

REVISTA DE PROCESSOS
N. 74

ANO 19 — ABRIL-JUNHO DE 1994

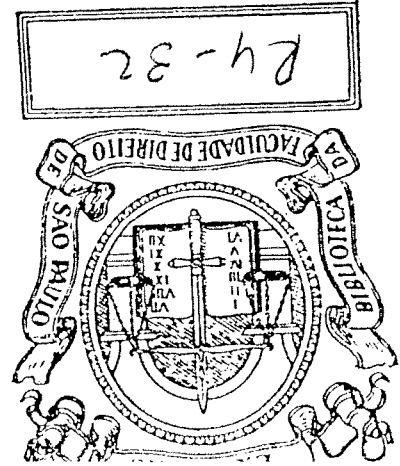
CORTESIA
DA
REVISTA DOS TRIBUNAIS

Repositório de Jurisprudência autorizado
pelo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA,
sob n. 11 (Portaria n. 8/90),
e pelo TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL,
da 1.ª Região (Portaria n. 2, de 6 de junho de 1992,
DJ-seção II, de 17.6.92, p. 17.850).

REVISTA DE PROCESSOS

19

28/10/94
FAC. DIR. U.S.P.



R4-32

diversos significados, até no dicionário!¹

Esse cepticismo normativo foi levado a extremos principalmente por alguns representantes da contemporânea e im-portante escola de pensamento chamada "Critical Legal Studies"; eles atribuíram *total* ambiguidade, *indeterminação*, às regras jurídicas — tanto legislativas como judiciais. Esse novo enfoque inspira-se com frequência em pensadores modernos — ou, como gostariam de considerar-se eles mesmos, "pós-modernos" — da linha de Foucault, Derrida e Lyotard: os proponentes da "desconstrução" em toda espécie de hermenêutica, o que, decerto, é ainda outra espécie de exagero, conducente àquilo a que chamei "a filosofia da catástrofe".

O movimento de acesso à Justiça, como enfoque teórico, embora certamente enraizado na crítica realística do formalismo e da dogmática jurídica, tende a uma visão mais fiel à feição complexa da sociedade humana. A componente normativa do direito não é negada, mas encarada como *um* elemento, e com grande frequência não o principal, do direito.

O elemento primário é o povo, com todos *os seus traços culturais, econômicos e psicológicos*. Ademais, nessa visão realística, adquirem relevo as instituições e processos. O resultado do enfoque do acesso à Justiça é uma concepção "contextual" do direito. Em vez de uma concepção unidimensional, pela qual o direito e a ciência jurídica se limitam à declaração das normas, afirma-se uma concepção *tridimensional*: uma primeira dimensão reflete o problema, necessitada de ou exigência social que induz à criação de um instituto jurídico; a segunda dimensão reflete a resposta que, por *de facto* não são capazes de atingir tais liberdades e tirar proveito delas. O movimento de acesso à Justiça trata então de analisar e procurar os caminhos para superar as *dificuldades* ou *obstáculos* que fazem inaccessíveis para tanta gente as liberdades civis e políticas.

Uma primeira resposta reflete a verdadeira *raison d'être* do movimento de acesso à Justiça. A idéia de acesso é a resposta histórica à crítica do liberalismo e da *regra de direito*. Semelhante crítica, em suas expressões extremas, sustenta que as liberdades civis e políticas tradi-cionais são uma promessa fútil, na verdade um engodo para aqueles que, por motivos econômicos, sociais e culturais, não são capazes de atingir tais liberdades e tirar proveito delas. O movimento de acesso à Justiça trata então de analisar e procurar os caminhos para superar as *dificuldades* ou *obstáculos* que fazem inaccessíveis para tanta gente as liberdades civis e políticas.

1. O W. Holmes, "The Theory of Legal Interpretation", *Harvard Law Review*, 6/365, 1899; também in *Collected Legal Papers*, N. lorque, Peter Smith, p. 203.

OS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NO QUADRO DO MOVIMENTO UNIVERSAL DE ACESSO À JUSTIÇA*

MAURO CAPPILETTI

1. Começarei com algumas palavras sobre o tópico deste Simpósio. Seu título oficial é "Processo civil e métodos de solução de conflitos". À expressão *Alternative Dispute Resolution* (ADR) costuma-se atribuir acepção estritamente técnica, relativa sobretudo aos expedientes *extrajudiciais* ou *non-judiciais*, destinados a resolver conflitos. Esse, porém, não é o único sentido que os organizadores do Simpósio tinham em mente. Com propriedade, tornaram claro que visavam a ocupar-se de maneira mais geral dos expedientes — *judiciais* ou *non* — que tem emergido como alternativas aos tipos *ordinários*, ou *tradicionais*, de procedimento; assim, por exemplo as *class actions* integrariam o tópico de que eles pensavam tratar, bem como em geral o acesso à Justiça, inclusive o acesso à informação em poder de litigantes potenciais (v.g., escritos, quer da jurisprudência, são expressas por meio da linguagem — palavras e símbolos — e portanto requerem uma interpretação criativa da parte de seus destinatários, pela simples razão já em 1899 apontada por Oliver Wendell Holmes: "Não é verdade que na prática... uma dada... palavra tenha um só significado e nenhum outro. Uma palavra tem cada e nenhum outro."

