

CINIRIA SONIA CARDOSO

**O ACESSO À JUSTIÇA E AS FORMAS ALTERNATIVAS DE SOLUÇÃO DE
CONFLITOS**



São Paulo/SP

2008
CINIRIA SONIA CARDOSO

**O ACESSO À JUSTIÇA E AS FORMAS ALTERNATIVAS DE SOLUÇÃO
CONFLITOS**

**Monografia apresentada ao Curso de
Especialização Telepresencial e Virtual em
Direito Processual Civil, na modalidade
Formação para o Mercado de Trabalho,
como requisito parcial à obtenção do grau
de especialista em Direito Processual Civil.**

**Universidade do Sul de Santa Catarina -
UNISUL**

**Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes - REDE
LFG**

Orientador: Profa. Patrícia Fontanella

São Paulo – São Paulo
2008

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito e que se fizerem necessários, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico e referencial conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Sul de Santa Catarina, a Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes, as Coordenações do Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Processual Civil, a Banca Examinadora e o Orientador de todo e qualquer reflexo acerca da monografia.

Estou ciente de que poderei responder administrativa, civil e criminalmente em caso de plágio comprovado do trabalho monográfico.

São Paulo, 13 de setembro de 2008.

CINIRIA SONIA CARDOSO

CINIRIA SONIA CARDOSO

**O ACESSO À JUSTIÇA E AS FORMAS ALTERNATIVAS DE SOLUÇÃO DE
CONFLITOS**

Esta monografia foi julgada adequada para a obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil, na modalidade Formação para o Mercado de Trabalho, e aprovada em sua forma final pela Coordenação do Curso de Pós-Graduação em Direito Processual Civil da Universidade do Sul de Santa Catarina, em convênio com a Rede Ensino Luiz Flávio Gomes – REDE LFG.

São Paulo, 30 de setembro de 2008.

DEDICATÓRIA

Dedico o presente estudo a todos que devotam esforços em nome da efetividade do acesso à Justiça.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à Profa. Patrícia Fontanella pelas valorosas observações e pelo incentivo, que possibilitaram a conclusão da presente monografia.

Agradeço à minha família, em especial à minha irmã Avanda Maria Cardoso, que colaborou ao longo de todo o curso com valiosas discussões e aporte teórico.

Agradeço a Deus.

“Não são os princípios que dão grandeza ao homem. É o homem que dá grandeza aos princípios”.

Confúcio

RESUMO

O presente estudo visa à discussão da efetividade do princípio do acesso à Justiça e a opção por formas alternativas de solução de conflitos.

A questão a ser enfrentada repousa na viabilidade da adoção de mecanismos alternativos como instrumentos para alcançar resultados mais eficientes, diante das dificuldades ao acesso e das críticas lançadas contra o sistema judicial estatal.

O propósito é avaliar qual a importância do princípio do acesso à Justiça em uma sociedade democrática e à proteção dos direitos fundamentais, de sorte que as formas alternativas de solução de conflitos sejam verdadeiramente fruto de escolha das partes e não meios substitutivos do acesso à Justiça.

Palavras-chave: Acesso à Justiça, formas alternativas de solução de conflitos, direitos fundamentais.

ABSTRACT

The aim of this research is analysing the efectivity access to Justice and the possibility of choosing the alternative dispute resolution.

The main question to be held involves the viability of alternative dispute resolution as mechanisms to make more efficient solutions possible, in the context of problems of access to Justice and the complaints against judicial system of State.

The focus is identifying the importance of access to Justice as a constitucional principle for a democratic society and for the guarantee of fundamental rights, in order to make sure that alternative dispute resolution is just a both parts' option and not as mechanisms to substitute the access to Justice.

Key words: Access to Justice, alternative dispute resolution, fundamental rights.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO 1	12
A garantia constitucional de acesso à Justiça	
1.1 A previsão constitucional	
1.2 Solução de conflitos e instrumento de democracia: o conteúdo do acesso à Justiça em uma sociedade pluralista	
1.3 O acesso ao “acesso à Justiça”	
CAPÍTULO 2	28
Formas alternativas de solução de conflitos: mediação, conciliação e arbitragem	
CAPÍTULO 3	41
As formas alternativas de solução de conflitos: uma proposta democrática?	
CONCLUSÃO	47
REFERÊNCIAS	49

INTRODUÇÃO

A presente monografia versa sobre a garantia constitucional de acesso à justiça, as dificuldades de efetividade do preceito constitucional e as formas alternativas de solução de conflitos.

O acesso à Justiça constitui um grande desafio em uma sociedade pluralista, caracterizada pela convivência dos mais variados grupos com interesses conflitantes. E é exatamente por causa da miríade de conflitos e da pluralidade de interesses que o acesso à Justiça torna-se um elemento essencial para o equilíbrio das relações em sociedade.

Reconhecida constitucionalmente, a garantia de acesso à Justiça constitui um instrumento para promover a efetividade de direitos, dentre eles, os fundamentais. Portanto, faz-se mister se debruçar sobre algumas dificuldades que obstaculizam a plena eficácia do acesso à Justiça. Promover essa garantia é permitir que a ordem jurídica seja respeitada; trata-se de consolidar a democracia.

Justifica-se a escolha do tema pela sua abordagem social, política e jurídica. O aspecto sociológico repousa na necessidade de considerar a nova formatação dos conflitos sociais na análise de mecanismos de acesso ao Judiciário; sem uma dimensão da realidade fática, não é plenamente possível compreender os impactos provocados pelo Direito. A abordagem política é extraída da aproximação da garantia de acesso à Justiça ao exercício da democracia. À medida que a sociedade leva às instâncias de Poder Judiciário seus dilemas e conflitos, origina-se uma interação que estimula o reconhecimento do todo social. Quanto maior a possibilidade de participação, maior a oportunidade de conhecer os traços e as próprias mazelas presentes na sociedade.

Assim, em um primeiro momento, analisa-se o acesso à justiça como garantia constitucional. No segundo capítulo, aborda-se a polêmica sobre a efetividade da garantia de acesso à justiça e alguns movimentos destinados a promovê-la. Ao final, o estudo tecerá considerações sobre as formas alternativas de

solução de conflitos - conciliação, mediação e arbitragem – e o eventual papel desses institutos na promoção do acesso à Justiça.

Por fim, cabe ao Direito se debruçar sobre esse cenário sócio-político, para atender à sua finalidade e à sua função, as quais, valendo-se dos ensinamentos de Atahualpa Fernandez:

“consistem tanto na articulação combinada dos referidos vínculos sociais relacionais como no dever de todo operador jurídico de atuar em razão *da* pessoa e *para a* pessoa humana, isto é, de organizar a vida social e política de tal modo que nenhum cidadão livre - pobre ou rico – tenha de temer a interferência arbitrária dos demais atores sociais em sua vida privada.”¹

Ressalta-se que não se pretende discorrer largamente e exaustivamente sobre os temas, dados os limites impostos a uma monografia. Ademais, cabe reforçar que o propósito principal é suscitar questionamentos e, quiçá, oferecer uma singela contribuição para o debate sobre o tema.

Em relação ao método, desenvolve-se o dedutivo, em que são adotadas premissas com o propósito de chegar a conclusões, de forma concatenada. Nesta pesquisa serão analisados o princípio de acesso à Justiça e os meios alternativos de solução de conflitos. O escopo de identificar, dedutivamente, a imprescindibilidade de garantir um acesso eficaz à Justiça para que a arbitragem, a mediação e a conciliação assumam, efetivamente, a natureza de mecanismos suplementares e não substitutivos.

A pesquisa baseia-se na técnica de documentação indireta, a qual parte do levantamento de dados de várias fontes, tais como as utilizadas nesta pesquisa: livros, artigos e publicações periódicas da área jurídica.

¹ *O direito como estratégia adaptativa: origem, evolução e função do comportamento normativo*. Disponível em: <http://www.iced.org.br/artigos/o_direito_como_estrategia_atahualpa_fernandez.PDF>. Acesso em 26.jun.2008.

1 A garantia constitucional de acesso à Justiça

1.1 A previsão constitucional

Os homens em sociedade estabelecem continuamente relações entre si, com vistas à cumulação de esforços para atingir, em princípio, condições de sobrevivência e, ao longo de sua evolução, alcançar um grau de desenvolvimento que lhes garanta o menor dispêndio de tempo e de trabalho com melhor resultado.

No seio dessas relações, são manifestadas vontades e estabelecidas metas, as quais implicam a realização de uma atividade ou a adoção de determinada conduta pelas partes. Porém, a prática revelou que a vontade manifestada expressamente nem sempre garante o cumprimento do que foi acordado pelas partes. Tais fatos são da essência das relações privadas contratuais, fundamento da disciplina civil de um ordenamento jurídico. O Estado, mantendo o monopólio da jurisdição, intervém nesse contrato, a fim de dirimir o conflito no âmbito das relações de direito entre os particulares.

Mas a postura intervencionista do Estado nem sempre foi incentivada. Prestigiou-se a atitude passiva, característica do Estado dos séculos XVIII e XIX, marcado pelo liberalismo econômico. Nesse contexto, o Estado desconsiderava questões relacionadas ao efetivo acesso das pessoas a ter seus direitos reconhecidos ou poder defendê-los.² Os ideais liberais basearam-se na figura do homem abstrato, universal, plenamente igual e livre. Contudo, a realidade sócio-histórica comprovou que os homens, em sociedade, apresentam diferenças entre si, de sorte que é inafastável a complexidade inerente ao meio social.

A transposição da igualdade formal para a igualdade material decorreu do conflito de classes desencadeado pelas novas estruturas de poder da modernidade. Assim escreve Ralf Dahendorf:

² V. CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 09-13.

