

REVISTA DE PROCESSO

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).

BIBLIOTECA

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

MAURO CAPPELLETTI

1. Começarei com algumas palavras sobre o tópico deste Simpósio. Seu título oficial é "Processo civil e métodos alternativos de solução de conflitos". A expressão *Alternative Dispute Resolution* (ADR) costuma-se atribuir acepção estritamente técnica, relativa sobretudo aos expedientes *extrajudiciais* ou *não 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 *não* — 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., métodos de *discovery* como os que se desenvolveram, em particular, nos Estados Unidos).

Adotarei, ao menos em parte, essa perspectiva mais ampla e tentarei analisar o tópico no quadro do movimento universal de acesso à Justiça — na verdade, como relevante aspecto de tal movimento.

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

Como novo enfoque da ciência jurídica, isto é, como um "movimento teórico", ele criou poderosa visão nova, repudiando o enfoque formalístico prevalente por muito tempo em grande parte do mundo ocidental, especialmente na Europa. Esse enfoque formalístico tendia a identificar o direito com o "sistema de normas" produzidas pelo Estado. Era, a meu ver, uma supersimplificação da realidade; o direito e o sistema jurídico eram olhados exclusivamente em seu aspecto normativo, enquanto se negligenciavam seus componentes reais — sujeitos, instituições, processos e, mais genericamente, seu contexto social. O realismo jurídico foi uma primeira reação forte contra semelhante enfoque. Conforme bem se sabe, o realismo jurídico conduziu àquilo que se denominou "cepticismo normativo", com a consciência de que as próprias normas, quer derivadas de textos 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

*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.

diversos significados, até no dicionário".¹

Esse cepticismo normativo foi levado a extremos principalmente por alguns representantes da contemporânea e importante escola de pensamento chamada "Critical Legal Studies"; eles atribuíram total ambigüidade, indeterminação, às regras jurídicas — tanto legislativas como judiciais. Esse novo enfoque inspira-se com freqüência 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 freqüência 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, necessidade ou exigência social que induz à criação de um instituto jurídico; a segunda dimensão reflete a resposta ou solução jurídica, por sinal uma resposta que,

além das normas, inclui as instituições e processos destinados a tratar daquela necessidade, problema ou exigência social; enfim, uma terceira dimensão encara os resultados, ou o impacto, dessa resposta jurídica sobre a necessidade, problema ou exigência social. O papel da ciência jurídica, aliás o papel dos operadores do direito em geral, torna-se assim mais complexo, porém, igualmente muito mais fascinante e realístico. Para exemplificar, ele não se cinge a descrever as normas, formas e procedimentos aplicáveis aos atos de instauração de um processo judicial ou de interposição de um recurso; deve também levar em consideração os custos a suportar, o tempo necessário, as dificuldades (inclusive às psicológicas) a superar, os benefícios a obter etc.

3. Passo agora ao movimento de acesso à Justiça como movimento de reforma.

O enfoque tridimensional exige, primeiro, que nos tornemos conscientes das necessidades, problemas e expectativas sociais básicas, aos quais um instituto jurídico visa a dar resposta. Já que nos estamos ocupando aqui do processo civil, a questão é: quais as necessidades, problemas, aspirações sociais básicas com relação a ele?

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 tradicionais são uma promessa fútil, na verdade um engodo para aqueles que, por motivos econômicos, sociais e culturais, *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 inacessíveis 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. Iorque, Peter Smith, p. 203.

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 a assistência e orientação jurídica, e pôs neles 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 alternativa, o “seguro das despesas judiciais”, cujo crescimento vem sendo *documentado* há alguns anos por um periódico bilíngüe: “L’azzurance-défense en Europe — Rechtschutz in Europa”.⁴ É uma alternativa que também vem ganhando repercussão neste país.⁵

O segundo obstáculo (a “segunda onda” no movimento de acesso à Justiça), com o qual este Simpósio está profundamente envolvido, é aquele a que costumo chamar o *obstáculo organizacional*. Voltarei a ele num momento.

O *terceiro obstáculo*, mais diretamente relacionado com os *métodos alternativos de solução de conflitos*, em sentido téc-

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

3. V., e.g., M. Cappelletti, J. Gordley & E. Jonhson Jr., “Toward Equal Justice; A Comparative Study of Legal Aid, in *Modern Societies*, Milão & Dobbs Ferry, N. Iorque, 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 Geschäftsfall der Gerichte*, Tübingen, Mohr, 1981.