2. O movimento universal de acesso à Justiça foi, por várias décadas, mantido da ciência jurídica quanto da reforma legislativa em muitos países do mundo.

*Relatório de abertura do Simpósio Jurídico W. G. Hart sobre a Justiça Civil e suas alternativas, realizado em Londres, no *Institute of Legal Advanced Studies*, em 7-9.7.92. Traduzido do inglês por J. C. Barbosa Moreira.

vir a ser "capturado" pelos próprios interessados em jogo são primariamente *privados*, não públicos por natureza, embora pertençam a grupos ou classes de pessoas. Órgãos governamentais nem sempre são sensíveis a tais interesses coletivos, mas privados.

Destarte, têm vicejado expedientes diversos, que melhor refletem a natureza híbrida, mas essencialmente privada, dos direitos difusos. Entre semelhantes expedientes inclui-se a *class action*, especialmente importante nos Estados Unidos, mas também alhures, no mundo do *Common Law*. Nos países de *Civil Law* raramente se adota esse expediente: uma recente exceção é a possibilidade da *class action* contemplada pelo novo Código de Proteção do Consumidor no Brasil.⁷ Conforme bem se sabe, é típico dos com legitimação em certas áreas:

... ilustrações típicas e largamente conhecidas são o *Ombudsman* do consumidor na Suécia, na Noruega, na Dinamarca e na Finlândia, mas também o *Director General of Fair Trading* neste país. Há muitos outros, por exemplo, ainda na Suécia, os *Ombuds* que protegem contra discriminações sexuais nas relações de trabalho. Ai, a vantagem consiste em que o órgão é *especializado* na área de que se trata e pode representar o interesse inteiro, não apenas um fragmento dele. O defeito dessa solução, contudo, está em que ela tende a onerar o Estado com mais maquinaria burocrática e regulamentações. Outrosim, conforme bem ilustrado em algumas ocasiões, e certamente sob a

As reformas inspiradas no enfoque do acesso à justiça concebem e experimentaram uma série de expedientes destinados a proporcionar tutela efetiva a esses interesses coletivos e/ou difusos. Um exemplo neste país é o "Relator Actor" — solução que repousa na ideia do *Attorney General* como *pater patriae* e, nessa qualidade, representante de interesses "públicos". É bem conhecido, porém, o defeito de tal solução, porque, segundo confirma a decisão da Câmara dos Lords em "Gouriet vs. Post Office Workers",⁸ o *Attorney General* mantém total discção quanto a autorizar o *Relator* a agir, e a autorização pode ser discionariamente revogada a qualquer tempo. Solução diferente consiste em criar órgãos governamentais especializados com legitimação em certas áreas:

... ilustrações típicas e largamente conhecidas são o *Ombudsman* do consumidor na Suécia, na Noruega, na Dinamarca e na Finlândia, mas também o *Director General of Fair Trading* neste país. Há muitos outros, por exemplo, ainda na Suécia, os *Ombuds* que protegem contra discriminações sexuais nas relações de trabalho. Ai, a vantagem consiste em que o órgão é *especializado* na área de que se trata e pode representar o interesse inteiro, não apenas um fragmento dele. O defeito dessa solução, contudo, está em que ela tende a onerar o Estado com mais maquinaria burocrática e regulamentações. Outrosim, conforme bem ilustrado em algumas ocasiões, e certamente sob a

6. O caso é referido na WLR 3/300 (1973); *Justice*, vol. 1, t. 1, Milão & Alphen aan den Rijn, pp. 417 e ss. e 473.

8. V. o notável livro *Gruppidan del Anglo Amerikanska class action institutet ur Svenska*

nico, é o que proponho denominar de *processual*, porque significa que, em certas áreas, são inadequados os tipos ordinários de procedimento.

4. Tratarei primeiro do *obstáculo organizacional*, que reflete alguns dos mais importantes traços de nossa época. Expressam-se esses traços por meio dos chamados direitos e interesses (de grupo) difusos ou coletivos, que constituem fenômeno típico, e de crescente importância, das modernas sociedades. Uma das características fundamentais das sociedades contemporâneas reflete-se na transformação da economia, do tipo primariamente baseado em relações individuais para outro

tagão jurídica, tem emergido uma alteração jurídica, a distribuição e o consumo se tornaram *fenômenos de massa*. De modo análogo, os "direitos sociais" emergiram como extremamente importantes. Pois bem: os direitos sociais acarretam, ou tendem a acarretar, benefícios para amplas categorias de pessoas fracas ou anteriormente discriminadas: crianças, mulheres, idosos, minorias raciais ou linguísticas, deficientes etc. Em todos esses casos, o indivíduo isolado é em regra incapaz de vindicar efetivamente os direitos em causa; uma vez que se cuida de atos em massa, a única proteção realmente efetiva será aquela que reflita o caráter "coletivo" ou de "classe" do direito. A ilustração mais óbvia é a do consumidor isolado de mercadoria produzida em cadeia e distribuída em grandes quantidades; outro exemplo é o caso do indivíduo lesado por poluição de massa.