“A origem do conflito de classes, então, é encontrada nas estruturas de poder, as quais não possuem mais a qualidade absoluta de hierarquia entrincheirada. O assunto do conflito de classe são as chances de vida. Mais precisamente, é a distribuição desigual das chances de vida. Os que estão em situação de desvantagem exigem daqueles que estão em posição de vantagem mais prerrogativas e provimentos.”³

A constatação de que as diferenças sociais impedem o pleno exercício de direitos inerentes ao homem, a exemplo do direito à saúde, conduz a classe menos favorecida na sociedade capitalista a contestar o paradigma liberal e suas estruturas, dentre elas a jurídica. O acesso à Justiça no sistema do *laissez-faire* somente estava garantido àqueles “que pudessem enfrentar seus custos; aqueles que não pudessem fazê-lo eram considerados os únicos responsáveis por sua sorte”.⁴

A noção de luta de classes tomou forma, conduzindo a classe trabalhadora a movimentos de insatisfação frente ao modelo capitalista liberal. Nesse cenário, o discurso marxista ganha força e acende o debate sobre a legitimidade do poder dos capitalistas. Afinal, a extração da mais-valia é inadmissível em uma sociedade calcada sobre os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade.⁵

O cenário de conflito social confrontava com o ideal de segurança jurídica e das instituições, alicerce do modelo capitalista liberal. Para os liberais, a sociedade se auto-regularia, de maneira que a prosperidade resultaria de uma ação natural das forças produtivas.

³ *O conflito social moderno*: um ensaio sobre a política da liberdade. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor; São Paulo: Edusp, 1992. p. 43-44.

⁴ CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. Cit. p. 9.

⁵ “O desenvolvimento da maquinaria e a divisão do trabalho levam o trabalho dos proletários a perder todo o caráter independente e com isso qualquer atrativo para o operário. Esse se torna um simples acessório da máquina, do qual só se requer a operação mais simples, mais monótona, mais fácil de aprender. Em decorrência, as despesas causadas pelo operário reduzem-se quase exclusivamente aos meios de subsistência de que necessita para sua manutenção e para a reprodução de sua espécie (*Race*). Mas o preço de uma mercadoria e, portanto, o do trabalho, é igual ao seu custo de produção. Logo, à medida que aumenta o tédio (*die Widerwärtigkeit*) do trabalho, diminui o salário. Mais ainda: à medida que crescem a maquinaria e a divisão do trabalho, cresce também a massa de trabalho, seja através do aumento das horas de trabalho, seja através do aumento do trabalho exigido num certo tempo, seja através da aceleração da velocidade das máquinas etc.” (ENGELS, Friedrich & MARX, Karl. *Manifesto do Partido Comunista*. Petrópolis: Editora Vozes, 1988, p. 72-73).

A solução encontrada, ainda que relutantemente, foi inserir no conteúdo das constituições dos Estados direitos sociais que minimizassem o impacto do poder econômico do capital sobre as camadas alheias à direção do processo produtivo. Ralf Dahendorf destaca a necessidade imperiosa de mudanças para combater a guerra de classes. Escreve o autor que o mote consistia na eliminação das desigualdades de prerrogativas, ou seja, conferir a uma parcela cada vez maior da sociedade o reconhecimento de direitos, de sorte que “as regras constitucionais tinham que ser introduzidas para evitar que a tradução da riqueza em poder negasse aos outros seus direitos de cidadania.”⁶

O problema é que a concessão de direitos no texto constitucional não se traduz necessariamente em concretização dos mesmos. Contudo, essa consequência, do ponto de vista econômico-sociológico, encontrava-se subentendida no discurso de previsão constitucional de direitos sociais. Ainda citando Dahendorf, “a idéia básica em todo o decorrer é que as desigualdades de provimentos são aceitáveis se e quando elas não puderem se traduzir em desigualdades de prerrogativas”.⁷

A preocupação reduzia-se ao reconhecimento de direitos, e não com a efetividade. O resultado é que se admitiu a ausência de possibilidades econômicas e sociais para o exercício de um direito, pois bastava que o mesmo estivesse reconhecido pelo ordenamento jurídico para tornar injustificável e ilegítimo qualquer movimento de descontentamento dos grupos sociais menos favorecidos.

Soma-se a isso um estudo jurídico estruturado sob as bases do positivismo científico; um estudo que, como destaca Mauro Cappelletti, permaneceu indiferente à realidade social e fiel à dogmática e o formalismo.⁸

Mesmo assim, o reconhecimento dos direitos fundamentais no corpo da Constituição suscitou o debate sobre a efetividade dos mesmos. A sociedade não se convenceu com a mera previsão desprovida da real força transformadora dos

⁶ Op. Cit. p. 55.

⁷ Idem. p. 56.

⁸ CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. Cit. . p. 10.

direitos humanos. A preocupação com a desigualdade desponta com o discurso em prol do reconhecimento dos direitos humanos sociais. A consagração de direitos humanos de natureza social evoluciona a visão extremamente individualista e inaugura a discussão sobre direitos da coletividade.

E, uma vez mais, surge a dificuldade, já mencionada, para efetivar os direitos fundamentais reconhecidos. A atuação estatal passou a ser determinante para garantir a efetividade dos direitos humanos consagrados constitucionalmente. Entretanto, defronta-se com um entrave estrutural: a adaptação do sistema jurídico às novas demandas sociais.

Os alicerces do sistema jurídico estatal encontram-se no início do século XIX, no momento em que surgem as primeiras grandes legislações, disciplinando basicamente o direito dos contratos e obrigações, isto é, os interesses individuais dos capitalistas. Impõe-se ao pensamento jurídico a concepção de direito “apenas como um conjunto de normas postas pelo Estado, chamando-se este movimento de compreensão do direito de *positivismo jurídico*, ou juspositivismo”.⁹

Hans Kelsen, no século XX, ao propor uma teoria pura do Direito, retira qualquer interferência social, econômica ou política, ou seja, “extrajurídica”, da formulação de sua teoria. A teoria jurídica positivista não deve se ocupar com critério de justiça ou injustiça da norma, mas encontrar uma forma de justiça que legitime a norma positiva.¹⁰

A criação de um “direito impessoal” excluiu do debate as questões sociais que impediam (e ainda impedem) o exercício de direitos fundamentais, como o direito à Justiça. Como bem enfatiza Alysson Leandro Mascaro:

“o direito parece ser justo, igual racional e livre. Na realidade, no entanto, ele estrutura e ampara uma sociedade injusta e desigual. Toda vez que identificamos o direito só como técnica neutra ou como a ordem justa

⁹ MASCARO, Alysson Leandro. *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 41.

¹⁰ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 2. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1987. p. 238-240.

encaminhamos a compreensão do direito para um claro e danoso conservadorismo ou até um calamitoso reacionarismo”.¹¹

A realização de justiça material confronta-se com o sistema jurídico tecnoformal. Os limites impostos pelo positivismo jurídico frente às demandas da realidade social ensejam uma revisitação das estruturas do sistema jurídico. Suscita-se, pois, a importância dos princípios e valores inerentes à ordem jurídica nos momentos de elaboração e aplicação das normas. Há de se perquirir quais são os valores perseguidos pela sociedade. Para Cândido Rangel Dinamarco,

“A maneira como diante da escala axiológica da sociedade contemporânea são interpretadas as garantias constitucionais de igualdade substancial entre as pessoas (e entre as partes), da inafastabilidade do controle jurisdicional, da ampla defesa e do contraditório, do devido processo legal – todos eles endereçados à efetividade do processo em sua função de instrumento a serviço da ordem constitucional e legal -, conduz à existência de um processo acessível a todos e a todas as suas causas (por mais humildes que sejam aqueles e menor expressão econômica tenham estas), ágil e simplicado, aberto à participação efetiva dos sujeitos interessados e contanto com a atenta vigilância do juiz sobre a instrução e sua interferência até ao ponto em que não atinja a própria liberdade dos litigantes”.¹² [grifo nosso]

A Constituição Brasileira de 1988, conhecida como “Constituição Cidadã”, dispõe em seu artigo 5º, inciso XXXV, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. José Roberto dos Santos Bedaque esclarece que o legislador constituinte:

“Muito mais do que prever mera formulação de pedido ao Poder Judiciário, a Constituição da República garante a todos o efetivo acesso à ordem jurídica justa, ou seja, coloca à disposição de todas as pessoas mecanismo destinado a proporcionar a satisfação do direito”.¹³

¹¹ Op. Cit. p. 46.

¹² DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 36-37.

¹³ Garantia da amplitude de produção probatória. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (Coord.) *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 151.

Ao optar pela vertente social, o Estado Brasileiro assume o compromisso de valorizar o homem concretamente vislumbrado na sociedade. Os objetivos a serem perseguidos pelo Estado Social passam por um conceito de *justiça* dotada de efetividade, o que torna indispensável

“reduzir as diferenças sociais e econômicas tanto quanto possível, gerando oportunidades. É preciso assegurar a fruição, por todos, dos bens materiais e imateriais que integram o patrimônio comum da nação. É preciso criar efetivas condições para a mobilidade sócio-econômica [...] O *pacto social* refletido na nova ordem constitucional, inclui o traçado de diretrizes nesse sentido de integração social e econômica da população.”¹⁴

Nessa ordem de idéias, o acesso à Justiça converte-se em garantia para a realização de objetivos declarados pelo Estado em sua base constitucional.

1.2. Solução de conflitos e instrumento de democracia: o conteúdo do acesso à Justiça em uma sociedade pluralista

A tutela jurisdicional conferida às pessoas, na lição de Cândido Rangel Dinamarco, visa a determinados escopos, dentre eles o escopo social e o político. Na determinação desses escopos, explica o referido autor, é indispensável considerar as necessidades e aspirações do povo, contexto em que é de extrema relevância o elemento cultural, “a determinar concretamente os conceitos de bem comum, de justiça e, particularmente, de justiça social”.¹⁵

O acesso à justiça atende ao objetivo de promover a paz social: “É sabido e repetido que a vida em sociedade gera *insatisfações*, mercê de condutas contrárias aos interesses das pessoas e também por serem estes literalmente infinitos, enquanto finitos são os bens da vida sobre os quais incidem”.¹⁶

¹⁴ DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 35.

¹⁵ Op. Cit. p. 190.

¹⁶ Idem. p. 194.

