

MECANISMOS ALTERNATIVOS DO DIREITO: UM CAMINHO PARA O ACESSO À JUSTIÇA

Gil Cesar Costa de Paula¹

Akira Ninomia Júnior²

Sumário: Introdução. 1. Sociologia da burocracia. 2. Modelo Weberiano de burocracia. 3. Mecanismos Alternativos do Direito e Direito Alternativo. 4. A insuficiência do Direito Positivado Tecnista. 5. Mecanismos Alternativos no Ordenamento Jurídico Brasileiro e em Contexto Global. 6. O acesso à Justiça como foco. 7. Exemplos de resultados positivos da aplicação de Mecanismos Alternativos. 8. Os Alternatives Disputes Resolutions – ADR. 9. Sistema chinês de resolução de conflitos. 10. O mau uso dos Mecanismos Alternativos. 11. Conclusão. 12. Bibliografia

Introdução

A análise e a proposta de alternativas que possam agilizar a prestação jurisdicional no Brasil é o foco do presente trabalho, decorrente da pesquisa: Mecanismos Alternativos do Direito – desenvolvida com o apoio institucional da Pró-Reitoria de Pesquisa e Pós-Graduação PROPE, da Universidade Católica de Goiás – UCG, na qual partimos do pressuposto de que é negável a insuficiência do sistema judiciário brasileiro na efetivação da garantia constitucional da tutela jurisdicional. Diante desta realidade, nosso ordenamento jurídico está seguindo uma tendência mundial de rever suas estruturas, buscando em mecanismos alternativos saídas para problemas de altos custos processuais, de morosidade na resolução de litígios e de acesso à justiça. Discorreremos, inicialmente, sobre a burocracia para então avaliarmos a atual situação do judiciário, organização de natureza burocrática, e como se encaixam os mecanismos alternativos dentro deste contexto.

Nunca é demais enfatizar a importância da pesquisa para a Ciência do Direito, como afirma o professor Adeodato:

O ensino jurídico vem atravessando mais uma grande modificação estrutural, talvez a maior na história do ensino superior no Brasil, o que vem provocando debates mais salubres. Embora se venha escrevendo copiosamente sobre metodologia de pesquisa no Brasil, o direito tem sido sistematicamente esquecido. A pesquisa jurídica é das mais atrasadas do país e os investimentos governamentais na área são irrisórios, nada egressos do segundo grau no país. Este fenômeno deve-se a diversos fatores, tais como a profissionalização (e mesmo proletarização) da profissão, mercantilismo nos cursos jurídicos privados, omissão do estado e da sociedade, sem falar nas duradouras consequências do esvaziamento qualitativo do corpo docente jurídico levado a efeito pelo governo militar que se estendeu desde 1964. Apesar de sua importância, não cabe aqui considerar essas causas.

Além da ignorância sobre como pesquisar e como apresentar os resultados

1. Professor Gil César Costa de Paula, Sociólogo, Mestre e Bacharel em Direito, Doutorando em Educação pela Universidade Federal de Goiás, Analista Judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região.

2. Akira Ninomia Júnior, Acadêmico de Direito na Universidade Católica de Goiás, Agente Administrativo no Conselho de Engenharia, Arquitetura e Agronomia do Estado de Goiás, CREA-GO.

de suas pesquisas, os juristas estão em geral tão envolvidos com problemas práticos do dia-a-dia que não têm tempo para estudos mais aprofundados. A pesquisa toma tempo, exige grande dedicação e as recompensas imediatas são parcas, ainda que seu resultado, o saber, seja extremamente útil no tratamento de problemas práticos do dia-a-dia. E a comunidade jurídica nacional vem percebendo isto. Não só a pós-graduação *stricto sensu* (mestrado e doutorado) e *lato sensu* (especialização) em direito crescem visivelmente em quantidade e qualidade, nos ensinos públicos e privado, como também as entidades que congregam profissionais tradicionalmente afastados da pesquisa preocupam-se mais e mais em melhor formar seus quadros, sejam estes da magistratura, do ministério público, da advocacia, e procuram a pouco privilegiar a pesquisa e o currículo dos candidatos em concursos de ingresso que promovem, além de oferecerem oportunidades de estudo investindo em seus próprios quadros³.