Ao indivíduo isolado inevitavelmente faltam suficiente motivação, informação e poder para iniciar e sustentar processo contra o poderoso produtor ou poluidor. Mesmo que viesse a ocorrer tão improvável fato, o resultado seria totalmente inadequado para desencorajar o transgressor de massas de prosseguir nas lucrativas atividades danosas; o litigante individual seria o "titular" de insignificante *fragmento* do dano em questão. Daí haver-se patenteado que existe aqui nova espécie

Especificamente quanto ao processo civil, há três *obstáculos* básicos a superar.

O primeiro é o *obstáculo econômico*, isto é, a *pobreza* de muitas pessoas que, por motivos econômicos, nenhum ou pouco acesso têm à *informação* e à *representação adequada*. Aqui o movimento de acesso à justiça, em sua "primeira onda", apoiou expedientes como assistência e orientação jurídica, e pôs nelos o foco de seus interesses de pesquisa. Embora não se inclua no presente

Simpósio,² é um tópico em que este país tem exercido liderança,³ pelo menos desde 1949. Ao lado da assistência e orientação jurídica, tem emergido uma alteração jurídica, em que a produção e o consumo se tornaram *fenômenos de massa*. De modo análogo, os "direitos sociais" emergiram como extremamente importantes. Pois bem: os direitos sociais acarretam, ou tendem a acarretar, benefícios para amplas categorias de pessoas fracas ou anteriormente discriminadas: crianças, mulheres, idosos, minorias raciais ou linguísticas, deficientes etc. Em todos esses casos, o indivíduo isolado é em regra incapaz de vindicar efetivamente os direitos em causa; uma vez que se cuida de atos em massa, a única proteção realmente efetiva será aquela que reflita o caráter "coletivo" ou de "classe" do direito. A ilustração mais óbvia é a do consumidor isolado de mercadoria produzida em cadeia e distribuída em grandes quantidades; outro exemplo é o caso do indivíduo lesado por poluição de massa.

O terceiro obstáculo, mais diretamente relacionado com os métodos alternativos de solução de conflitos, em sentido técnico, é o *obstáculo organizacional*. Voltarei a ele num momento.

2. Esta declaração revelou-se errônea: uma sessão do Simpósio foi dedicada à *Assistência Judicial*.

3. V., e.g., M. Cappellietti, J. Gordley & E. Johnson Jr., "Toward Equal Justice: A Comparative Study of Legal Aid, in *Modern Societies*, Milão & Dobbs Ferry, N. Torque, 1981.

4. O periódico está agora em seu 20.º ano e é publicado quadrimestralmente em Bruxelas. V. também Erhard Blankenburg & Jean Fiedler, *Die Rechtsschutzversicherung und der steigende Geschäftsanfall der Gerichte*, Tübingen, Mohr, 1981.

36-7.

eram comerciantes, como ainda é o caso nos *tribunaux de commerce* franceses), pessoas envolvidas e pessoalmente familiarizadas com o mesmo tipo de interesses e problemas das partes? Isso é típico, v.g., em matéria de trabalho e agricultura, a exemplo dos *conseils de Prud'Hommes* na França e, nesse mesmo país, dos *Tribunaux paritaires des baux minaux*.¹⁹ Em ambas essas instituições francesas, sobressaem procedimentos conciliatórios. Outra questão árdua é a de determinar os padrões e garantias mínimos a ser mantidos nessas espécies alternativas de órgãos julgadores e procedimentos. O risco, obviamente, é o de que a alternativa só proporcione uma *justiça de segunda classe*, porque é quase inevitável que falte aos julgadores nos tribunais alternativos, pelo menos em parte, as salvaguardas de independência e tempo de que dispõem os juízes ordinários. É de que dispõem os juízes ordinários. E aos próprios procedimentos poderiam faltar, pelo menos em parte, as garantias formais de equidade processual que são típicas do procedimento ordinário, importante exemplo pode ser administrado por antiga forma de procedimento simplificado, que se denomina *Mahnerfahren* na Alemanha e *procedimento monitorio* na Itália. É uma antiga modalidade de procedimento sumário *ex parte*, utilizável nos casos em que o autor-credor tem prova escrita da dívida. Em tais hipóteses, o Tribunal pode emitir um "decreto", que ordena ao devedor pagar: o devedor pode preferir contestar o direito do credor, caso em que se inicia um procedimento contencioso ordinário; na prática, porém, a grande maioria dos

o Prof. Bryant Garth e eu denominamos de "terceira onda" no movimento de acesso à justiça.¹⁷ Desnecessário dizer que aqui há muitas questões árduas e dificuldades — talvez contraditórias, como enfatizou o Prof. Abel, há dez anos, em artigo bem conhecido e freqüentemente citado.¹⁸ Entre as questões árduas a encarrar incluem-se: (1) Quais as melhores espécies de instituições a promover: arbitragem, mediação, conciliação, e naturalmente uma fileira de procedimentos simplificados, assim como juizados de pequenas causas? (2) Quais as melhores espécies de pessoas para trabalhar em tais instituições? Leigos e, com grande freqüência (por exemplo, nos tradicionais tribunais do comércio, onde os juízes

17. V. M. Cappellotti e B. Garth, "Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective. A General Report", in *Access to Justice*, vol. I., tomo I, pp. 1 e ss. (49 e ss., 54 e ss.).