Em uma sociedade formada por vários grupos distintos, com interesses próprios, maior o número de *insatisfações*, o que resulta em uma gama infinita de conflitos. O acesso à Justiça apresenta-se como uma forma de eliminação dos conflitos, a partir de métodos idôneos.

Mas, além do escopo social, há ainda o escopo político, o qual se expressa em três aspectos:

“Primeiro, afirmar a capacidade estatal de decidir imperativamente (*poder*), sem a qual nem ele mesmo se sustentaria, nem teria como cumprir os fins que o legitimam, nem haveria razão de ser para o seu ordenamento jurídico, projeção positivada do seu poder e dele próprio; segundo, concretizar o culto ao valor *liberdade*, com isso limitando e fazendo observar os contornos do poder e do seu exercício, para a dignidade dos indivíduos sobre as quais ele se exerce; finalmente, assegurar a *participação* dos cidadãos, por si mesmos ou através de suas associações, nos destinos da sociedade política.”¹⁷

Dessa maneira, o acesso à justiça também corresponde a um ideal democrático. Humberto Theodoro Júnior destaca que a idéia de *processo justo*, em sua dimensão axiológica,

“vincula o instrumento da jurisdição com o rumo finalístico das garantias individuais, hoje sabidamente inspiradas no anseio de construção de novos modelos econômicos, políticos e sociais, onde o pensamento e a ação sejam dominados pela solidariedade”.¹⁸

O acesso à Justiça tem um caráter transformador da sociedade, na medida em que possibilita a concretização de direitos humanos, reconhecidos constitucionalmente. A Constituição Brasileira de 1988, ao reconhecer a miríade de interesses no meio social, marcou sua opção pela democracia. Portanto, em uma sociedade pluralista, a solução dos conflitos impescinde da participação democrática; do contrário, não conduz a uma legítima paz social.

¹⁷ Ibidem. p. 204-205.

¹⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direito e processo – Direito Processual ao vivo*. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1997. v. 5. p. 50-51.

Enfrenta-se um grande problema na promoção da efetividade do acesso à Justiça, na medida em que o pluralismo da Constituição, conforme assinala Ingo Wolfgang Sarlet, decorreu de pressões políticas, levando o constituinte a acolher e conciliar posições e reivindicações conflitantes entre si. Prossegue o autor para destacar que um dos resultados da dinâmica que envolveu a redação da Constituição está expresso no título dedicado aos direitos fundamentais, “reconhecendo uma gama de direitos sociais, ao lado dos clássicos, e de diversos novos direitos de liberdade, direitos políticos, etc.”¹⁹ Soma-se a isso o fato de que o legislador constituinte não se restringiu a apenas uma teoria sobre os direitos fundamentais, incorporando, portanto, variantes e manifestações das teorias liberal e social concomitantemente.²⁰

Diante desse quadro, não causa espécie o fato de vários direitos humanos sociais constitucionalmente reconhecidos não terem sido efetivados, sob o argumento de não serem auto-aplicáveis ou dependerem do preenchimento de determinadas condições para sua concretização, ou seja, estarem submetidos à “reserva do possível”. O acesso à Justiça não ficou imune a essas discussões e sua concretização, pois, foi alvo de questionamentos. Em uma sociedade marcada pela desigualdade social,

“O direito à Justiça, que é tão primordial como o direito à liberdade, estando ambos em relação intrínseca, não pode ser considerado desvinculadamente do homem, entendido como fonte de onde promanam todos os valores e, como consectário lógico, não se poderia deixar de estendê-lo aos economicamente fracos. Não é um direito do homem apenas enquanto parcela da humanidade, mas, principalmente, enquanto momento constitutivo da sociedade”.²¹

Em face da importância da garantia constitucional para a construção de uma sociedade genuinamente democrática, imprescindível passar a um exame

¹⁹ *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003. p. 71.

²⁰ *Idem*. p. 71.

²¹ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. Garantia de acesso à Justiça: assistência judiciária. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (Coord.) *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 69.

dos entraves ao acesso à Justiça e os meios de superá-los com vistas à promoção dos direitos humanos previstos na Constituição.

1.3. O acesso ao “acesso à Justiça”

O interesse pela garantia do acesso efetivo à Justiça despertou a necessidade de adoção de posturas pelos países do mundo Ocidental, resultando em três posições básicas. Mauro Cappelletti e Bryant Garth discorreram sobre as soluções encontradas para o acesso à Justiça e destacaram os três momentos: a) assistência judiciária; b) representação jurídica para os interesses “difusos”; c) e enfoque de acesso à justiça.²²

Sobre o primeiro instrumento adotado – a assistência judiciária -, os autores reforçam sua importância, na medida em que o auxílio de um advogado torna-se cada vez mais importante diante de um ordenamento jurídico composto por leis complexas e procedimentos “misteriosos”, ininteligíveis para a população em geral. Contudo, prosseguem os autores, os programas de assistência judiciária padeceram de problemas estruturais. Os advogados que prestavam o serviço à população eram, em sua maioria, particulares, e não recebiam contraprestação. O resultado desse quadro foi a ineficiência dos serviços, pois os advogados experientes e mais competentes não se dedicaram a esse trabalho e mesmo os que se devotavam a ele também só o faziam em limites estritos.²³

O Brasil, ao trilhar o caminho pela efetividade de acesso à Justiça, incluiu no artigo 5º de sua Constituição inciso que prevê expressamente o acesso à Justiça: XXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

A Constituição enquadrou, em seu Capítulo IV, a Defensoria Pública entre as funções essenciais à Justiça:

²² Op. Cit. p. 31.

²³ Idem. p. 32.

CAPÍTULO IV

DAS FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA

[...]

Seção III

DA ADVOCACIA E DA DEFENSORIA PÚBLICA

[...]

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.)

§ 1º Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais. [\(Renumerado pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#)

A lei complementar a que se refere o artigo 134, § 1º da CF/88, somente foi publicada seis anos após a promulgação da Constituição. A Lei Complementar n. 80/94 veio organizar a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios, prescrevendo normas gerais para sua organização nos Estados. Em seu artigo 142, a referida lei dispõe que os Estados adaptarão a organização de suas Defensorias Públicas aos preceitos da lei complementar, no prazo de cento e oitenta dias. Contudo, basta mencionar que, no Estado de São Paulo, em que o volume da demanda judicial é altíssimo e, portanto, a importância do acesso à Justiça é patente, a lei que organiza a Defensoria Pública desse Estado e instituiu o regime jurídico da carreira de Defensor Público somente foi publicada em 09 de janeiro de 2006 (Lei Complementar n. 988), isto é, em um prazo muito superior aos cento e oitenta dias previstos na Lei Complementar 80/94. Ocorreu um atraso de nada mais nada menos do que oito anos.

Mauro Cappelletti e Bryan Garth ressaltam as limitações dessa alternativa para promoção do acesso à Justiça. Para eles, ainda que houvesse advogados suficientes e capazes para atender a contento a população, a questão esbarraria nos aportes financeiros necessários e quase nunca disponíveis, “em

economia de mercado, (...) a realidade diz que, sem remuneração adequada, os serviços jurídicos para os pobres tendem a ser pobres também.”²⁴

Os autores continuam para alertar sobre o problema das pequenas causas. Nem mesmo quem pode pagar pelos serviços, afirmam eles, podem se dar ao luxo de, economicamente, propor uma pequena causa. E, nessa esteira, os advogados pagos pelo governo seguem essa tendência e não levam adiante casos dessa natureza.²⁵

Conforme Kazuo Watanabe, a criação dos então denominados Juizados Especiais de Pequenas Causas traduziu a idéia de que muitos conflitos não são satisfatoriamente solucionados. As razões estariam na incapacidade do Estado de oferecer resposta judicial eficaz ou porque esses conflitos nem sequer chegam ao Judiciário, dados os custos judiciais e pela crença de que os procedimentos são morosos e complexos. Segundo Watanabe, trata-se da denominada *litigiosidade contida*, que consiste na ineficácia ou ausência de apreciação do Judiciário dos conflitos sociais considerados de menor importância.²⁶ Mas o mesmo autor acentua que é um grande equívoco atribuir aos Juizados Especiais a solução para a crise da justiça, da morosidade e da ineficiência na solução dos conflitos.²⁷ E, nesse contexto,

“À continuidade de semelhante situação, que é de extrema gravidade, a finalidade maior dos Juizados, que é de facilitação do acesso à justiça e de celeridade na solução dos conflitos de interesses, estará irremediavelmente desvirtuada, com o lastimável comprometimento da própria razão de ser desses Juizados. Os que não entenderam a idéia básica dos Juizados procuraram fazer deles uma solução para a crise da justiça, e com isto não somente estão matando os Juizados, como também agravando mais ainda a crise que há muito afeta a nossa justiça.”²⁸

²⁴ Ibidem. p. 47.

²⁵ Id. Ibid., p. 48.

²⁶ *Juizados Especiais de Pequenas Causas: Lei 7.244, de 7 de novembro de 1984*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 02-03.

²⁷ Idem. p. 345.

²⁸ Ibidem. p. 246.

Reproduz-se aqui um caso analisado na Comissão Interamericana de Direitos Humanos, na apuração preliminar para constatação de violação a direitos humanos. Nesse caso de n. 12.001, reproduzido no Relatório n. 66/06²⁹, a Subcomissão do Negro da Comissão de Direitos Humanos da Ordem dos Advogados do Brasil e o Instituto do Negro Padre Batista apresentaram, nos dias 07 e 10 de outubro de 1997, ante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos uma petição contra a República Federativa do Brasil, denunciando violação dos artigos 1, 8, 24 e 25 da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos.

“Os peticionários alegaram que o Estado não garantiu o pleno exercício do direito à justiça e ao devido processo legal, falhou na condução dos recursos internos para apurar a discriminação racial sofrida pela senhora Simone André Diniz e por isso descumpriu a obrigação de garantir o exercício dos direitos previstos na Convenção Americana.”