Percebemos que a formação jurídica na graduação e na pós-graduação carece de maior ênfase na pesquisa, do mesmo modo que na vida profissional dos operadores do Direito.

Com este entendimento, passemos à discussão do tema.

1. Sociologia da burocracia

A burocracia pode ser definida como uma estrutura social na qual a direção das atividades coletivas fica a cargo de um aparelho impessoal hierarquicamente organizado, que deve agir de acordo com os critérios impessoais e métodos racionais, segundo Weber (2004).

Nas últimas décadas, no Brasil e no mundo, o termo burocracia adquiriu fortes conotações negativas. É popularmente usado para indicar a proliferação de normas e regulamentos que tornam ineficientes as organizações administrativas públicas, bem como corporações e empresas privadas. Mas, este conceito, em diferentes períodos históricos, já possuiu outros significados.

O termo "burocracia" surgiu na segunda metade do século XVIII. Inicialmente foi empregado apenas para designar a estrutura administrativa estatal, formada pelos funcionários públicos. Eles eram responsáveis por várias áreas relacionadas aos interesses coletivos da sociedade, como as forças armadas, a polícia e a justiça dentre outras.

A burocratização é um processo universal e tende a se generalizar em todos os setores da vida social, incluindo o judiciário. A economia, a política, a cultura e o lazer já estão ou tendem a ser totalmente burocratizados.

A Sociedade moderna é uma sociedade de organizações burocráticas submetida a uma grande organização que é o Estado.

Max Weber é o grande teórico da burocracia, sua obra serve de orientação para a maior parte dos autores que desenvolveram estudos sobre as organizações públicas, que é o objeto deste artigo.

2. Modelo weberiano de burocracia

Seguindo a análise de Weber podemos falar que a burocracia, então, poderia ser definida da seguinte forma: aparato técnico administrativo, formado por profissionais especializados, selecionados segundo critérios racionais e que se encar-

3. ADEODATO, João Maurício. *Bases para uma metodologia da pesquisa em Direito*.

regavam de diversas tarefas importantes dentro do sistema.

No aspecto jurídico, o termo era empregado para indicar funções da administração pública, que era guiada por normas, atribuições específicas, esferas de competência bem delimitadas e critérios de seleção de funcionários.

Podemos citar três características que para Weber eram extremamente importantes na burocracia: o formalismo, a impessoalidade e o profissionalismo. Para ele essas características traduziam uma administração heterogênea, onde a autoridade começa de cima para baixo, como uma cascata, assumindo o formato de uma pirâmide com níveis, cada funcionário tem um único superior imediato e sua competência, muito bem delimitada no que diz respeito a suas tarefas, direitos e deveres.

Esse modelo de organização pode ser percebido no Estado brasileiro, com especial destaque para o poder judiciário que, historicamente, tem se revelado como refratário às mudanças em sua estrutura organizacional.

O desenho institucional traçado pela Carta de 1988, tem como topo o STF e demais Tribunais Superiores (STJ, TST, STM, TSE), existindo nos Estados, ou grupos estaduais, os Tribunais Regionais (Federais e Estaduais) e a Justiça de 1ª instância, ou 1º grau.

Trata-se de uma estrutura que movimenta, segundo dados divulgados pelo STF, 36 milhões de processos atualmente, com um contingente de pessoal (Juizes e servidores) insuficiente numericamente para a prática dos atos processuais necessários à solução das lides.