18. Richard L. Abel, "The Contradictions of Informal Justice", in R. L. Abel, (ed.), *The Politics of Informal Justice*, vol. I., Academic Press, N. Iorque, 1982, p. 287 e ss. O que se segue no texto pode indicar que eu me inclino a discordar da crítica muito aguda e decerto muito estimulante do Prof. Abel. *The Politics of Informal Justice* (ao menos sua filiosofia central, tal como exposta pelo editor) foi uma denúncia enérgica e descomprometida da espécie de evasão que no Projeto Acesso à Justiça se descreveu como a "terceira onda" do movimento. Esse ataque foi considerado "radical" na medida em que combatia desenvolvimentos descritos como tendentes a proporcionar "poor justice for the poor". Por muitos anos tenho discordado desse enfoque "radical", que de fato me parece ser o oposto de "radical", a bem dizer extremamente conservador. Há dois modos de recusar mudanças: um é simplesmente dizer não às reformas, o outro — talvez menos ostensivo — é exigir perfeição (o enfoque do tudo-ou-nada).

Entretanto, se quisermos aplicar procedimentos ordinários até às mais insignificantes controvérsias (denominadas pelos alemães de *Bagatellachen*), podemos descobrir que isso é irrealístico, e na verdade pouco razoável. em 1826).

alternativas (*stricto sensu*) aos juízos ordinários e aos procedimentos usuais.

Essa ideia decerto não é nova: a conciliação, a arbitragem, a mediação foram sempre elementos importantes em matéria de solução de conflitos. Entretanto, há um novo elemento consistente em que as sociedades modernas descobriram *novas razões* para preferir tais alternativas. É importante acenar que essas novas razões incluem a própria essência do movimento de acesso à justiça, a saber, o fato de que o processo judicial agora é, ou deveria ser, acessível a segmentos cada vez maiores da população, aliás, ao menos teoricamente, a toda a população. Esse é sem dúvida o prego do acesso à justiça, o qual é o prego da própria democracia: um prego que as sociedades avançadas devem sentir-se dispostas a (e felizes em) pagar. Os métodos alternativos de solução de conflitos constituem uma área na qual a Fundação Ford já em 1978 promovia programa pioneiro, que desencadeou ampla procura daquilo a que se chamou "novos enfoques da solução de conflitos",¹⁴ com particular atenção para "casos", "conflitos regulatórios", "conflitos oriundos de programas de bem-estar social", tudo com a finalidade de "encontrar caminhos para tratar de conflitos fora do sistema formal".

O que emergiu dessa pesquisa foram especialmente formas *conciliatórias, não contenciosas*, de alternativas, assim como *tribunais especiais*, freqüentemente integrados por *juízes leigos*. No Projeto Fiorentino de Acesso à Justiça, dedicou-se todo um volume (vol. 2, em dois

14. *New Approaches to Conflict Resolution — A Ford Foundation Report*, N. Iorque, maio 1978. O relatório baseou-se, em parte, nas primeiras apurções do Projeto Fiorentino de Acesso à Justiça, cujos três primeiros volumes foram publicados em 1978-9; o Projeto Fiorentino foi patrocinado e em parte financiado pela Fundação Ford.

(tomos) a tal pesquisa. Os exemplos são inumeráveis e de verdadeíssimas espécies. Sobressai a *conciliação*. O que se deve preliminarmente dizer é que, embora nos dois últimos séculos, pouco mais ou menos, as civilizações ocidentais tenham glorificado o ideal de lutar pelos direitos de cada qual (o famoso *Kampf ums Recht* de Jhering), conviria admitir que, em certos setores, um enfoque diferente — a que costumou chamar "*justiça coexistencial*" — pode ser preferível e mais apto para assegurar o acesso à justiça. Devemos reconhecer que podemos ter muito que aprender com as tradições africanas e asiáticas. É muito interessante um livro recente de nosso colega japonês Takeshi Kojima, da Universidade Chuo, de Tóquio, intitulado *Perspectives on Civil Justice and Alternative Dispute Resolution, Japan and the USA*.¹⁵ Trata-se de livro interessante não só por causa do assunto, mas também porque põe em nítido relevo o contraste entre um enfoque tipicamente litigioso (Ocidente) e outro antes tendente à obtenção de consenso da que a uma ideia litigandamente concebida de "certo ou errado". Recente lei italiana parece mover-se um pouco nessa direção; prevê a criação de mais de 4.000 juízes de paz, conferindo-lhes poder limitado, mas nem por isso menos substaancial, de decidir causas com base mais na equidade que no direito estrito. Sem dúvida, trata-se de inovação modesta, se dividida, para além de causas criminais, litígios civis, inclusive de família. Conforme antes mencionado, a procura de alternativas representou aquilo que