5. V. o Relatório Brown (infra, nota 41), pp. 36-7.

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 interindividuais para outro em que a produção, 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 direitos coletivos ou difusos, 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 massa 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

de “pobreza”, digamos *pobreza organizacional*, que, se não superada, torna de todo ineficiente a proteção judicial.

As reformas inspiradas no enfoque do acesso à Justiça conceberam 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 idéia do *Attorney General* como *pater patriae* e, nessa qualidade, representante de interesses “públicos”. E bem conhecido, porém, o defeito de tal solução, porque, segundo confirma a decisão da Câmara dos Lores em “Gouriet vs. Post Office Workers”,⁶ o *Attorney General* mantém total discricionariedade quanto a autorizar o *Relator* a agir, e a autorização pode ser discricionariamente 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 discriminação sexual nas relações de trabalho. Aí, 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. Outrossim, conforme bem ilustrado em algumas ocasiões, e certamente sob a presidência Reagan, pela *Environmental Protection Agency* nos Estados Unidos, pode haver um declínio do zelo e do ativismo do *órgão*: e este corre o risco de

6. O caso é referido na WLR 3/300 (1973); v. o comentário de I. H. Jacob., *Access to Justice*, vol. 1.º, t. I, Milão & Alphen aan den Rijn, pp. 417 e ss. e 473.

vir a ser “capturado” pelos próprios interesses que se esperava que controlasse. Ademais, devemos ter presente que os interesses 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 da *class action* atribuir-se a um ou a poucos membros da classe — a qual pode abranger milhares, ou até milhões de pessoas — legitimidade para “representar” a classe inteira, desde que o tribunal o(s) reconheça como adequado(s) “representante(s)” de toda ela. Tudo isso é tão bem conhecido que alguém poderá conjecturar porque me pareceu digno de menção aqui. A razão é o propósito de realçar as características bastante radicais da solução da *class action*, as mesmas características que tornam tão difícil sua introdução noutros países, malgrado os notáveis esforços de estudiosos como Per Henrik Lindblom na Suécia.⁸ O ex-

7. O texto da Lei Brasileira pode ser lido no *Diário Oficial da República Federativa do Brasil* de 12.9.90, suplemento ao n. 176. Para alguns comentários, v. Ada Pellegrini Grinover, “O novo processo do consumidor”, in *RePro* 62/141 e ss. (1991); v. também M. Cappelletti, “O acesso dos consumidores à Justiça”, in *RePro* 62/205 e ss.

8. V. o notável livro *Grupptalan det Anglo Amerikanska class action institutet ur Svenskt*

pediente da *class action* reconhecidamente rompe com alguns dos tradicionais, milenares princípios do processo civil: aqueles princípios que, de modo significativo, são denominados “regras de Justiça natural”. Primeiro, o princípio tradicional é o de que a legitimação para agir só compete à pessoa ou às pessoas que são, ou afirmam ser, o (s) “titular(es)” do direito vindicado em Juízo; no caso da *class action*, ao contrário, confere-se legitimação ao “titular” de mero *fragmento* do direito. Em segundo lugar, as regras de Justiça natural impõem que sejam “ouvidas” todas as pessoas para as quais a decisão, favorável ou desfavorável, produzirá coisa julgada, o que implica, entre outras coisas, a cientificação de todas. No entanto, isso é simplesmente impraticável nas *class actions*; considere-se, por exemplo, o famoso caso “Elsen vs Carlisle & Jacquelin” no qual a cientificação, ainda que limitada às partes “ausentes” com endereço relativamente fácil de achar, teria custado US\$ 225.000 só de porte postal: uma despesa impossível de suportar para qualquer ator. Assim, até a idéia tradicional de coisa julgada, que, como diziam os antigos, *tertiis neque prodest neque nocet*, teve de ser amoldada às exigências desses “novos direitos”. Claro que os tradicionalistas tem erguido a voz contra semelhantes inovações, invocando valores ligados ao “*due process*”; concordo certamente, porém, com meu colega de Stanford Kenneth Scott, em que “é um

Perspektiv, Stockholm, Norstedts, 1989, especialmente cap. 15, onde se discutem 15 “mitos”, isto é, as razões usualmente invocadas contra a adoção da *class action* na Suécia e, de modo mais geral, nos países de *civil law*. Fizeram-se esforços pra introduzir *class actions* em outros países, por exemplo no Japão, sob a liderança do Prof. Takeshi Kojima e outros; na Suécia, Lindblom preside atualmente uma comissão governamental que estuda a possibilidade de introduzir a *class action* naquele país.