Para exemplificar, veja-se a movimentação processual do próprio Supremo Tribunal Federal:

Movimento Processual nos anos de 1940 a 2008⁴

Movimentação STF	2008*	TOTAL
Proc. Protocolados	62.130	62.130
Proc. Distribuídos	43.842	43.842
Julgamentos	71.951	71.951
Acórdãos publicados	9.208	9.208

Movimentação STF	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	TOTAL
Proc. Protocolados	105.307	110.771	160.453	87.186	83.667	95.212	127.535	119.324	889.455
Proc. Distribuídos	90.839	89.574	87.313	109.965	69.171	79.577	116.216	112.938	755.593
Julgamentos	86.138	109.692	83.097	107.867	101.690	103.700	110.284	159.522	861.990
Acórdãos publicados	10.770	11.407	11.685	10.840	10.674	14.173	11.421	22.257	103.227

4. Dados de 2008 atualizados até julho. Fonte: Portal de Informações Gerenciais do STF. Acessado em 1/8/2008 16:11:07

Movimentação STF	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	TOTAL
Proc. Protocolados	18.564	18.438	27.447	24.377	24.295	27.743	28.134	36.490	52.636	68.369	326.493
Proc. Distribuídos	16.226	17.567	26.325	23.525	25.868	25.385	23.883	34.289	50.273	54.437	297.778
Julgamentos	16.449	14.366	18.236	21.737	28.221	34.125	30.829	39.944	51.307	56.307	311.521
Acórdãos publicados	1.067	1.514	2.482	4.538	7.800	19.507	9.811	14.661	13.954	16.117	91.451

Movimentação STF	1980	1981	1982	1983	1984	1985	1986	1987	1988	1989	TOTAL
Proc. Protocolados	9.555	12.494	13.648	14.668	16.386	18.206	22.514	20.430	21.328	14.721	163.950
Proc. Distribuídos	9.308	12.853	13.846	14.528	15.964	17.935	21.015	18.788	18.674	6.622	149.533
Julgamentos	9.007	13.371	15.117	15.260	17.780	17.798	22.158	20.122	16.313	17.432	164.358
Acórdãos publicados	3.366	3.553	4.080	4.238	5.178	4.782	5.141	4.876	4.760	1.886	41.860

Movimentação STF	1970	1971	1972	1973	1974	1975	1976	1977	1978	1979	TOTAL
Proc. Protocolados	6.367	5.921	6.253	7.093	7.352	8.775	6.877	7.072	8.146	8.277	72.133
Proc. Distribuídos	6.716	6.006	6.692	7.298	7.854	9.324	6.935	7.485	7.815	8.433	74.558
Julgamentos	6.486	6.407	6.523	8.049	7.986	9.083	7.565	7.947	8.848	10.051	78.945
Acórdãos publicados	3.328	3.491	3.926	4.340	4.459	3.913	3.377	3.741	3.755	3.554	37.884

Movimentação STF	1960	1961	1962	1963	1964	1965	1966	1967	1968	1969	TOTAL
Proc. Protocolados	6.504	6.751	7.705	8.216	8.960	8.456	7.378	7.614	8.612	8.023	78.219
Proc. Distribuídos	5.946	6.682	7.628	8.737	8.526	13.929	7.489	7.634	8.778	10.309	85.658
Julgamentos	5.747	6.886	7.436	6.881	7.849	6.241	9.175	7.879	9.899	9.954	77.947
Acórdãos publicados	4.422	7.000	7.317	7.316	7.511	5.204	6.611	6.479	6.731	5.848	64.439

Movimentação STF	1950	1951	1952	1953	1954	1955	1956	1957	1958	1959	TOTAL
Proc. Protocolados	3.091	3.305	3.956	4.903	4.710	5.015	6.556	6.597	7.114	6.470	51.717
Proc. Distribuídos	2.938	3.041	3.572	4.623	4.317	4.686	6.379	6.126	7.816	7.440	50.938
Julgamentos	3.371	2.917	4.197	4.464	3.933	4.146	4.940	6.174	7.302	8.360	49.804
Acórdãos publicados	3.395	2.217	2.476	3.388	4.474	3.730	3.794	5.251	6.400	7.980	43.105