A denúncia dos peticionários versava sobre a conduta da Sra. Aparecida Gisele Mota da Silva, que fez publicar um anúncio em jornal de larga circulação, no qual constou preferência em empregar como doméstica pessoa de cor branca. Ao entrar em contato com a Sra. Aparecida, Simone André Diniz foi informada de que não poderia ocupar a vaga oferecida, por ser pessoa de cor negra. Ambas as partes confirmaram as suas declarações, as quais foram corroboradas por testemunhas.

No relatório, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos descreve:

“O Estado aduziu que o caso em comento não configurava violação de direitos humanos. Disse que ‘o *inquérito policial foi conduzido de acordo com o que preceitua a legislação brasileira e arquivado pela autoridade judiciária competente com base em parecer do Ministério Público após terem sido ouvidos os depoimentos das pessoas envolvidas*’ ”.

Alegaram os peticionários que o arquivamento da denúncia feita por Simone André Diniz representa uma situação de desigualdade no acesso à justiça e

²⁹ Disponível em <www.cidh.org/annualrep/2006port/>. Acesso em 08.jul.2008.

impunidade nos casos de denúncia de crimes com motivação racial. Essa situação revelaria a ineficácia da Lei 7716/89, demonstrando uma situação de desigualdade de acesso à justiça.

A Comissão reforçou :

“que toda vítima de violação de direitos humanos deve ter assegurada uma investigação diligente e imparcial e, em havendo indícios de autoria do delito, deve ser iniciada a ação pertinente para que juiz competente, no marco de um processo justo, determine ou não ocorrência do crime, como ocorre com todo delito levado ao conhecimento da autoridade pública”.

E mais:

“O Estado brasileiro se comprometeu a respeitar e garantir os direitos humanos de todos aqueles que vivem sob sua jurisdição, de acordo com o artigo 1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e segundo entendimento da Corte Interamericana:

Os Estados estão obrigados a adotar medidas positivas para reverter ou mudar situações discriminatórias existentes em suas sociedades, em prejuízo de determinado grupo de pessoas. Isso implica no dever especial de proteção que o Estado deve exercer com respeito as atuações e práticas de terceiros que, sob sua tolerância ou aquiescência, criem, mantenham ou favoreçam as situações discriminatórias.

Por conseguinte, os Estados devem assegurar, em seu ordenamento jurídico interno, que toda a pessoa tenha acesso, a um recurso simples e efetivo que a ampare na determinação de seus direitos, sem discriminação”.

³⁰

A Comissão concluiu pela falha do Estado no cumprimento de sua obrigação de administrar a justiça no caso de Simone André Diniz, pois a ela não foi concedida a possibilidade de ver restabelecido o direito violado. Entendeu a Comissão que:

³⁰ Idem.

“Neste sentido, o aspecto substancial da controvérsia ante esta Comissão, não é se no âmbito interno foi emitida sentença condenatória pela violação cometida em prejuízo de Simone André Diniz, mas sim se os processos internos permitiram que se garantisse um acesso à justiça conforme os padrões previstos na Convenção. Para tanto, mister se faz analisar, se no fato denunciado por Simone, havia ou não elementos indiciários da prática de racismo com escopo na Lei 7716/89, a fim de inquirir se houve ou não a denegação de justiça.”³¹

Extraí-se a premissa já aventada nesse breve estudo: a previsão de direito sem garantia de efetividade não realiza os fins que consolidam a constituição do Estado. Nesse sentido, cita-se Roberto O. Berizonce:

“No modelo de Estado Social, muito além da crise que hoje atravessa, os direitos plasmados na Constituição não são só garantias jurídico-formais, mas direitos plenos e operativos que exigem efetiva realização material. Sua violação ou sua falta de concretização impõe diretamente ao Estado um dever de *asseguramento positivo*, uma ação encaminhada a vencer os obstáculos do caminho até sua concretização”.³²

Um segundo movimento, segundo Mauro Cappelletti e Bryan Garth, é o referente à representação dos interesses difusos. Tradicionalmente, o processo era visto como uma questão envolvendo duas partes distintas, identificáveis e determinadas. Entretanto, o grau de complexidade da sociedade levou à identificação de grupos de interesses, aos quais foram conferidos direitos. A discussão passou a ser: como pleitear em juízo esses direitos, dado que os autores comporiam uma parcela indeterminada da coletividade? Os autores exemplificam com a hipótese de um litígio envolvendo interessados na manutenção da qualidade do ar de uma determinada região. Ora, trata-se de uma coletividade e nem todos os titulares do direito poderão comparecer em juízo; passou-se a admitir um “representante” ou, tecnicamente, um substituto processual. Enfim, houve a necessidade de se reformular conceitos tradicionais do processo, a exemplo da coisa julgada, cuja noção sofreu modificação para que seus efeitos possam alcançar

³¹ Ibidem.

³² Algunos obstáculos al acceso a la Justicia. In: OVALLE FAVELA, José. (Coord.). *Administración de justicia en Latinoamérica*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993. (Serie B: Estudios Comparativos, n. 28). p. 41-42.

membros de um determinado grupo, mesmo não sendo citados individualmente. A visão individualista cede espaço para uma concepção social, coletiva.³³

A esse movimento também opõem-se limites. Um deles repercute na complexidade das novas reivindicações, as quais, por versarem sobre interesses extraídos de uma sociedade plural, envolvem vários ramos do saber para os quais os profissionais do direito raramente estão preparados. Ilustra-se com um conflito a respeito dos danos provocados pelo uso de um determinado medicamento por um grupo de pacientes (conhecimento de medicina) ou a hipótese de configuração de abuso de poder econômico, como no caso de monopólio da exploração de um serviço (conhecimento de economia).

Outro obstáculo à efetividade desses direitos está na falta de organização dos grupos de pressão para pressionar o aparato governamental. Os interessados não formam grupos coesos e a possibilidade de mobilização fica extremamente reduzida.

Por fim, os autores apresentam a denominada “terceira onda”. A característica desse movimento está em que

“ela centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas. Nós o denominamos ‘o enfoque do acesso à Justiça’ por sua abrangência. Seu método não consiste em abandonar as técnicas das duas primeiras ondas de reforma [assistência gratuita e representação de interesses difusos], mas em tratá-las como apenas algumas de uma série de possibilidades para melhorar o acesso.”³⁴

Para os autores, essa terceira onda representaria o necessário questionamento e diálogo permanente acerca do “papel e importância dos diversos fatores e barreiras envolvidos, de modo a desenvolver instituições efetivas para enfrentá-los”; isto significa robustecer nas várias esferas de uma sociedade pluralista

³³ Op. Cit. p. 50-51.

³⁴ Idem. p. 52.

o “reconhecimento de utilidade e mesmo da necessidade de tal enfoque no mundo atual”.³⁵

Nesse contexto amplo de um novo enfoque de acesso à Justiça, pode ser questionado e analisado o papel que as formas alternativas de solução de conflitos eventualmente teriam no desafio de tornar acessível o “acesso à Justiça”. Para tanto, faz-se necessário tecer considerações sobre os métodos alternativos, que é o objeto de análise no próximo capítulo.

³⁵ Ibidem. p. 73.

2 Formas alternativas de solução de conflitos: mediação, conciliação e arbitragem

As formas de solução de conflitos podem ser classificadas em três grupos: autotutela, autocomposição e heterocomposição ³⁶. Mauricio Godinho Delgado esclarece que a distinção essencial entre tais grupos repousa nos sujeitos envolvidos e na sistemática operacional do processo de solução de conflitos. Conforme expõe o referido autor, nas modalidades de autocomposição e autotutela:

“apenas os sujeitos originais em confronto é que tendem a se relacionar na busca da extinção do conflito, o que dá origem a uma *sistemática de análise e solução da controvérsia autogerida pelas próprias partes* (na autotutela, na verdade, gerida por uma única das partes).”³⁷

A autotutela implica a imposição do interesse de uma das partes sobre o da outra. Trata-se de um ato de coerção do particular (“justiça privada”). Em uma sociedade constituída sob as bases de um Estado de Direito, estabelece-se o monopólio do poder coercitivo nas mãos desse Estado, que deve exercer o poder nos limites impostos pelo ordenamento jurídico. Entretanto, a legislação prevê exceções à proibição do exercício de coerção pelos particulares. Exemplifica-se com o disposto no artigo 188, inciso I, do Código Civil Brasileiro de 2002, que não considera como ilícitos os atos praticados em legítima defesa. ³⁸ Observa-se que, na hipótese de autotutela, não existe consenso entre as partes, uma vez que uma delas se sobrepõe à outra.

Os métodos de autocomposição pressupõem a participação das partes envolvidas no conflito com o fito de solucioná-lo. Quanto à heterocomposição, Maurício Godinho Delgado explica que há um agente exterior aos sujeitos do

³⁶ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 1441.

³⁷ Idem. p. 1441.

³⁸ Vale lembrar que, no Direito do Trabalho, a greve é um clássico exemplo de utilização de autotutela.

conflito, os quais transferem para esse agente a direção da própria dinâmica de solução. É o que ocorre com o exercício da jurisdição pelo Estado.³⁹

A controvérsia surge no enquadramento da mediação, conciliação e arbitragem. Niceto Alcalá-Zamorra y Castillo aponta que a mediação estaria entre a arbitragem e a autocomposição, dado que, em princípio, apresenta a estrutura da primeira, mas que na realidade possui o conteúdo da segunda; enquanto o árbitro resolve o litígio (ou seja, encontra-se *supra partes*), o mediador se limita a propor uma solução, já que os litigantes podem aceitá-la ou não.⁴⁰

Também nesse sentido, para Amauri Mascaro do Nascimento, conciliação e mediação são formas autocompositivas de solução de conflitos, enquanto arbitragem e jurisdição são técnicas heterocompositivas.⁴¹ Maurício Godinho Delgado rechaça esse entendimento, para classificar a mediação e a conciliação como formas de heterocomposição. Argumenta que:

“Na autocomposição, apenas os sujeitos originais em confronto é que se relacionam na busca da extinção do conflito, conferindo origem a uma *sistemática de análise e solução da controvérsia autogerida pelas próprias partes*. Já na heterocomposição, ao contrário, dá-se a intervenção de um *agente exterior* aos sujeitos originais na dinâmica da solução do conflito, transferindo, como já exposto, em maior ou menor grau, para este agente exterior a direção dessa própria dinâmica. Isso significa que a sistemática de análise e solução da controvérsia deixa de ser exclusivamente gerida pelas partes, transferindo-se em alguma extensão para a entidade interveniente.”⁴² [grifo nosso]

Ainda que se possa argumentar que o conciliador e o mediador não põem fim ao conflito, pois cabe às partes aceitar ou não a posição manifestada, o fato de transferir alguma participação no processo decisório a um terceiro não

³⁹ Op. Cit. p. 1442.