9. 417 US (1974).

marco na sofística judicial o uso de conceitos relacionados com o *due process*, em nome da proteção dos interesses dos membros da classe, para rejeitar o único procedimento capaz de protegê-los”.¹⁰ Não menos importante é outra regra básica de tradição milenar, que também teve de ser abandonada pelo expediente da *class action*, segundo o conceito tradicional de indenização, apenas se podem ressarcir os danos *sofridos* pelo autor: aqui, todavia, mais uma vez, a única maneira de tornar efetiva a vindicação de direitos difusos é levar em conta o dano total *causado* pelo transgressor e descobrir meios imaginativos de distribuir a indenização entre todos os membros da classe, inclusive os não “presentes” no processo.

Outra solução, que predomina nos países da Europa continental, é a *action collective* (na França e na Bélgica), ou *Verbandsklage* (na Alemanha e na Austria).¹¹ Af, confere-se legitimação para agir a associações (em geral, privadas, tais como associações de consumidores ou criadas para proteger o meio ambiente, mas também uma série de outras, por exemplo ligas para a proteção dos interesses da família, contra abusos raciais, contra o alcoolismo, pela promoção dos direitos das mulheres, das crianças, dos veteranos, dos deficientes etc.). São claras as vantagens dessa solução sobre a do litigante isolado: de uma parte, as associações são “especializadas” na área que representam, mas, ao contrário dos “ór-

10. K. Scott, “Two models of the Civil Process”, in *Stanford Legal Essays* (ed. J. H. Merlyman), Stanford, California, 1975, p. 413 e ss.

11. V., e.g., N. A. Schoibl, “Die Verbandsklage als Instrument zur Wahrung ‘öffentlicher’ oder ‘überindividueller’ Interessen im österreichischen Zivilverfahrensrecht”, in *Zeitschrift für Rechtsvergleichung: Internationales Privatrecht und Europarecht* (Austria), vol. 31/3-34, 1990.

gãos governamentais especializados”, melhor se prestam a preservar o “zele” dos particulares envolvidos, enquanto, ao mesmo tempo, representam o interesse *inteiro*, e não um mero fragmento dele. Podem também multiplicar os recursos de indivíduos isolados. A *desvantagem* de tal solução, em confronto com a da *class action*, é que, de costume, só associações devidamente “registradas” (*certificadas*) — e, com bastante frequência, só associações existentes há um ou mais anos — se legitimam a propor ações como “representantes” do inteiro grupo ou categoria. Ademais, usualmente é necessária uma lei para definir os requisitos desse poder de “representação”; competirá depois aos tribunais, sem dúvida, verificar a existência de tais requisitos no caso concreto. Significa isso, é óbvio, que há certo grau de *rigidez* nessa solução, diversamente do que ocorre na da *class action*, onde qualquer membro da classe pode, em certo sentido, designar-se a si próprio como campeão de toda a classe (sujeitando-se à verificação, pelo Tribunal, de ser um “adequado” campeão).

Outra solução, muito raramente adotada, é a da *ação popular*. Diferentemente do que se dá na *class action*, onde somente se pode conferir legitimação a um membro da classe, aqui *qualquer pessoa* (*quisquis de populo*) se legitima. Darei dois exemplos: um é, nos Estados Unidos, o do *Clean Air Act*, que — tanto na versão original (1977) quanto na nova (1990) — reconhece legitimidade a quem quer que seja (assim como ao *Administrator of the Act*) para denunciar em Juízo qualquer violação da lei; disposição semelhante consta do *clean Water Act*.¹² Outro exemplo, que considero na verdade muito interessante, é fornecido pelo Estado da

12. V. J. Onarles & W. H. Levis Jr., *The New Clean Air Act and the Clesn Air Program as Amended in 1990*, Morgan, Lewis and Bockius, 1990, p. 54.

Baviera, que instituiu uma *Popularklage* para o caso de violação dos direitos fundamentais consagrados na Constituição do Estado; aqui a idéia é a de que uma violação dos *Grundrechte* por órgãos do Estado configura, de modo indireto, violação dos direitos e expectativas básicas de todos os cidadãos, de sorte que todos se legitimam a vindicar tais direitos contra os referidos órgãos.