Movimentação STF	1940	1941	1942	1943	1944	1945	1946	1947	1948	1949	TOTAL
Proc. Protocolados	2.419	2.629	2.496	2.480	2.584	3.422	2.415	2.773	2.729	3.335	27.282
Proc. Distribuídos	2.211	2.503	2.310	2.281	2.324	2.566	2.246	2.430	2.569	3.705	25.145
Julgamentos	1.807	2.265	2.447	2.355	2.321	1.860	1.819	2.565	2.988	3.269	23.696
Acórdãos publicados	1.469	2.105	2.238	2.111	2.001	1.801	1.251	1.992	2.079	2.758	19.805

Obs: Julgamentos – engloba decisões monoarbitrais e decisões colegiadas. (Fonte: STF 2008)

Se o Órgão de cúpula do sistema judiciário brasileiro encontra-se nesta situação, imaginem o contingente de processos judiciais pendentes de solução nos tribunais inferiores.

Eis o motivo fundamental das investigações que empreendemos. Buscar mecanismos alternativos no próprio Direito, para as demandas judiciais.

3. Mecanismos alternativos do direito e direito alternativo

Antes de aprofundarmos na questão proposta, far-se-á necessário um breve esclarecimento sobre o que vem a ser mecanismos alternativos do Direito, diferenciando-os de Direito alternativo, evitando equívocos.

Mecanismos alternativos, como a própria definição já diz, é uma forma

alternativa de resolver um litígio, dentro de uma norma jurídica já existente. Estes mecanismos visam resolver problemas do sistema judiciário vigente de forma célere e com baixo custo, valendo-se da própria lei.

Direito Alternativo, por sua vez, poderia ser definido como um movimento que interpreta a regra jurídica de uma maneira diferente da proposta pelo Direito tecnicista. Este prega a máxima que o Direito existe enquanto lei positivada, aquele defende que o Direito vai além, sendo também fruto de questões sociais muitas vezes sequer mencionadas nas leis.

4. A insuficiência do direito positivado e tecnicista

Tendo sua origem no sistema romano-germânico, pautado na subsunção à norma, o ordenamento jurídico brasileiro, em especial os Códigos Civil e de Processo Civil, passou e passa por inúmeras reformas que visam tal efetivação.

As estatísticas são claras ao apontar a insatisfação do povo brasileiro diante do acesso à Justiça que, por sua vez, ainda não é uma realidade. Dentro de um expressivo universo (18.400 votos) os votantes consideraram a Justiça brasileira péssima (24,31% dos votantes), injusta (32,73%) ou inexistente (36,22 %), conforme apontou José Henrique Guaracy Rebelo⁵, Juiz Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais em Belo Horizonte - MG, em uma conferência sobre O Processo Civil e o Acesso à Justiça⁶.

O Princípio da Isonomia ou da Igualdade das partes que, em tese, assegura um tratamento igualitário a todos, indistintamente, teve sua origem na Grécia e foi adotado pela Revolução Francesa como igualdade formal, outorgado pela lei⁷. A Constituição Federal Brasileira de 1988⁸ assegura o Princípio da Igualdade em seu artigo 5º, caput, ao afirmar que:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade...

O Código de Processo Civil em seu artigo 125, inciso I, ratifica tal princípio assegurando-o também no ato processual:

Art. 125. O Juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe:
I – assegurar às partes igualdade de tratamento

Porém, o que se percebe na realidade do dia-a-dia são indivíduos que se vêem impedidos de pleitear seus direitos em virtude dos altos custos processuais, onde o desrespeito à igualdade antecede o início do processo, de modo que a justiça apenas fica acessível àqueles que não apenas podem arcar com as custas iniciais do

5. REBELO, José Henrique Guaracy. O processo civil e o acesso à justiça. *R. CEJ*, Brasília, n.22, 8-12, jul./set. 2003.

6. Conferência proferida no “Seminário sobre Acesso à Justiça”, realizado pelo Centro de Estudos Judiciários, nos dias 24 e 25 de abril de 2003, no auditório do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte-MG.