⁴⁰ *Proceso, autocomposición y autodefensa* – contribución al estudio de los fines del proceso. 3ª ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000. p. 75.

⁴¹ *Teoria Geral do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTR, 1998. p. 318-319.

⁴² Op. cit. p. 1445.

envolvido no conflito permite concluir que a natureza da mediação e da conciliação é heterocompositiva, conforme defende Maurício Godinho Delgado.⁴³

Na mediação, o terceiro ocupa-se da tarefa de facilitar uma eventual composição das partes, e não se propõe a resolver o conflito, pois, se houvesse o compromisso de decidir, não se trataria de um mediador, mas sim de um árbitro. Da mesma forma, o conciliador tampouco está incumbido de apresentar uma solução ao conflito, mas limita-se a orientar as partes, admitindo-se a indicação de uma saída para a questão, sem imposição. Ou seja, conforme se extrai de Osvaldo Alfredo Gozaíni, na autocomposição, em que a solução do conflito deriva das próprias partes, não há a idéia de imposição; contudo, a arbitragem indica a autoridade que adquirem os árbitros com fundamento no compromisso estabelecido entre as partes.

44

No Brasil, a mediação não foi prestigiada pelo legislador. O exemplo de mediação a ser apontado é extraído da esfera trabalhista, no âmbito das relações coletivas de trabalho. Trata-se da hipótese de, frustrada a negociação coletiva, as partes comparecerem ao órgão do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) competente para uma última tentativa de composição, antes da propositura de eventual dissídio coletivo (Decreto n. 1572, de 28 de julho de 1995). Com a alteração da Constituição Federal, em seu artigo 114, § 2º, não basta apenas o termo de comparecimento ou de ausência de uma das partes à mediação no MTE, pois curiosamente o legislador condicionou a propositura de dissídio coletivo à concordância de ambas as partes. Com isso, a mediação no MTE converteu-se em mera formalidade, sem conteúdo ou objetivo de reduzir conflitos sociais; limitou-se o acesso de uma das partes ao Judiciário com a comprovação de que tentou uma solução compositiva, mas a outra parte permaneceu recalcitrante.

A conciliação pressupõe a aproximação de interesses em conflitos; é harmonia estabelecida entre duas ou mais pessoas em posições dissidentes. Vale retomar a discussão doutrinária sobre a natureza da conciliação: autocompositiva ou heterocompositiva. A conciliação, ao contrário da mediação (que pressupõe um

⁴³ Idem. p. 1441.

⁴⁴ *Notas y estudios sobre el proceso civil*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1994. p. 10-11.

terceiro – mediador), pode ser um ato de vontade dos interessados que, sem recorrer a outra pessoa, solucionam o conflito; porém a conciliação pode ser solucionada a partir da intervenção ou acolhimento da decisão de um terceiro, que pode ser uma autoridade administrativa, judicial ou particular.⁴⁵

Desde tempos remotos, lembra Osvaldo Alfredo Gozaíni, no espírito do homem esteve presente o ânimo para sacrificar posições extremas em nome de um acordo durável que permitisse a convivência sem esforços e harmonia. Prossegue o autor para explicar que a conciliação toma corpo nas sociedades dominadas por patriarcas ou chefes de família, que assumiam posição eqüidistante para apreciar o conflito.⁴⁶

A conciliação pode ser judicial (repressiva) e extrajudicial (preventiva). Extrajudicialmente, a conciliação tende a resolver o conflito antes de chegar à esfera litigiosa, dado que as partes antevêm as desvantagens decorrentes da instauração de um processo.⁴⁷

Por outro lado, a conciliação judicial visa pacificar os ânimos exacerbados e pôr fim a um confronto que já tem resposta sem necessidade de sentença definitiva. Osvaldo Alfredo Gozaíni ainda pondera que a conciliação judicial, em face da presença do juiz, influencia a postura das partes em audiência, de sorte que já não se constata um puro voluntarismo nesse caso, dado que a opção pela conciliação pode ser motivada por um elemento de prudência e orientação do magistrado; embora não haja prejulgamento, é possível reconhecer a tendência do magistrado quanto ao feito que lhe é apresentado.⁴⁸

No Direito Individual do Trabalho, a conciliação faz-se presente nas tentativas feitas em audiência, conforme previsão na Consolidação das Leis do Trabalho:

⁴⁵ CHACÓN CORADO, Mauro Roderico. *Instituciones no jurisdiccionales – conciliación, arbitraje y ombudman*. In: JUSTICIA y sociedad. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994. (Série G: Estudios Doctrinales, n. 167). p. 907.

⁴⁶ Op. cit. p. 46.

⁴⁷ FAIRÉN GUILLÉN, Victor. *Figuras extraprocesales de arreglo de conflictos: la conciliación, la mediación, el ombudman*. In: JUSTICIA y sociedad. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994. (Série G: Estudios Doctrinales, n. 167). p. 860.

⁴⁸ Op. cit. p. 51.

Art. 764. Os dissídios individuais ou coletivos submetidos à apreciação da Justiça do Trabalho serão sempre sujeitos à conciliação.

§ 1º Para os efeitos deste artigo, os juízos e Tribunais do Trabalho empregarão sempre os seus bons ofícios e persuasão no sentido de uma solução conciliatória dos conflitos.

[...]

Art. 846. Aberta a audiência, o juiz ou presidente proporá a conciliação.

[...]

Art. 850. Terminada a instrução, poderão as partes aduzir razões finais, em prazo não excedente de dez minutos para cada uma. Em seguida, o juiz ou presidente renovará a proposta de conciliação, e não se realizando estas, será proferida a decisão.

No Código de Processo Civil Brasileiro, a conciliação judicial também encontra-se prevista:

Art. 277. O juiz designará a audiência de conciliação a ser realizada no prazo de trinta dias, citando-se o réu com a antecedência mínima de dez dias e sob advertência prevista no § 2º deste artigo, determinando o comparecimento das partes. Sendo ré a Fazenda Pública, os prazos contar-se-ão em dobro. (Retificado) (Redação dada pela Lei nº 9.245, de 26.12.1995)

§ 1º A conciliação será reduzida a termo e homologada por sentença, podendo o juiz ser auxiliado por conciliador. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 9.245, de 26.12.1995)

[...]

Art. 331. Se não se verificar qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes e a causa versar sobre direitos disponíveis, o juiz designará audiência de conciliação, a realizar-se no prazo máximo de 30 (trinta) dias, à qual deverão comparecer as partes ou seus procuradores, habilitados a transigir. (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994) (Vide Lei nº 10.444, de 7.5.2002)

[...]

Art. 447. Quando o litígio versar sobre direitos patrimoniais de caráter privado, o juiz, de ofício, determinará o comparecimento das partes ao início da audiência de instrução e julgamento.

Parágrafo único. Em causas relativas à família, terá lugar igualmente a conciliação, nos casos e para os fins em que a lei consente a transação.

Art. 448. Antes de iniciar a instrução, o juiz tentará conciliar as partes. Chegando a acordo, o juiz mandará tomá-lo por termo.

Art. 449. O termo de conciliação, assinado pelas partes e homologado pelo juiz, terá valor de sentença.

O Código de Processo Civil é claro ao limitar a possibilidade de conciliação quando o litígio versa sobre direitos patrimoniais de caráter privado ou direitos disponíveis. Dessa forma, restringe-se a possibilidade de as partes transacionarem, o que torna evidente a necessidade de um Judiciário bem estruturado para apreciação de todos litígios concernentes a direitos indisponíveis. Dentre esses, destacam-se os direitos fundamentais. A verdadeira garantia dos direitos fundamentais, segundo sustenta Héctor Fix-Zamudio, consiste precisamente na sua proteção processual e, mais adiante aponta o referido autor, que “um dos direitos essenciais da pessoa humana consiste em ser julgado por um tribunal previamente estabelecido pelo ordenamento jurídico”.⁴⁹

Não obstante os limites impostos pelo ordenamento jurídico brasileiro à conciliação, não se pode desprezar a experiência de muitos países ocidentais, como os Estados Unidos e França, que apresentam um histórico favorável no que tange esse método alternativo de solução de conflitos.⁵⁰ Mas, como pontuam Mauro Cappelletti e Bryan Garth, embora a conciliação se destine a reduzir o congestionamento do judiciário, “devemos certificar-nos de que os resultados representam verdadeiros êxitos, não apenas remédios para problemas do Judiciário, que poderiam ter outras soluções”.⁵¹ Isso significa que os métodos alternativos de solução de conflitos não são substitutos para um Judiciário considerado ineficaz; como a própria denominação exprime, são formas alternativas e não substitutivas.

Outro meio, utilizado desde a Antiguidade, é a arbitragem, a qual também encontra limites no âmbito dos direitos indisponíveis. A arbitragem era

⁴⁹ *Constitución y proceso civil en latinoamérica*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, 1974. p. 26 e 32.

⁵⁰ Ver CAPPELLETTI, Mauro & BRYANT, Garth. *Acesso à Justiça*. Cit. p. 85 e ss.