15. Tóquio, *The Institute of Comparative Law in Japan*, 1990.

16. A esse número tem-se de adicionar certa quantidade de juízes leigos em tribunais administrativos.

básicos em Faculdades de Direito. O mais conhecido compêndio para tais cursos é talvez o de Goldberg, Green e Sander,³² que trata de negociação, mediação, arbitragem e "métodos híbridos", especialmente em conflitos de família, agora seções e comissões especiais de ADR.³³

A França é outro país onde têm ocorrido interessantes desenvolvimentos nos últimos quinze anos, mais ou menos. Primeiro os *conciliateurs*: depois de experiência em quatro departamentos ("Alpes Marítimes", "Gironde", Haute Marne" e "Lorie Atlantique"), foram eles introduzidos, em 1978,³⁶ em todo o país. De 1981 a 1987, houve um período de declínio, com a suspensão do recrutamento dos *conciliateurs*, devida ao ceticismo (difícil de explicar) do partido socialista, então no poder, quanto à instituição. Todavia, a partir de 1987 ela experimentou uma ressurreição e um ulterior desenvolvimento.³⁷ Os *conciliateurs* não são magistrados, mas particulares, que o presidente do Tribunal de Apelação designa pelo prazo de um ano, renovável por mais dois anos. Incumbem-lhes encontrar-se com as partes e tentar descobrir se há possibilidade de chegar-se a acordo (o *conciliateur* tem o poder de ouvir prova testemunhal). Diz eminentemente autoridade francesa, o Prof. Roger Perrot:

"Essa instituição merece confiança, e qualquer "méfiance corporatiste" (espacialmente por parte do Judiciário, uma desconfiança que contribuiu para o declínio da instituição entre 1981 e 1987) é injustificável. É fora de dúvida que para muitas pessoas a justiça é "psicológicamente remota": em nossas áreas rurais a presença de um *conciliateur* perto

34. Informação contida no Relatório Brown, cit. inra (nota 41), p. 17.
35. V. id., p. 3.
36. Dec. 78/381, de 20.3.78.
37. V. Roger Perrot, *Institutions Judiciaires*, 4.ª ed., 1992, Paris, Sirey, p. 489.

Merece registro especial o fato de que, em certo número de Estados norte-americanos, a possibilidade da *arbitragem* existe em quase todo Tribunal. As partes que o Tribunal remete ao árbitro devem submeter-se à arbitragem; a submissão é compulsória, mas a decisão arbitral pode ser impugnada, razão por que não se tem considerado inconstitucional o expediente; entretanto, prevêm-se sanções, e.g. a condenação em custas, contra a parte que demanda o reexame em juízo e não

32. Stephen B. Goldberg, Eric D. Green & Frank E. A. Sander, *Dispute Resolution*, Boston & Toronto Little Brown & Co., 1985. Sobre esse livro, v. a penetrante resenha de Carrie Menkel-Meadow, in *Judicature*, 69/300, 1986. Outro manual digno de menção: Kanowitz, *Cases and Materials on Alternative Dispute Resolution*, St. Paul, Mn, West, 1985. Ademais, há certo número de tratados, especificamente dedicados à mediação: e.g., Riskin, *Mediation*, St. Paul, Mn, 1986.

33. Ob. cit., pp. 280-293.

funcionários" (vimos, no entanto, que os arranjos feministas não participam da sistização com esses desenvolvimentos).

(d) Um quarto desenvolvimento interessante no Canadá é a "remessa obrigatória à mediação". Conforme registra o Prof. Watson, esse expediente, comum nos Estados Unidos, ainda não obteve recepção generalizada no Canadá.

(e) Embora a arbitragem interna ainda não seja de largo uso no Canadá, instuiu-se um "tribunal privado" em Toronto. Esse órgão, do qual se diz que se tornou "muito ocupado", compõe-se de advogados experientes e juizes aposentados. Ademais, editou-se em Ontário uma nova lei de arbitragem, que reforça o efeito das cláusulas arbitrais e restringe a prática de arbitragem, que reforça o reexame judicial. Em 1991, a província de Alberta adotou uma lei de arbitragem baseada em "relatório preparado pelo Alberta Law Reform Institute e redigido em estreita cooperação com o Alberta Arbitration and Mediation Society".³⁰

f) Também digno de nota no Canadá é o aumento substancial (de \$1.000 para \$ 6.000) do limite de competência por valor dos juizados de pequenas causas, especialmente em Ontário.

Por impressionantes que possam ser os registros noutros países, é nos Estados Unidos que ADR se tornou o núcleo dos desenvolvimentos mais, sensacionais. O atual diretor da *American Bar Foundation*, Prof. Bryant Garth,³¹ agudamente observou que, diversamente de quanto ocorre em alguns países europeus, o acesso à justiça não é visto ali como um "direito social", mas antes como um "problema social", do qual uma solução consiste em retirar dos tribunais boa quantidade de litígios. ADR adquiriu tamanha importância nos Estados Unidos que passou a ser objeto de cursos

30. Informação extraída de *Commonwealth Law Bulletin*, 17, n. 4-1991, p. 1.141.
31. Observação feita por ocasião de Simposio em Uppsala, Suécia, abril/92.

nossas sociedades, é frequentemente condições *sine qua non* de sobrevivência. Quanto às sociedades modernas, isso pode explicar a tendência a instituir toda sorte de *ombudspersons* em universidades, fábricas, hospitais, até prisões, bem como *neighbourhood justice centers* em bairros urbanos e em áreas rurais.