7. CABRAL, Maria Marta Neves. *Ponderações sobre o princípio da economia processual na ação monitoria*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n.336, 8 jun. 2004. Disponível em: <jus2uol.com.Br/doutrina/texto.asp?id=5297>. Acesso em 04 de abr. de 2007.

8. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

processo mas também possuem recursos para suportar a lentidão processual. Um exemplo nítido dessa realidade foi notícia do jornal Diário da Manhã, do dia 5 de janeiro de 2007, com a manchete: “A Justiça tem preço. Em Goiás, é bem alto”⁹, apontando os valores processuais cobrados em nosso Estado como um dos mais altos do País. Um suposto ajuizamento de Ação de Execução no valor de R\$ 1 milhão custaria em Goiás R\$ 18.112,13. Em Tocantins, Estado vizinho, a mesma ação custaria apenas R\$ 2,8 mil, ou seja, cerca de oito vezes menos.

Diante desta realidade, questionamos se justiça com altos custos processuais e marcada pela lentidão continua sendo justiça. Tais obstáculos ferem não apenas o Princípio da Isonomia como também o Direito de Ação, que por sua vez impede o acesso à Justiça.

Sendo assim, faz-se necessário repensar o Direito como um todo, especialmente em um contexto onde os altos custos processuais e a lentidão no andamento dos processos fazem com que indivíduos abram mão de seus direitos, ou quando chegam a pleiteá-los judicialmente esbarram em um sistema engessado, conforme elucida José Henrique¹⁰:

onde juízes possuem sob sua responsabilidade uma média de feitos superior ao milhar; ou que o Poder Judiciário sobreviva com um número mínimo de tribunais, muitas vezes situados a milhares de quilômetros de distância dos jurisdicionados, constituídos por um número mais reduzido ainda de juízes...

No mesmo sentido veja o magistério de Mauro Vasni Paroski sobre os obstáculos ao acesso à Justiça¹¹:

Os principais obstáculos ao acesso à justiça:

O acesso à justiça apresenta dificuldades que não se limitam ao sistema interno estruturado pela ordem jurídica para a solução dos conflitos de interesses, objetivando a restauração de direitos (quando lesados) ou simplesmente a prevenção de determinados direitos.

Para cumprir esta função, o Estado emprega o devido processo legal, cercado de garantias. As principais encontram-se elevadas ao grau de garantias constitucionais, como a ampla defesa e o contraditório. Essas limitações, porém, muitas vezes, têm origem externa ao sistema estatal. São inúmeros fatores exoprocessuais que interferem negativamente na consecução do objetivo de se garantir o pleno acesso aos direitos e, particularmente, à justiça. Os óbices externos ao sistema processual residem mais precisamente nos campos políticos, social e econômico-financeiro. Na dimensão política, o Estado elege opções dentre as existentes, especialmente quando se mostram incompatíveis entre si, no sentido de se respeitar limitações impostas pelo ordenamento jurídico à liberdade individual, num contexto que procure equilibrá-las. No plano social, destaca-se a oferta de oportunidades oferecida pelo Estado aos sujeitos,

9. RODRIGUES, Vanessa. *A Justiça tem preço. Em Goiás, é bem alto*. Diário da Manhã, Goiânia, 05 de abr. de 2007. Disponível em: <<http://www.dm.com.br>>. Acesso em 18 de abr. de 2007.

10. CABRAL, Maria Marta Neves. *Ponderações sobre o princípio da economia processual na ação monitoria*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n.336, 8 jun. 2004. Disponível em: <jus2uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5297>. Acesso em 04 de abr. de 2007.