⁵¹ *Idem*. p. 87.

adotada a partir da opção feita pelas próprias partes envolvidas e o árbitro ocupava a posição do atual juiz. É uma forma de solucionar o conflito pacificamente e de comum acordo das partes, propiciando um melhor acolhimento da decisão proferida. A arbitragem decorre da atribuição da possibilidade das partes a seu critério e vontade nomear uma terceira parte, que julgará o possível litígio que possa envolver os contratantes, realizando o julgamento que originariamente compete exclusivamente ao Estado. Por meio da arbitragem, supera-se o limite da jurisdição estatal e flexibiliza-se a solução dos conflitos decorrentes das relações jurídicas, dado que é um “meio simples, rápido e informal de solução de litígios”.⁵²

O estudo da natureza jurídica da arbitragem apresenta de plano um caminho bastante tortuoso. Com a arbitragem, os contratantes têm o poder de atribuir a solução dos conflitos jurídicos a um terceiro escolhido por eles. A primeira conclusão a se chegar é que a arbitragem funda-se em um contrato, logo sua natureza é contratual. Porém, a análise carece de maior vagar.⁵³

Na tarefa de determinar a natureza jurídica da arbitragem, estudiosos debruçaram-se e teorias foram edificadas. Apresentam-se quatro teorias, quais sejam, na ordem das mais antigas para as mais modernas, a contratual, jurisdicional, híbrida ou mista e a autônoma.

A teoria contratual comporta duas vertentes: a clássica e a moderna. A clássica fundava-se no fato do árbitro ser o agente de ambas as partes, delas recebendo o poder de resolver a controvérsia, sendo sua sentença o fruto do que as partes haviam determinado⁵⁴. É como se a arbitragem fosse similar a situação de um contrato de aluguel ou compra e venda em que uma terceira parte determinaria o

⁵² LIMA, Alex Oliveira Rodrigues de. *Arbitragem: um novo campo de trabalho*. 2ª ed. São Paulo: Iglu, 1998. p. 16.

⁵³ “Sobre a natureza jurídica da arbitragem, as correntes doutrinárias que predominam são as privatistas ou contratualistas e a jurisdicionalista ou publicista”. CHACÓN CORADO, Mauro Roderico. Cit. p. 926. Dessa forma, há de se percorrer, ainda que brevemente, as teorias sobre a natureza jurídica da arbitragem e suas especificidades.

⁵⁴ A. Samuel, com base em uma pesquisa realizada por Marie-Françoise Currat *et alli*, escreveu sobre a teoria contratual clássica: “It is the agreement to arbitrate that alone gives the arbitrators the authority to make the award. They, in turn, in resolving the dispute, are acting as agents or ‘mandataires’ of the parties. The arbitrators’ decision, therefore, completes or forms part of arbitral agreement made by the parties. This, in essence, is the ‘classical’ version of the contractual theory.” (SAMUEL, A. *Jurisdictional problems in international commercial arbitration: a study of Belgian, Dutch, English, French, Swedish, Swiss, U.S. and West Germany Law*. Zurich: Institut Suisse de Droit Comparé, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1989. p. 34).

preço do bem ou o valor da prestação do aluguel. No entanto, críticas vieram negando o caráter de agente atribuído ao árbitro, sob os seguintes fundamentos: a) nenhum agente ou mandatário é capaz de fazer algo que o mandante não seria capaz de fazê-lo; b) o fato do árbitro julgar imparcialmente a controvérsia é incompatível com a figura do mandatário que age conforme os interesses e os desejos do mandante; c) se a autoridade do árbitro é irrevogável, ele pode não obedecer as instruções do mandante e deixar de proferir uma sentença.⁵⁵

A versão moderna da teoria contratual adota a idéia de arbitragem como um número de atos contratuais, intimamente relacionados, de tal sorte que inicia com o acordo entre as partes de se submeterem a um juízo arbitral e cada ato subsequente é realizado com base no contrato. Assim, o cumprimento do laudo arbitral é apenas um ato na seqüência daqueles oriundos do compromisso. O não-cumprimento do laudo arbitral seria o descumprimento de uma obrigação de fazer, a qual comporta pagamento de perdas e danos. A crítica a essa posição é inevitável, pois o laudo arbitral é autônomo em face do compromisso, além de sua execução compulsória somente ser viável em nível do Judiciário. Decorre disso que a arbitragem não se completa com fundamento unicamente contratual.⁵⁶

A teoria jurisdicionalista parte da idéia de que a arbitragem fundamenta-se no laudo, o qual é um julgamento e assume, em razão disso, natureza pública. Porém, contrapôs-se um argumento contra essa teoria: o árbitro não é um juiz, dado que ele não reúne qualquer dos poderes do Estado. Contra essa crítica, sustenta-se que a arbitragem envolve uma delegação por parte do Estado ao árbitro de distribuir justiça dentro de seu território. A base dessa delegação é o interesse público, pois pessoas de direito privado podem julgar determinadas controvérsias, quando as partes tiverem concordado com esse procedimento.

A partir do momento em que o direito de arbitrar é conferido pelo Estado em que a arbitragem ocorre, por meio de concessão, aquelas mesmas autoridades devem estabelecer os limites dessa delegação. Essa sustentação dos

⁵⁵ GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. Op. cit. p. 11-19 passim.

⁵⁶ Idem.

jurisdicionalistas não releva o fato de que o contrato é o instrumento pelo qual se desencadeia e se controlam os limites da arbitragem. É certo que o compromisso arbitral é efetivo legalmente se o ordenamento jurídico permite que assim seja, mas o reverso da proposição também é importante para a compreensão da arbitragem, pois não haverá arbitragem se não pelo acordo entre as partes.

A solução intermediária foi construída pela teoria mista ou híbrida. Para seus teóricos, tanto os contratualistas como os jurisdicionalistas adotaram posições extremadas, que poderiam ser conciliadas na proposta de compreender a arbitragem como uma forma de solução de controvérsias, cuja essência é um contrato e função, a jurisdição.⁵⁷ A arbitragem, nesses termos, é uma justiça privada, fundamentada por um compromisso, estritamente consensual, o qual estabelece os limites e finalidade do juízo arbitral. No entanto, o laudo arbitral não é parte integrante do compromisso; fundamenta-se e limita-se com base nele, mas a sua eficácia está no ordenamento jurídico, não na vontade das partes.

Em face a tantos argumentos e às constantes mudanças que o progresso e a tecnologia impõem, obrigando a encontrar formas de acelerar a solução dos conflitos entre contratantes, especialmente na esfera comercial, a arbitragem é entendida como um método, meio, um procedimento, que, uma vez querido e adotado pelas partes, possibilita o julgamento da controvérsia, substituindo o moroso aparelho judiciário do Estado e atendendo às necessidades de celeridade e flexibilizarão nas relações comerciais.

Um conceito bastante esclarecedor é o de Beat Walter Rechstein para quem “a arbitragem privada autoriza às próprias partes constituírem um tribunal arbitral, e a indicarem (elas mesmas) o único árbitro ou os árbitros que decidirão no lugar dos tribunais estatais as suas lides de direito privado.”⁵⁸

⁵⁷ José Carlos de Magalhães e Luiz Olavo Baptista tratam da questão: “...se a arbitragem é contratual em seu fundamento inicial, é também jurisdicional, ante a natureza pública do laudo arbitral, como forma privada de solução de litígios.” (*Arbitragem Comercial*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986. p. 21). Assim também Irineu Strenger: “Reconhecemos na arbitragem uma natureza mista: convencional por sua origem e jurisdicional por sua função de arbitragem”. (*Comentários à Lei Brasileira de Arbitragem*. São Paulo: LTr, 1998. p. 13-14). Nessa linha, Sebastião J. Roque define arbitragem nos seguintes termos: “É uma jurisdição privada convencional.” (*Arbitragem: solução viável*. São Paulo: Ícone, 1997. p. 16).

⁵⁸ *Arbitragem Privada Internacional no Brasil* - Depois da nova Lei 9.307, de 23.09.1996 - Teoria e Prática. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 15.

O internacionalista Irineu Strenger, comentando a Lei n.º 9307/96, apresenta seu conceito: “A arbitragem é instância jurisdicional praticada em função de regime contratualmente estabelecido, para dirimir controvérsias entre pessoas de direito privado e/ou público, com procedimentos próprios e força executória perante tribunais estatais.”⁵⁹

A Lei n. 9307 /96, que dispõe sobre a arbitragem no ordenamento jurídico brasileiro, não apresenta um conceito, propriamente dito, de arbitragem; em seu primeiro artigo define quais as pessoas capazes para valer-se da arbitragem, a qual visa “dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.” (art. 1º, da Lei n. 9307/96)

A importância da arbitragem salta aos olhos precipuamente em meio à realidade comercial vivida atualmente. Várias mudanças processam-se e soluções rápidas e eficazes são exigidas a fim de evitar perda de tempo e gasto de vultosas quantias. A arbitragem, sem sombra de dúvida, pode atender essa expectativa quanto à solução de controvérsias oriundas de relações jurídicas desenvolvidas no âmbito privado. Por visar à solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, em termos comerciais, a arbitragem é ainda mais apropriada.

Daí uma explicação para o alto emprego da arbitragem na área empresarial. Em regra, uma empresa necessita resolver os seus problemas, minorar seus prejuízos e computar lucros no menor espaço de tempo e com a maior eficácia. A partir dessa premissa, servir-se do aparelho judiciário para dirimir problemas decorrentes de um contrato comercial não é a melhor saída a ser adotada.

A arbitragem apresenta-se com múltiplas vantagens no contexto de uma economia capitalista liberal. Preferível ao sistema judiciário, a arbitragem apresenta: a) a possibilidade de eleição dos árbitros; b) a celeridade; c) a escolha do direito aplicável; e d) o sigilo.⁶⁰

⁵⁹ STRENGER, Irineu. Cit. p. 15

⁶⁰ RECHSTEINER, Beat Walter. Cit. p. 24.

A possibilidade de eleição dos árbitros permite que as partes apontem para julgar o conflito árbitros qualificados técnica e profissionalmente, ao contrário do juiz, que muitas vezes pode não estar plenamente envolvido e preparado para lidar com os meandros do litígio que versa sobre determinada matéria⁶¹. Além disso, há o caráter subjetivo da escolha, que é a confiança que as partes creditam na pessoa dos árbitros.