Alguns estudiosos enxergaram na ação popular a solução mais perfeita para o problema da vindicação de “direitos difusos”.¹³ Sempre fui e continua a ser um pouco céptico acerca dessa solução, exceto talvez quando se trata dos mais básicos direitos. Ela implica riscos de abuso, possivelmente não compensados pelas vantagens. Para falar com franqueza, minha impressão é a de que um exército de intrometidos é menos eficiente que um número limitado de pessoas ou associações adequadamente representativas, motivadas por interesse pessoal ou organizacional. Deve considerar-se também o efeito de decisões judiciais como guias de conduta: o perigo, nas ações populares, é o de chegar-se a decisões que, por causa da inadequação do autor popular, sejam despistadoras e possam acarretar mais dano que proveito ao interesse em jogo.

5. Até agora, falei do obstáculo ao acesso à Justiça que denominei de “pobreza organizacional”.

Há, porém, outro obstáculo, a que propus chamar *processual*. Por “obstáculo processual” entendo o fato de que, em certas áreas ou espécies de litígios, a solução normal — o tradicional processo litigioso em Juízo — pode não ser o melhor caminho para ensejar a vindicação efetiva de direitos. Aqui, a busca há de visar reais

13. V., e.g., H. Kötz, “Public Interest Litigation: a Comparative Survey”, in M. Cappelletti (ed.), *Access to Justice and the Welfare State*, Alphen aan den Rijn, Bruxelas, Stuttgart, Florença, Sijthoff, Bruylant, Klett Cotta, Le Monnier, 1981, p. 85 e ss. (110).

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

Essa idéia 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 acentuar 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 preço do acesso à Justiça, o qual é o preço da própria democracia: um preço 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 “conflitos complexos sobre políticas públicas”, “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 Florentino 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/78. O relatório baseou-se, em parte, nas primeiras apurações do Projeto Florentino de Acesso à Justiça, cujos três primeiros volumes foram publicados em 1978-9; o Projeto Florentino foi patrocinado e em parte financiado pela Fundação Ford.

tomos) a tal pesquisa. Os exemplos são inumeráveis e de variadíssimas 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 costume chamar “Justiça coexistencial” — pode ser preferível e mais apto para assegurar o acesso à Justiça. Deveríamos ser suficientemente humildes para 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 do que a uma idéia rigidamente 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 substancial, de decidir causas com base mais na equidade que no direito estrito. Sem dúvida, trata-se de inovação modesta, se se considera que, neste país, o grosso da administração da Justiça é confiado a mais de 25.000 juízes leigos,¹⁶ competentes para julgar, 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.

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 contradições, como enfatizou o Prof. Abel, há dez anos, em artigo bem conhecido e freqüentemente citado.¹⁸ Entre as questões árduas a encarar 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

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 ruraux*.¹⁹ Em ambas essas instituições francesas, sobressaem procedimentos conciliatórios.²⁰ 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 treino 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 *Mahnverfahren* na Alemanha e *procedimento monitorio* na Itália. É uma antiga²¹ 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

17. V. M. Cappelletti e B. Garth, “Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective. A General Report”, in *Access to Justice*, vol. 1., 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. 1., 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 filosofia central, tal como exposta pelo editor) foi uma denúncia enérgica e descomprometida da espécie de evolução 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 *Bagatellsachen*), podemos descobrir que isso é irrealístico, e na verdade pouco razoável.

19. V. H. Solus & R. Perrot, *Droit Judiciaire Privé*, t. III, Paris, Sirey, 1991, p. 478 e ss. e 518 e ss.

20. V. id., ob. e loc. ult. citis.

21. V. P. Calamandrei, *Opere Giuridiche*, vol. 9., Nápoles, Morano, 1983, p. 1 e ss. (reedição de volume publicado primeiramente em 1826).

pedidos ficam incontestados. Em casos assim, a ordem do tribunal baseia-se em verificação sumária do direito do credor, sem audiência do devedor. De fato, esse procedimento tem extraordinária importância: estatísticas alemãs de alguns anos atrás indicavam que o número de *Mahnverfahren* não contestados era quatro vezes superior ao número total de processos civis de rito ordinário. Se bem que possa haver sérios problemas de equidade processual com essa e outras espécies de alternativas, o movimento de acesso à Justiça encontrou razões decisivas para mover-se na direção da "terceira onda". Permitam-me que mencione algumas dessas razões.