11. PAROSKI, Mauro Vasni. *Direitos fundamentais e acesso à Justiça na Constituição*. São Paulo: Ltr, 2008.

de maior ou menor grau no que se refere à possibilidade de postular judicialmente o exercício de direitos, sua preservação ou restauração. No âmbito econômico-financeiro tem lugar a estrutura material em que se encontram os órgãos jurisdicionais e as condições materiais de acesso a eles pelos usuários dos serviços judiciários. (p. 210/211)

Quanto aos obstáculos de ordem econômico-financeira, diz o autor:

Uma das maiores, senão a maior, das limitações do acesso à justiça reside na falta de condições econômicas da maior parte da população para custear as despesas do processo jurisdicional. Chama atenção o fato de que na maioria dos Estados da Federação os cartórios judiciais e extrajudiciais são verdadeiros feudos que passam de pai para filho, explorados por particulares, isto é, em caráter privado, mediante delegação do poder público. Esta prática subsiste até os dias atuais, a despeito de exigência de concurso público para escolha dos seus titulares quando se trata de serviços extrajudiciais (serviços notariais e de registro), pelo art. 236, caput e § 3º, da vigente Constituição, com exceção daqueles que já tinham sido oficializados pelo poder público na data da promulgação da Constituição, conforme dispõe o art. 32 do ADCT. (2008, p.219)

Justiça Estadual:

As despesas processuais constituem gênero que comporta muitas espécies, sendo mais comum as seguintes: custas devidas à serventia judicial ou cartórios, remuneração das diligências a serem realizadas pelos oficiais de justiça, emolumentos com práticas de atos processuais específicos, despesas com publicação de editais em jornais, indenizações das despesas realizadas pelas testemunhas, diárias de viagens e remuneração do assistente técnico (art. 20, § 2º, do CPC), honorários de advogados e peritos e as despesas com realização de exames.

Todas essas despesas, nas demandas propostas na Justiça Comum dos Estados, nos quais as serventias judiciais ainda não foram oficializadas, são previamente exigidas da parte, quando se faz necessária a realização dos atos processuais que as justifiquem, com exceção do litigante que obtive os benefícios da assistência judiciária gratuita. (2008, p. 220/221)

Justiça do Trabalho:

Na Justiça do Trabalho não há exigência de pagamento de custas processuais prévias para possibilitar a tramitação processual, pois que as mesmas serão pagas pelo vencido ao final do procedimento em primeiro grau de jurisdição, nos prazos e formas estabelecidas pela Consolidação das Leis do Trabalho. São exigidas do empregador para viabilizar o manejo de recursos, que ainda deverá efetuar o depósito prévio da condenação, até o limite fixado em resoluções do Tribunal Superior do Trabalho, conforme seu art. 899, §§ 1º e 6º (CARRION, 2003, p. 766).

Quando ocorrer de ser o trabalhador o vencido na demanda, tendo em conta sua condição de insuficiência econômica, que pode ser declarada a qualquer tempo, e não apenas na petição inicial, são-lhe concedidos os benefícios da assistência judiciária gratuita. Estes benefícios podem ser concedidos de ofício pelo Juiz do Trabalho quando o trabalhador percebe até dois salários mínimos por mês (CARRION, 2003). (2008, p. 221/222)

Justiça Federal:

Na Justiça Federal de primeiro e segundo grau de jurisdição, com exceção dos Juizados Especiais Federais, as custas e outras despesas processuais são reguladas pela Lei nº 9.289, de 4 de julho de 1996, estando isentos de seu pagamento a União Federal, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal e as respectivas autarquias e fundações, os desprovidos de recursos financeiros e beneficiários da assistência gratuita, o Ministério Público e os autores na ações populares, nas ações civis públicas e nas ações coletivas de que trata o Código de Defesa do Consumidor, ressalva a hipótese de litigância de má-fé. (2008, p. 222)

A respeito de alternativas, discute o autor sobre as custas processuais, da seguinte forma:

Há quem sustente que as custas processuais devem ser limitadas, criticando a exigência do preparo para o conhecimento dos recursos e entendendo que isso não ocorresse não haveria sobrecarga de serviço no judiciário. Não parece acertado, todavia, a mera eliminação de custas processuais, mas talvez modificação em sua disciplina, exigindo-as apenas do vencido na demanda, ao final do procedimento, mediante execução se não fosse pagas espontaneamente, isto é, sem condicionar a realização dos atos processuais a sua satisfação prévia, como se dá atualmente, eximindo-se do seu pagamento, em qualquer circunstância, o benefício da assistência gratuita.