Outro fator é a celeridade. A Lei n.º 9307/96 prevê o prazo máximo de seis meses para que a arbitragem se realize, a contar da convenção arbitral, mas as partes podem estabelecer prazo inferior a esse. É incabível delongas. Até mesmo a possibilidade de se recorrer contra o laudo perante a justiça estatal é bastante limitado, sendo a tendência moderna restringir o número de recursos a um.

Uma outra vantagem é a grande autonomia das partes em determinar as regras do procedimento arbitral. Essa autonomia é conferida como reflexo do desenvolvimento comercial, clamando por reformulação jurídica. Conforme o caso a ser submetido a exame, as partes podem escolher qual o procedimento mais adequado, atendendo a especificidade do caso. Para essa questão, o presente estudo dedicou um item de um capítulo.

Um dos mais importantes fatores da preferência pela arbitragem é o caráter confidencial. Um dos princípios do processo judicial é a publicidade, através do que os autos do processo podem ser vistos a quem interessar, salvo os especialíssimos casos em que o processo corre em segredo de Justiça. A restrição do conhecimento do litígio às partes e aos árbitros, impedidos de divulgar o feito por força do sigilo profissional, evita que as partes possam ter sua imagem prejudicada perante o público em face de alguma prova ou informação decorrente do processo. Também afasta a possibilidade de, em se tratando de controvérsia envolvendo empresas, concorrentes diretas das partes levarem vantagem com a publicidade do

⁶¹ Assim escreve José Carlos de Magalhães: "... os juízes, normalmente, são afeitos às questões rotineiras de direito interno e à aplicação da jurisprudência e legislação nacionais. Quando se defrontam com litígios que requerem conhecimento de direito estrangeiro ou de costumes internacionais, têm de resolver problemas a que não estão acostumados e, até mesmo, habilitados. A arbitragem permite às partes a indicação de árbitros com esses conhecimentos e de pessoas familiarizadas com questões específicas do comércio internacional." (Op. cit. p. 18-19)

processo. Ademais, a confidencialidade propicia à conciliação entre as partes, pois conduzem à reflexão das pretensões, culminando, muitas vezes, em uma transação.

Percebe-se que pelo fato de o ordenamento jurídico brasileiro prever em lei específica essa forma alternativa de solução de conflitos, aumenta os questionamentos e o interesse acadêmico sobre o tema. Contudo, ainda que incentivada pelo legislador nacional, a arbitragem não se converteu em prática no Brasil.

Após discorrer brevemente sobre os meios alternativos de solução de conflitos, cumpre indagar se tais métodos assomam como instrumentos para promoção do acesso à Justiça. Abordar esse questionamento é o que se propõe no próximo capítulo.

3 As formas alternativas de solução de conflitos: uma proposta democrática?

Ao longo dos itens do capítulo anterior, buscou-se trazer alguns elementos sobre as formas alternativas de solução de conflitos, com o propósito de identificar sua viabilidade como um segundo caminho para a concretização de direitos.

Nesse momento, não é demais mencionar que a opção pela negativa da Justiça pelas próprias mãos (autotutela) partiu da premissa que a atividade de aplicar a lei caberia a pessoas ou órgãos constituídos e com competência para essa finalidade. O Estado de Direito, nessa esteira, assumiu a função jurisdicional. Conforme discutido anteriormente, a sociedade defrontou-se com um quadro de crescente complexidade, com o desencadeamento de inúmeros conflitos, para os quais se fez necessária a intervenção estatal. A forma encontrada para garantir a coerência e o equilíbrio do sistema jurídico em uma sociedade plural foi o reconhecimento de direitos de natureza social, ou seja, houve uma ampliação para além da noção de direito meramente individual. Com isso, as demandas para a concretização de novos direitos apresentam características às quais o aparato jurídico, em especial o processual, não está adaptado.

Além das dificuldades para a apreciação dos novos conflitos, existem os aspectos sócio-econômicos que obstaculizam o exercício do acesso à Justiça. O reconhecimento de direitos sociais é fruto de um discurso de democratização, em que, ao lado da consagração de mais direitos fundamentais, reside o compromisso de garantir a todos a igualdade material e concessão de direitos civis e políticos.

O discurso da igualdade material baseia-se na promoção de condições de pleno exercício de direitos e garantias. Porém, a promoção dessas condições demanda custos e há quem sustente que nem sempre podem ser

suportados pelo Estado. A concretização de direitos e garantias constitucionais sofre o risco da contingência.

Um exemplo, que foi objeto da presente monografia, é o acesso à Justiça. Não obstante as medidas adotadas, tais como assistência judiciária gratuita ou a previsão de procedimentos menos formais, há óbices estruturais que inviabilizam o exercício do direito à Justiça. Diante desse quadro, propôs-se a questão: haveria mecanismos de solução de conflitos que pudessem substituir a atuação estatal?

Humberto Theodoro Júnior leciona que “há, mesmo, vezes que pregam a substituição do método tradicional do processo por outros equivalentes jurisdicionais arbitragem, mediação etc..”⁶²

A partir das breves considerações sobre os institutos da mediação, conciliação e arbitragem, é possível verificar que todos demandam uma participação efetiva das partes com vistas à solução do conflito. A participação comporta a idéia de atuação conjunta com igualdade de condições entre as partes.

As formas alternativas de solução de conflito, como o próprio termo enuncia, tratam-se de escolhas subsidiárias, ou seja, são opções. Opta-se pela mediação, por exemplo, porque ela traria maior benefício às partes, em comparação à atuação jurisdicional. A decisão basear-se-ia em vantagens que um instituto oferece em relação ao outro.

Em se tratando de solução de conflito, qual o critério serviria de parâmetro para justificar a opção por um mecanismo e não por outro?

Observa-se que, em uma sociedade marcada pela desigualdade, as formas alternativas de solução de conflitos podem consistir em meios de imposição de poder de uma das partes, de acordo com a conveniência.

⁶² *Direito e processo – Direito Processual ao vivo*. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1997. v. 5. p. 50.

Os mecanismos de solução de conflitos alternativos devem ser considerados como uma opção a ser adotada pelas partes. Mas há de se garantir que as mesmas possam recorrer a um Judiciário, que também realiza sua função com presteza. Ou seja, em uma sociedade que visa à democracia no acesso à Justiça, haveria liberdade para escolha da instância que melhor resolvesse seus conflitos; uma escolha motivada por outros fatores que não fosse a ineficiência dos recursos estatais.

Enquanto a máquina Judiciária não for ajustada às necessidades de uma sociedade marcada pela pluralidade de interesses e a liberdade de escolha não for vivenciada,

“a reivindicação de um primado do direito e de uma ordem jurídica centralizada não parece anacrônica ou conservadora, mas uma luta política entre universalidade e particularismos”.⁶³

A reivindicação pelo acesso à Justiça estatal converte-se em instrumento de promoção da efetividade dos direitos humanos. Afinal, os mecanismos de solução de conflitos não podem ser suscitados para a resolução de questões que versam direitos indisponíveis. Daí a necessidade de um aparato judiciário bem estruturado para assegurar que as conquistas da modernidade não sejam mero discurso:

“A luta pela expansão do espaço da cidadania e pelo primado do direito, nesse contexto, pode significar uma luta por manutenção (ou ainda alargamento) de conquistas do Estado de direito e do Estado social: mesmo que seja necessária uma crítica da insuficiência do liberalismo para realizar as promessas da modernidade, inclusive no campo jurídico. Se as próprias instituições estatais aplicam uma combinação de direitos que reforça duplamente a vulnerabilidade de algum grupo social, suas possibilidades de resistência contra a hierarquia e contra a exclusão se tornam muito mais restritas”.⁶⁴

⁶³SINHORETTO, Jacqueline. *Ir aonde o povo está – etnografia de uma reforma da justiça*. 2006. Tese (Doutorado) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Sociais, Universidade de São Paulo, 2006. p.6.

⁶⁴Idem. p. 355.

Dessa forma, o discurso de ineficiência do Judiciário para motivar o reconhecimento estatal dos mecanismos alternativos de solução de conflitos pode vir a acentuar eventual vulnerabilidade de um grupo social frente a outro, que não dispõe de recursos para recorrer ao aparato estatal. Mauro Cappelletti e Bryant Garth, conforme já foi assinalado, apontaram um dos desafios que o sistema judiciário impõe para o acesso à Justiça: os custos. A parte menos aquinhoadada, conhecedora das dificuldades para acessar à esfera estatal, pode “concordar” com a proposta da outra parte de valer-se de um mecanismo alternativo de solução de conflitos, ainda que não se sinta plenamente confortável e segura com a forma de resolver o litígio.

Erik Macedo Marques, em defesa de dissertação para obtenção de título de mestre, enfatiza que

“A conclusão do diagnóstico sobre as barreiras de acesso à justiça indica que os obstáculos criados pelos sistemas judiciais são mais pronunciados para as pequenas causas e para os autores individuais, especialmente os pobres, e, ao mesmo tempo, vantagens estratégicas estão ligadas aos litigantes organizacionais, usuários constantes do sistema judiciário para a satisfação de seus interesses.”⁶⁵

As formas alternativas de solução de conflitos não podem ser apresentadas como meio de fugir da deficiência do sistema judiciário. A mediação, arbitragem e a conciliação são desejáveis como mecanismos de exercício democrático, mas sem afastar a imprescindibilidade da garantia de acesso à Justiça. Não é admissível sustentar que tais institutos sejam defendidos como paliativos a uma crise democrática na esfera judiciária.

Democracia pressupõe participação da sociedade nas decisões sobre os mecanismos e instrumentos para se alcançar os objetivos traçados constitucionalmente. É a manifestação da terceira onda ou um novo enfoque do acesso à Justiça, de que falaram Cappelletti e Garth, já citados.

⁶⁵ *Acesso à Justiça: estudo de três Juizados Especiais Cíveis de São Paulo*. 2006. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Sociais, Universidade de São Paulo, 2006.