Outra nação industrializada onde ADR acusa impressionante crescimento em anos recentes é o Canadá. Um *memorandum*²⁹ gentilmente apresentado pelo Prof. Garry Watson, de Toronto, expõe os seguintes desenvolvimentos:

a) As *Rules of Civil Procedure* e normas agora "comuns à maioria das províncias de "common law" encorajam as partes a *negociar* o resultado do processo. Se o autor ou o réu faz proposta de acordo, recusada pela outra parte, esta é "punida" se o resultado do processo não iguala ou supera o que lhe adviria da aceitação da proposta. A "punição" consiste no aumento das custas a serem pagas ao adversário. Em consequência, nota o Prof. Watson, "agora é muito comum que ambas as partes formulem propostas de acordo" e é "raro chegarem a causas a julgamento sem que nenhuma proposta haja sido feita".

b) Outro interessante expediente no Canadá é a "mediação judicial" no quadro de uma audiência preliminar (*pre-trial conference*): observa Watson que "audiências preliminares se estão agora tornando a regra em muitas, senão todas, províncias de *common law*... e nelas se põe ênfase quase exclusivamente nas tentativas feitas por um juiz (diverso do julgador) para intermediar um acordo".

c) Muito importantes no Canadá são também desenvolvimentos da mediação em causas de família, "que agora cada vez mais se destinam à mediação voluntária ou obrigatória, quer perante mediações judiciais pertencentes aos quadros do Tribunal, ou perante mediadores par-

29. Arquivado pelo Autor deste trabalho.

a privatização também emerge na "terceira onda": considere-se o fato de que, em muitos expedientes de ADR, *leitigos* assumem funções decisórias ou quase-decisórias, assim como o fato de que, com frequência, o critério de julgamento é antes a *equidade* que o direito estrito.

7. Não creio que deva tentar estender-me ainda mais acerca do desenvolvimento e do crescimento seccional dos métodos de ADR no mundo contemporâneo. Interpretei o propósito dos organizadores do convênio, ao confiar-me a desafiadora incumbência de fazer o relatório de abertura como propósito de enquadrar tal fenômeno na moldura mais larga do movimento de acesso à justiça. É adequado, portanto, que eu termine este relatório com algumas reflexões sobre o significado, digamos, *político-filosófico* do movimento de que constitui importante componente a busca e o incremento de métodos alternativos de solução de conflitos.

Por que acesso à justiça? Como devemos *valorar* esse movimento teórico e reformador? A valoração, devo acrescentar, sempre foi componente de toda análise comparativa; não, porém, valoração baseada em valores postulados *a priori*, mas valoração à luz da necessidade, do problema ou da exigência de que se originaram as instituições, processos e regras jurídicas em questão. Ora, as instituições, e processos ligados à "terceira onda" no movimento de acesso à justiça serão avaliados dentro do objetivo e da filosofia geral do próprio movimento de acesso à justiça.

my of Experts", o "Chartered Institute of Arbitrators", "IDR Europe Limited" (so-ciedade privada que se incumbiu de medição e treinamento), o "Royal Institute of Chartered Surveyors", a "Society for Construction Arbitrators", e também a Family Mediators Association" (FMA), o "Forum for Initiatives in Reparation and Mediation" (FIRM), etc. Particularmente interessante é o fato de que, embora criado há bem pouco tempo (novembro 1990), sobre o modelo do "California Center for Public Resources", o CEDR oferece *miniurials* denominadas "Executive Tribunals", "porque o conselheiro neutro e as partes constituem um tribunal informal para ouvir os arrazoados dos advogados";⁴⁴ ademais, o CEDR tem patrocinado certo número de pesquisas, por exemplo, sobre "confidentiality", que têm o privilégio de receber, graças à gentileza de minha ex-colega Monica Seccombe, Duvido de que a esta altura faça muito sentido uma conclusão. Aspecto, porém, que decerto merece ênfase é o da "privatização", como um dos elementos da evolução jurídica moderna — tópico recentemente analisado com agudeza por Per Henrik Lindblom,⁴⁵ diretor da Faculdade de Direito da Universidade de Uppsala. A privatização é evidentiíssima na "segunda onda" do movimento de acesso à justiça, em que indivíduos e associações privadas têm adquirido legitimidade para demandar a proteção de interesses de grupos coletivos (chamados difusos). Mas

44. V. o Relatório Brown, supra (nota 41), p. 17. Também o "Chartered Institute of Arbitrators" oferece possibilidade semelhante; denomina-se "Supervised Settlement Procedure". Outras são oferecidas pela American Arbitration Association, pela Australian Commercial Dispute Center e pela Câmara de Comércio de Zurique. *Ibidem*.