O Estado deveria arcar com o pagamento das despesas realizadas por particulares, a exemplo dos serviços prestados pelos peritos, quando aquele fosse vencido na demanda, cabendo o pagamento ao seu adversário, em caso contrário.

O rol de despesas processuais necessárias para a execução de todos os atos exigidos pelo procedimento, conforme a natureza e as singularidades de cada demanda, variando ainda de um ramo para outro do Judiciário, é extenso e no sistema atual implica na indisponibilidade de recursos financeiros, muitas vezes elevados, reduzindo o grau de acessibilidade à justiça da camada mais pobre da população. (2008, p. 223/224)

Passemos então às questões sobre os mecanismos alternativos de forma contextualizada, sem nos posicionarmos, no momento, sobre a questão colocada, pertinente ao fim das custas processuais, uma vez que não é este o foco deste trabalho.

5. Mecanismos alternativos no ordenamento jurídico brasileiro e em contexto global

Como uma resposta às dificuldades de acesso à justiça, têm sido propostos e utilizados Mecanismos Alternativos do Direito que possuem em sua essência os princípios da informalidade, que dispensa os ritos formais ortodoxos do processo; da celeridade, que visa resolver os litígios com um tempo mínimo possível sem perder a eficiência; da economicidade, buscando sempre o menor custo para as partes; dentre outros.

Tais mecanismos têm sua origem na Antiguidade e vem sendo empregados em diversos países tais como a China, Japão, Estados Unidos e na União Européia, sendo que estes últimos têm promovido uma série de conferências a respeito do tema,

apontando-o como um dos principais meios para resolver os problemas de acesso à justiça.

O Brasil tem angariado alguns esforços em implantar mecanismos alternativos em seu ordenamento jurídico, entre os quais apontamos a Arbitragem, que (...) é uma forma alternativa de composição de litígio entre partes. É a técnica, pela qual o litígio pode ser solucionado, por meio da intervenção de terceiro (ou terceiros), indicado por elas, gozando da confiança de ambas.¹²

Já a Conciliação, por sua vez é:

(...) um meio alternativo de resolução de conflitos em que as partes confiam a uma terceira pessoa (neutra), o conciliador, a função de aproximá-las e orientá-las na construção de um acordo¹³

Por fim, a Mediação “não é um instituto jurídico, mas técnica de solução alternativa de conflitos. É uma modalidade de conciliação, mas com este não se confunde¹⁴”.

Contudo, há ainda muitas lacunas a serem preenchidas. Além da necessidade de consolidar as propostas atuais de mecanismos alternativos, existem outras áreas carentes de soluções que tragam acessibilidade e celeridade. Inúmeros são os exemplos que podem contribuir para um aperfeiçoamento do sistema legal brasileiro, sob os aspectos principiológicos, já citados. Sistemas semelhantes ao vigente no Brasil, da família *Civil Law*, calcados na subsunção à lei, têm sido muito pesquisados e adaptados à nossa realidade; já o sistema chinês, que coloca os valores morais e tradicionais acima das normas institucionalizadas, ainda se encontra insatisfatoriamente explorado pelos juristas brasileiros. Dentro da *Common Law*, sistema calcado nos costumes, há mecanismos utilizados pelos Estados Unidos da América, tais como o *Plea Guilty* (declarar-se culpado), “em que a instrução é realizada, há declaração de culpabilidade, suspendendo apenas a prolação da sentença condenatória e impondo ao acusado condições, ambos do sistema anglo-saxão” e *Plea Bargaining*, “permite amplo acordo entre acusador e acusado sobre os fatos, a qualificação jurídica e conseqüências penais”, que serviram de inspiração para a criação do nosso Juizado Especial, conforme elucidada Eduardo M. Cavalcanti¹⁵.