Primeiro, há situações em que a justiça conciliatória (ou coexistencial) é capaz de produzir resultados que, longe de serem de "segunda classe" são melhores, até qualitativamente, do que os resultados do processo contencioso. A melhor ilustração é ministrada pelos casos em que o conflito não passa de um episódio em relação complexa e permanente; aí, a justiça conciliatória, ou — conforme se lhe poderia chamar — a "justiça reparadora" tem a possibilidade de preservar a relação, tratando o episódio litigioso antes como perturbação temporária do que como ruptura definitiva daquela; isso, além do fato de que tal procedimento costuma ser mais acessível, mais rápido e informal, menos dispendioso, e os próprios julgadores podem ter melhor conhecimento do ambiente em que o episódio surgiu e mostrar-se mais capazes e mais desejosos de compreender o drama das partes. Isso poderia explicar o extraordinário êxito da arbitragem em matéria comercial.²² Na verdade, a arbitragem comercial tem

22. E isso não só nos países economicamente mais desenvolvidos, mas em todo o globo. V., e.g., Jorge Fábrega, "Arbitraje en el área iberoamericana", in *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 1991, p. 33 e ss.

história gloriosa. Mercadores de cidades comerciais como Florença, Veneza, Barcelona, dirigindo-se a mercados e feiras internacionais (recorde-se que em séculos passados a Europa era um Mercado Comum tanto ou talvez mais do que é agora), não podiam, nem certamente queriam, esperar, digamos, em Londres pela solução, lá, de um processo comum; por isso, confiavam a decisão do caso a seus pares, os quais podiam decidir depressa, informalmente e como especialistas. Cabe observar que a arbitragem e o julgamento por mercadores foi a fonte de notáveis desenvolvimentos até do direito material: o *jus mercatorum* (que, diversamente do resto do *jus civile*, seria "recebido" mesmo na Inglaterra, sob Lord Mansfield), foi em grande medida o produto de tal forma de julgamento.

É interessante que o Japão haja em tempos recentes desenvolvido ainda mais sua tradição "conciliatória", mostrando assim que até uma sociedade altamente industrializada pode muito bem adaptar-se à "justiça coexistencial". Informações que me acaba de dar o Prof. Kojima indicam que se têm introduzido novos tipos de métodos alternativos de solução de litígios, quer no âmbito judicial, quer no de órgãos administrativos: assim, cada Tribunal institui sua junta conciliadora; e mostram as estatísticas que desse modo se resolve número substancial de conflitos.²³ O Prof. Kojima também prevê ulterior expansão em áreas como "poluição pública", "litígios de trabalho", "conflitos relativos a construção", "litígios de consumo", "acidentes de trânsito" etc. Recente visita que fiz à China forneceu outras provas, em mais um país asiático, da tendência crescente para a justiça

23. Consoante informa o Prof. Kojima (em carta arquivada pelo Autor deste trabalho), "em 1988, por exemplo, as causas litigiosamente processadas montaram a 292.987, enquanto as resolvidas por meio de conciliações foram 56.965, mais 83.292 em matéria de família".

conciliatória, inclusive, e especialmente, arbitragem em causas comerciais.²⁴

Uma área em que a justiça conciliatória há muito se estabeleceu mesmo em países ocidentais e se vem expandindo nos últimos anos é a dos conflitos em matéria de família. Esta nação é um exemplo; como aprendo em trabalho que gentilmente me apresentou o colega e amigo Kim Economides, "na última década emergiu nesta área (família) novo fenômeno, a saber, *conciliação e mediação*, com a "National Family Conciliation Council" (NFCC) a assumir *status* de instituição de caridade em 1982, uma "Solicitors Family Law Association" (SFLA) a contar quarenta serviços filiados independentes em meados dos anos 80, e uma "Family Mediation Association" a surgir mais recentemente para proporcionar serviços de mediação". Não se deve calar, contudo, que, ao menos no Canadá e nos Estados Unidos, a doutrina propende a considerar que em assuntos de família se atua com frequência de modo bem pouco equitativo para com as mulheres: daí ser fortemente contrária à mediação nessa matéria a atitude das feministas.²⁵ Igualmente, nos Estados Unidos, de acordo com a Prof.^a Carrie Menkel-Meadow, em resenha publicada em 1986, tem havido "crescentes críticas da mediação por parte das hostes feministas, onde se afirma que pessoas de poder desigual tendem a tratar-se reciprocamente mal em procedimentos informais".²⁶ Isso suscita questão básica acerca do emprego generalizado de ADR e procedimentos sim-

24. V. o artigo de Yyuan Zhou, "Arbitration Courts have hands full this year", in *China Daily*, 5.4.92. De acordo com esse Autor, a China instituiu "the second largest international trade arbitration agency in the world".