45. P. H. Lindblom, "Allmän domstol som alternativt tvistlösningssystem", in *Festskrift till Per Olof Bolding*, Stockholm, Juristförlaget, 1992, pp. 261-288.

conflitos. Penso que o melhor modo de mencionar tais desenvolvimentos — bem conhecidos, suponho, do auditorio — é reportar-me a relatório recente e muito informativo, de julho de 1991, preparado por Henry Brown para o *Courts and Legal Services Committee da Law Society*: "Além de algumas breves referências a outros países, o relatório concentra-se em desenvolvimentos na Inglaterra e no País de Gales, e abrange "métodos decisórios alternativos" (arbitragem e decisão por peritos), "métodos não decisórios e híbridos" (inclusive medição, *miniurials*, arbitragem anexa ao tribunal, apuração de fatos por perito neutro e *med-arb* — amálgama de medição e arbitragem), mais outras "formas híbridas" (como a "moderated settlement conference"). O relatório conclui ainda valiosas discussões das "implicações éticas" da ADR.⁴² O Relatório Brown no Esquema 2 do relatório, se ocupam de métodos de ADR: o "Center for Dispute Resolution" (CEDR), a "British Academic

41. Relatório sobre *Alternative Dispute Resolution* preparado por Henry Brown para *Courts and Legal Services Committee*, julho de 1991.

42. Ao propósito, valeria talvez a pena observar que a *Family Mediation Association* já tem um *Code of Practice* redigido em colaboração com a *Law Society*, e que o *Chartered Institute of Arbitrators* tem seus "Guidelines of Good Practice for Arbitrators". O sigilo, naturalmente, é elemento importante da "ética" de mediadores e outros "neutros". V. o Relatório Brown, supra (nota 41), p. 31; em anexo ao relatório, no Esquema 4, há um *Specimen de Code of Practice* para mediadores.

43. V. o relatório, pp. 29-30.

dos interessados é uma idéia interessante que merece ser posta em prática".³⁸

Outra instituição francesa é a do *mediateur*, que, com base num projeto de lei de maio de 1990, devia ser adotado por todos os tribunais, na esteira da prática, já observada por certo número de juizes, de remeter as partes a um *mediateur* (considerado como "auxiliar do juiz"), e/ou assumir eles mesmos a função mediadora. Tal prática não se restringe à França: pode ser encontrada, por exemplo, na Alemanha e na Itália, onde se espera que os juizes, no começo do processo, tentem promover um *Verleich*, isto é, um acordo entre as partes. A proposta francesa foi largamente criticada por muitos juizes como forma de excessiva "privatização" da função jurisdicional; e, na verdade, o projeto não se converteu (ou ainda não se converteu) em lei. Contudo, ainda uma vez o Prof. Perrot opina favoravelmente à instituição e diz-se convencido de que se poderiam facilmente prevenir os riscos inerentes à inovação, por meio de salvaguardas técnicas de implementação sin-gela: por exemplo, proibindo-se o *mediateur*, na hipótese de malogro da mediação, de informar o juiz da prova colhida. Com disposições tão simples, a prática de recorrer aos serviços de um *mediateur*, ao ver do Prof. Perrot, tem possibilidade de mostrar-se extremamente útil.³⁹ Outra opinião autorizada é expressa pelo Prof. Vincent e outros, os quais registram que já se usa o *mediateur*, com bons resultados, em certos casos criminais, v.g. processos que envolvem menores.⁴⁰

Este país também apresenta desenvoltos métodos alternativos de solução de

38. R. Perrot, ob. e loc. cit.s, supra (nota 37).

39. R. Perrot, ob. cit. supra (nota 37), pp. 491-2.

40. Jean Vincent (et al), *La Justice et ses Institutions*, 3.ª ed., Paris, Dalloz, 1991, p. 505.

moderna da hermenêutica a interpretação para a responsabilidade sempre deixa algum espaço para opções, e portanto para a responsabilidade; verdadeiramente, para aquilo a que Karl Popper chamou "a cruz de ser humano" — uma cruz sem dúvida, e às vezes muito pesada, mas aquela precisa cruz que também tem a beleza da liberdade responsável. 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 conceitos abstratas e dogmáticas da Alemanha, foi travada contra aquelas e à escola da *Interessensjurisprudenz* na "libre recherche scientifique" na França, canos e escândinavos aos programas de direitos e os remédios legais refletem as necessidades, problemas e aspirações atuais da sociedade civil; entre essas necessidades estão seguramente as de desenvolver alternativas aos métodos e conceitos abstratas e dogmáticas da Alemanha, foi travada contra aquelas e à escola da *Interessensjurisprudenz* na

que tais alternativas possam ajudar a tornar a justiça equitativa e mais acessível. Nossa conclusão é a de que o próprio tema a ser discutido neste Simpósio é de capital importância para os ideais sociais e políticos de nosso tempo.

