic life in society. This article half points the current crisis of the main one of solution of conflict in our country, which is, the process, and how much this crisis has affected the access to the justice of the Brazilians.

keyword: *juridical system; conflicts; alternative means; justice.*

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:

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Arbitragem**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 4 ed., 2005. Campus, 1992.

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

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.