25. Informação ministrada pelo Prof. Gary Watson, de Toronto (documento arquivado pelo Autor deste trabalho).

26. C. Menkel-Meadow, resenha in *Judicature*, 69/302, (1986).

plificados: ou seja, que eles podem ser explorados pela parte mais forte sempre que não haja "paridade de armas" entre os litigantes. Assim, por exemplo, juizados de pequenas causas degeneraram nalguns casos em órgãos cobradores de dívidas contra pessoas pobres.²⁷ É um risco real, que não se limita aos referidos órgãos. Mas é um risco que pode ser prevenido por meio de remédios adequados e específicos, v.g. pela proibição de que negociantes se utilizem dos juizados de pequenas causas.²⁸

Outros campos em que a justiça conciliatória tem potencial para constituir uma escolha "melhor" abrangem: conflitos de vizinhança, e mais genericamente conflitos entre pessoas que vivem naquilo a que os sociólogos chamam "instituições totais", isto é, em instituições como escolas, escritórios, hospitais, bairros urbanos, aldeais, onde as pessoas são forçadas a viver em contacto diário com vizinhos, colegas, etc., entre os quais pode haver queixas de muitas espécies. Aí, é por demais difícil a *avoidance*, ou seja, a fuga da instituição, porque implicaria mudança de trabalho, de escola, de residência. Uma solução contenciosa de conflitos dentro de tais instituições poderia conduzir à respectiva exacerbação, ao passo que uma solução conciliatória ou coexistencial seria vantajosa para todos. Isso pode explicar a preferência tradicional por soluções conciliatórias em sociedades primitivas, onde a *avoidance* poderia significar a perda daquele tipo de família, tribo, solidariedade local que,

27. Uma coleção de estudos sobre juizados de pequenas causas em certo número de países, dos Estados Unidos à Europa e ao Japão, fornece ampla informação: v. C. J. Whelan (ed.), *Small Claims Courts — A Comparative Study*, Oxford, Clarendon Press, 1990.

28. Para uma ilustração, v. meu ensaio "The Future of Legal Education: A Comparative Perspective", in *South African Journal of Human Rights*, 1992, pp. 15-16.

nessas 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 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 mediadores judiciais pertencentes aos quadros do Tribunal, ou perante mediadores par-

29. Arquivado pelo Autor deste trabalho.

ticulares” (vimos, no entanto, que os arraias feministas não participam da satisfação 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, instituiu-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 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 julgados de pequenas causas, especialmente em Ontário.

Por impressionantes que possam ser os registrados 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 Simpósio em Uppsala, Suécia, abril/92.

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, *neighbourhood justice centers*, litígios “intra-institucionais”, litígios de consumo, relativos ao meio ambiente, intergovernamentais e até internacionais. Menciona-se uma série de possibilidades, inclusive “julgamento privado” (“rent-a-judge”).³³ Grande parte do livro é dedicada aos “obstáculos” e “problemas” concernentes à utilização dos métodos de ADR, e às maneiras de superar tais obstáculos e problemas. Expediente alternativo frequentemente usado nos Estados Unidos é o chamado “minijulgamento” (“minitrial”), em que as partes submetem o caso a um “conselheiro neutro”, ou até a um “júri de imitação” (“mock jury”): são os assim chamados “summary jury trials”.