Cândido Rangel Dinamarco destaca que, quando há a participação efetiva dos interessados na escolha de alternativas todas viáveis,

“existe a predisposição a aceitar decisões desfavoráveis na medida em que cada um, tendo oportunidade de participar na preparação da decisão e influir no seu teor mediante observância do procedimento adequado (princípio do contraditório, legitimação pelo procedimento), confia na idoneidade do sistema em si mesmo. E, por fim: psicologicamente, às vezes, a privação consumada é menos incômoda que o conflito pendente: eliminando este desaparecem as angústias inerentes ao estado de insatisfação e esta, se perdurar, estará desativada de boa parte de sua potencialidade anti-social”.⁶⁶

Além disso, nesse contexto, o mesmo autor também acentua que o exercício continuado e eficiente da jurisdição atende à missão estatal de conscientizar os membros da sociedade para direitos e obrigações.⁶⁷

Diante da imprescindibilidade do exercício continuado e eficiente da jurisdição, como missão estatal, não é concebível que uma “justiça alternativa” seja enaltecida frente à justiça estatal.⁶⁸ Pode parecer que as formas alternativas de solução de conflitos sejam “remédios” indiferentes ao processo judicial, isto é, não constituem verdadeiras “alternativas”, mas pseudo-soluções para os problemas de acesso à Justiça. Não é demais reforçar que a imposição de métodos que deveriam ser alternativos pode ocultar um discurso destoante dos propósitos democráticos. Luiz Roberto Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart tecem considerações esclarecedoras. Para os autores, o “perigo de a onda neoliberal influenciar aqueles que se preocupam com o processo civil, fazendo com que a ‘justiça estatal’ seja posta de lado, como algo obsoleto e inútil, é muito grande”. Sustentam que:

“a ‘justiça’ do Estado sempre vai ser o único socorro, principalmente aos menos favorecidos, bem como a única saída para os direitos não disponíveis e absolutamente fundamentais para o homem”.⁶⁹

⁶⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. Cit. p. 196.

⁶⁷ Idem. p. 197.

⁶⁸ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme & ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual de Processo de Conhecimento*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 36.

⁶⁹ Idem. p. 36.

Há de combater o que os autores citados denominam de “tendência de privatização do espaço público essencial”.⁷⁰

Oswaldo Alfredo Gozaíni faz uma ponderação bastante intrigante sobre essa situação:

“O curioso deste fenômeno dá-se em que, de alguma maneira, significa uma regressão à justiça primitiva. (...) As sentenças judiciais são uma maneira de orientar a conduta dos homens, por isso, o importante é a justa solução mais que a solução a todo custo. (...) Foi por isso que o curso da História demonstra que quando o homem depositou sua confiança no Estado deu origem à justiça mesma, como função social. Aquela que deriva da vontade do homem que deposita sua fé no Estado para que organize suas relações.”

71

Ainda Oswaldo Alfredo Gozaíni, ao diferenciar a jurisdição da arbitragem, acentua a natureza do processo como garantia. Reforça a importância de se poder contar com um mecanismo de tutela previamente estabelecido e conhecido por todos. O autor conclui que não se descarta um procedimento que possa ser utilizado dentro dos perímetros dos direitos disponíveis.⁷²

Não é demais ressaltar que os mecanismos alternativos de solução de conflitos não se prestam à análise de conflitos que envolvem direitos indisponíveis. Em um Estado Social, como o brasileiro, com prevalência dos direitos fundamentais, o acesso à Justiça assoma como garantia para a concretização desses direitos. Destarte, torna-se imperioso um Judiciário estruturado para atender aos fins perseguidos pela coletividade, a fim de consagrar os valores perseguidos por uma sociedade democrática.

⁷⁰ Ibidem. p. 36.

⁷¹ *Notas y estudios sobre el proceso civil*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1994. p. 44.

⁷² Idem. p. 17

CONCLUSÃO

A ampliação da proteção aos direitos fundamentais depende de uma ampla e eficaz garantia de acesso à Justiça. E as dificuldades surgem no cenário de uma sociedade pluralista e com mudanças permanentes, em que as noções tradicionais de processo, concebidas em um contexto de predominância de relações individuais, não encontram ressonância na realidade de conflitos coletivos e interesses de grupos.

Diante disso, tornar acessível o “acesso à Justiça” é um desafio que se torna cada vez maior quanto mais se verifica a pluralidade de interesses e as desigualdades entre os atores sociais.

As alternativas propostas para tornar viável o acesso à Justiça apresentam limitações, que dificultam o exercício do direito dos menos favorecidos. A Defensoria Pública, os Juizados Especiais e o reconhecimento da legitimidade processual extraordinária para a defesa de interesses coletivos e difusos minimizam os obstáculos do acesso à Justiça, mas não assegura a sua efetividade.

Conforme visto, Cappelletti e Garth apontam uma “terceira onda”, como movimento de promoção de acesso à Justiça. A “terceira onda” considera a dinâmica da sociedade e a impossibilidade de encontrar uma única solução definitiva para a questão do acesso à Justiça. Os autores denominam-na “um enfoque novo para o acesso à Justiça”. Nesse contexto, contemplam-se os chamados métodos alternativos de solução de conflitos, quais sejam, a mediação, conciliação e arbitragem.

Após tecer considerações sobre as formas alternativas de solução de conflitos mencionadas, conclui-se que elas não podem ser consideradas como substitutas da jurisdição, embora a tendência neoliberal seja adotar essa perspectiva. O risco foi bem pontuado por Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart: a substituição da “justiça estatal” por uma “justiça alternativa”.

Reforça-se que os métodos alternativos não podem ser invocados em conflitos que versam sobre direitos indisponíveis. Ora, aqui se enquadram os

direitos fundamentais, os quais constituem um dos fatores mais pungentes para a revisão de conceitos e institutos processuais tradicionais. Sendo assim, a noção de Judiciário não comporta a idéia de “substitutos”.

Conclui-se, pois, que as formas alternativas de solução de conflitos não devem ser tomadas como mecanismos de correção das distorções estruturais do acesso à Justiça. Constituem tão-somente alternativas, a serem ponderadas pelas partes, que, em princípio, têm constitucionalmente o acesso à “Justiça estatal” eficiente. Admitir o contrário é colocar em risco os princípios e objetivos do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

- ALCALÁ-ZAMORRA Y CASTILLO, Niceto. *Proceso, autocomposición y autodefensa* – contribución al estudio de los fines del proceso. 3ª ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Garantia da amplitude de produção probatória. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (Coord.) *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- BERIZONCE, Roberto O. Algunos obstáculos al acceso a la Justicia. In: OVALLE FAVELA, José. (Coord.). *Administración de justicia en Latinoamérica*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993. (Serie B: Estudios Comparativos, n. 28).
- CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo et alli. *Teoria Geral do Processo*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- CHACÓN CORADO, Mauro Roderico. *Instituciones no jurisdiccionales – conciliación, arbitraje y ombudman*. In: JUSTICIA y sociedad. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994. (Serie G: Estudios Doctrinales, n. 167).
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Disponível em [<www.cidh.org/annualrep/2006port/>](http://www.cidh.org/annualrep/2006port/). Acesso em: 08.jul.2008.
- DAHRENDORF, Ralf. *O conflito social moderno* – um ensaio sobre a política da liberdade. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor; São Paulo: EDUSP, 1992.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2005.

- DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- ENGELS, Friedrich & MARX, Karl. *Manifesto do Partido Comunista*. Petrópolis: Editora Vozes, 1988.
- FARIA, José Eduardo. *Justiça e Conflito - os juízes em face dos novos movimentos sociais*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- FAIRÉN GUILLÉN, Victor. *Figuras extraprocerales de arreglo de conflictos: la conciliación, la mediación, el ombudman*. In: JUSTICIA y sociedad. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994. (Série G: Estudios Doctrinales, n. 167).
- FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Constitución y proceso civil en latinoamérica*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, 1974.
- GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *Notas y estudios sobre el proceso civil*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1994.
- HERNANDEZ, Atahualpa. *O direito como estratégia adaptativa: origem, evolução e função do comportamento normativo*. Disponível em: http://www.iced.org.br/artigos/o_direito_como_estrategia_atahualpa_fernandez.PDF.> Acesso em: 26.jun.2008.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 2. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1987.
- LIMA, Alex Oliveira Rodrigues de. *Arbitragem: um novo campo de trabalho*. 2ª ed. São Paulo: Iglu, 1998.

- LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. Garantia de acesso à Justiça: assistência judiciária. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (Coord.) *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- MAGALHÃES, José Carlos de & BAPTISTA, Luiz Olavo. *Arbitragem Comercial*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986.
- MARINONI, Luiz Guilherme & ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual de Processo de Conhecimento*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MARQUES, Erik Macedo. *Acesso à Justiça: estudo de três Juizados Especiais Cíveis de São Paulo*. 2006. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Sociais, Universidade de São Paulo, 2006.
- MASCARO, Alysso Leandro. *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Teoria Geral do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTR, 1998. p. 318-319.
- RECHSTEIN, Beat Walter. *Arbitragem Privada Internacional no Brasil - Depois da nova Lei 9.307, de 23.09.1996 - Teoria e Prática*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.
- ROQUE, Sebastião J. *Arbitragem: solução viável*. São Paulo: Ícone, 1997.
- SAMUEL, A. *Jurisdictional problems in international commercial arbitration: a study of Belgian, Dutch, English, French, Swedish, Swiss, U.S. and West Germany Law*. Zurich: Institut Suisse de Droit Comparé, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1989.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

SINHORETTO, Jacqueline. *Ir aonde o povo está – etnografia de uma reforma da justiça*. 2006. Tese (Doutorado) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Sociais, Universidade de São Paulo, 2006.

STRENGER, Irineu. *Comentários à Lei Brasileira de Arbitragem*. São Paulo: LTr, 1998.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direito e processo – Direito Processual ao vivo*. Rio de Janeiro: Aide Ed., 1997. vol. 5.

WATANABE, KAZUO (org). *Juizados Especiais de Pequenas Causas: Lei 7.244, de 7 de novembro de 1984*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.