Permitam-me juntar uma palavra acerca de nossa responsabilidade como juristas, quer na Academia, quer na prática. A mais importante batalha intelectual por muitos juristas ao longo do nosso Século, dos realistas norte-americanos e escandinavos aos programas de direitos e os remédios legais refletem as necessidades, problemas e aspirações atuais da sociedade civil; entre essas necessidades estão seguramente as de desenvolver alternativas aos métodos e conceitos abstratas e dogmáticas da Alemanha, foi travada contra aquelas e à escola da *Interessensjurisprudenz* na "libre recherche scientifique" na França, canos e escandinavos aos programas de direitos e os remédios legais refletem as necessidades, problemas e aspirações atuais da sociedade civil; entre essas necessidades estão seguramente as de desenvolver alternativas aos métodos e conceitos abstratas e dogmáticas da Alemanha, foi travada contra aquelas e à escola da *Interessensjurisprudenz* na

jurídica, aliás, em geral com a teoria moderno do Direito e da interpretação que está em conflito com um enfoque mecânica aplicação da lei. Essa concepção de responsabilidade à mera verificação e papel do jurista, que reduzem nossa responsabilidade abstratas e dogmáticas do acesso a remédios eficazes; enfim, uma filosofia que aceita remédios e procedimentos alternativos, na medida em

Contudo, surgiu igualmente outra resposta à crítica da "revolução liberal". Ela não consiste no repúdio das "liberdades tradicionais", mas antes na *complementação* destas pelos novos "direitos sociais", que visam precisamente a fazer acessíveis a todos aquelas liberdades, assim tornando a pobreza relevante, para o direito. A filosofia do acesso à justiça reflete exatamente essa responsabilidade de adicionar uma dimensão "social" ao Estado de Direito, de passar do *Rechtstaat* ao *sozialer Rechtstaat*, consoante proclamam as mais avançadas Constituições europeias, inclusive a francesa,⁴⁷ a alemã⁴⁸ e, mais recentemente, a espanhola;⁴⁹ na verdade, consoante proclamam também declarações de direitos transnacionais, como a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, interpretada pela Corte Europeia de Estrasburgo.⁵⁰ Assim, o movimento de acesso à justiça e sua terceira onda, que enfatiza a importância dos métodos alternativos de solução de litígios, reflete o núcleo mesmo dessa filosofia política; a filosofia para a qual também os pobres fazem jus a representação e informação, também os grupos, classes, categorias não organizados devem ter acesso a remédios eficazes; enfim, e só os "direitos sociais" deveriam ser promovidos, com a consequência de concentrar todo o poder, inclusive o poder econômico, nas mãos das forças políticas e até de um partido político — o que inevitavelmente causou falência econômica: num sistema econômico em que os políticos agiam como empresários sem controle e sem *complicação*, negligenciou-se o motor fundamental do progresso econômico e também político.

47. V. o preâmbulo à Constituição de 1946, incorporado à de 1958.

48. V. os arts. 3 e 20 da Constituição Alemã.

49. V. o art. 1 da Constituição Espanhola de 1978.

50. No campo da Assistência Judiciária, por exemplo, embora a Convenção estabelecesse expressamente que ela tem de ser proporcionada em causas criminais (art. 5), a Corte interpretou o requisito geral do "fair hearing" como abrangente da garantia da Assistência Judiciária também nos processos civis. V., e.g., "Airey vs Ireland", decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos, de 9.10.79, in *Publications of the European Court of Human Rights*, Série A, vol. XXXII.

ção liberal-burgues foi o ideal do Estado de Direito (*Rechtstaat*), onde a lei tem caráter geral e o princípio básico é o de que todos são iguais perante a lei. No entanto, como já se mencionou, a principal crítica feita a esse ideal liberal durante os Séculos XIX e XX foi a de que a "igualdade" assim atingida era mais frequentemente uma fachada que uma realidade; era uma derrisão em face daqueles a quem se poderia aplicar a frase cástica segundo a qual eram todos "lives de dormir debaixo das pontes". Foi justamente a mais alta Corte deste país que, nos anos 30, declarou que "a pobreza é uma desgraça pela qual o direito nenhuma responsabilidade pode assumir".⁴⁶ A resposta a essa crítica tem sido, às vezes, a total renegação do ideal do Estado de Direito e das "liberdades" (pejorativamente denominadas de "tradicionais") do *Rechtstaat*. Semelhante renegação acarretou resultados trágicos, nomeadamente os regimes totalitários de muitos países, inclusive a Alemanha, a Itália e a Espanha. Também acarretou aqueles outros desastres, infelizmente ainda dolorosos, os regimes do chamado socialismo real, na Europa do leste e alhures, baseados na idéia de que as liberdades individuais eram desvaliosas e só os "direitos sociais" deveriam ser promovidos, com a consequência de concentrar todo o poder, inclusive o poder econômico, nas mãos das forças políticas e até de um partido político — o que inevitavelmente causou falência econômica: num sistema econômico em que os políticos agiam como empresários sem controle e sem *complicação*, negligenciou-se o motor fundamental do progresso econômico e também político.

46. V. a referência em M. Storme, *Rechtstaat in opspraak*, Kluwer, Antuérpia, 1980, p. 138. Também se pode recordar a romia cástica de Anatole France, para quem "a justiça se faz para dar a cada um o que é seu: ao rico sua riqueza, ao pobre sua pobreza".