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, prevêem-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.

obtem resultado melhor que o proporcionado pelo árbitro.³⁴ Também se deve observar que nos Estados Unidos “a *American Bar Association* e ao menos 120 associações estaduais e locais têm agora seções e comissões especiais de ADR”.³⁵

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 Maritimes”, “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. Incumbelhes 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 eminente autoridade francesa, o Prof. Roger Perrot:

“Essa instituição merece confiança, e qualquer “mefiance corporatiste” (especialmente 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 “psicologicamente remota”: em nossas áreas rurais a presença de um *conciliateur* perto

34. Informação contida no Relatório Brown, cit. infra (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.

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

Outra instituição francesa é a do *médiateur*, 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 juízes, de remeter as partes a um *médiateur* (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 Juízes, no começo do processo, tentem promover um *Vergleich*, isto é, um acordo entre as partes. A proposta francesa foi largamente criticada por muitos Juízes 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 singela: por exemplo, proibindo-se o *médiateur*, 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 *médiateur*, 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 *médiateur*, com bons resultados, em certos casos criminais, v.g. processos que envolvem menores.⁴⁰

Este país também apresenta desenvolvimentos muito interessantes no terreno dos métodos alternativos de solução de

38. R. Perrot, ob. e loc. cit., 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.

conflitos. Penso que o melhor modo de mencionar tais desenvolvimentos — bem conhecidos, suponho, do auditório — 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*.⁴¹ 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 mediação, *minitrials*, arbitragem anexa ao tribunal, apuração de fatos por perito neutro e *med-arb* — amálgama de mediação e arbitragem), mais outras "formas híbridas" (como a "moderated settlement conference"). O relatório contém ainda valiosa discussão das "implicações éticas" da ADR.⁴² O Relatório Brown conclui com um "plano de ação quinquenal" que prevê crescimento ulterior e abrangente. Também se menciona e se recomenda energicamente a perspectiva de ensino e treinamento em matéria de ADR.⁴³ É digno de nota que neste país uma série de organizações, relacionadas no Esquema 2 do relatório, se ocupam de métodos de ADR: o "Center for Dispute Resolution". (CEDR), a "British Acade-

41. Relatório sobre *Alternative Dispute Resolution* preparado por Henry Brown para *Courts and Legal Services Committee*, julho/91, *The Law Society, Legal Practice Directorate*, 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.

my of Experts", o "Chartered Institute of Arbitrators", "IDR Europe Limited" (sociedade privada que se incumba de mediação 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 (nov/1990), sobre o modelo do "California Centre for Public Resources", o CEDR oferece *minitrials* 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 teve o privilégio de receber, graças à gentileza de minha ex-colega Monica Seccombe.

6. 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, denominada "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 alternativ tvistlösningsorgan", in *Festskrift till Per Olof Bolding*, Stockholm, Juristförlaget, 1992, pp. 261-288.

a privatização também emerge na "terceira onda": considere-se o fato de que, em muitos expedientes de ADR, *leigos* 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 sensacional 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.

O ideal da igualdade perante a lei foi a grande e revolucionária inovação da revolução "burguesa" que tão profundamente modificou os sistemas de governo do Ocidente desde o fim do Século XVIII. Até aquela época, as sociedades civis dividiam-se em estratos sociais, e a cada um deles correspondia uma ordem jurídica diferente, e até tribunais diferentes. O que emergiria da revolu-

ção liberal-burguesa foi o ideal do Estado de Direito (*Rechtsstaat*), 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 freqüentemente uma fachada que uma realidade, era uma derrisão em face daqueles a quem se poderia aplicar a frase cáustica segundo a qual eram todos “livres 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 *Rechtsstaat*. 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 competição, negligenciou-se o motor fundamental do progresso econômico e também político.

46. V. a referência em M. Storme, *Rechtspraak in opspraak*, Kluwer, Antuérpia, 1980, p. 138. Também se pode recordar a ironia cáustica 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”.

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, sim, para o direito. A filosofia do acesso à Justiça reflete exatamente essa resposta, isto é, a tentativa de adicionar uma dimensão “social” ao Estado de Direito, de passar do *Rechtsstaat* ao *sozialer Rechtsstaat*, 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, uma filosofia que aceita remédios e procedimentos alternativos, na medida em

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.

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 ajuntar 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 “libre recherche scientifique” na França, e à escola da *Interessenjurisprudenz* na Alemanha, foi travada contra aquelas concepções abstratas e dogmáticas do papel do Jurista, que reduziam nossa responsabilidade à mera verificação e mecânica aplicação da lei. Essa concepção está em conflito com um enfoque moderno do Direito e da interpretação jurídica, aliás, em geral com a teoria

moderna da hermenêutica: a interpretação 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 remédios, tradicionais, sempre que sejam demasiado caros, lentos e inacessíveis ao povo; daí o dever de encontrar alternativas capazes de melhor atender às urgentes demandas de um tempo de transformações sociais em ritmo de velocidade sem precedente.