No artigo “Novas soluções para velhos problemas” escrito à Folha de São Paulo, em março de 2007, juntamente com Paulo Skaf, a atual Ministra Ellen Gracie fala sobre a importância dos mecanismos alternativos frente à morosidade do Poder Judiciário que seria, segundo o artigo, tema “em que a nação patina há décadas” sendo que “a crescente substituição das ações judiciais litigiosas por aquelas práticas poderá reduzir drasticamente o gigantesco volume nos tribunais brasileiros...”.

12. SZKLAROWSKY, Leon Frejda. *Uma nova visão da arbitragem*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5468>>. Acesso em 18 de abr. de 2007.

13. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. O que é conciliação. Disponível em: <<http://www.conciliar.cnj.gov.br/conciliar/pages/conciliacao/Conciliacao.jsp>>. Acesso em 18 de abr. de 2007.

14. VILELA, Sandra Regina. Meios alternativos de resolução de conflitos - Arbitragem, Mediação e Juizado Especial. Disponível em: <<http://www.pailegal.net>>. Acesso em: 18 de abr. de 2007.

15. CAVALCANTI, Eduardo M. *Juizados especiais criminais (o descumprimento da transação penal)*. Disponível em: <<http://www.jfrn.gov.br>>. Acesso em 18 de abr. de 2007.

6. O acesso à justiça como foco

A dificuldade do acesso à justiça não é uma problemática exclusiva do ordenamento jurídico brasileiro, muito pelo contrário, ela atinge tanto os países sub-desenvolvidos quanto os países em desenvolvimento e até mesmo os desenvolvidos. Diante da atual situação do sistema judiciário, conforme exposto, faz-se necessária uma análise de todo o aparelho judiciário buscando, assim, medidas que possam contribuir para uma melhoria, conforme expõe Sandra Regina Vilela¹⁶ que cita Mauro Cappelletti em seu programa de pós-graduação em Direito:

Cappelletti, ao apontar as *tendências no uso do enfoque do acesso à Justiça*, aponta para a necessidade de um estudo crítico e de uma reforma de todo o aparelho judicial, passando pela (a) reforma dos procedimentos e dos próprios tribunais, que devem modernizar-se, formulando uma crítica a *neutralidade judicial*, ressaltando a necessidade da busca do resultado justo; (b) busca de novos ou alternativos métodos para decidir as causas, com a instituição de incentivos econômicos para a solução de litígios fora dos tribunais e ainda o juízo arbitral e a conciliação; (c) instituição de procedimentos especiais para determinados tipos de causas de particular importância social; especialização de instituições e procedimentos especiais; (d) Mudança nos métodos utilizados para a prestação de serviços judiciários, como o uso dos *parajurídicos* (assistentes jurídicos com diversos graus de treinamento) e desenvolvimento de planos de assistência jurídica mediante Convênio ou em Grupo; (e) a simplificação do próprio direito.

Quanto ao acesso à justiça, José Henrique Guaracy Rebelo assinalou distintas acepções sobre a expressão:

A expressão é vaga e permite atribuir ao significante 'justiça' o mesmo sentido e conteúdo de 'Poder Judiciário'; a segunda parte de uma visão axiológica da expressão 'justiça' e identifica o termo como acesso a uma determinada ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano¹⁷

Mauro Capelletti empreendeu um profundo estudo sobre o acesso à justiça apontando os principais aspectos da problemática e analisando medidas para amenizá-las. Sobre a acessibilidade, elucida:

O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretende garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos¹⁸

De acordo com Jorge Catalan, consideramos que:

16. VILELA, Sandra Regina. Meios alternativos de resolução de conflitos - Arbitragem, Mediação e Juizado Especial. Disponível em: <<http://www.pailegal.net>>. Acesso em: 18 de abr. de 2007.

17. REBELO, Jose Henrique Guaracy. O processo civil e o acesso à justiça. R. CEJ, Brasília, n.22, 8-12, jul./set. 2003.

18. CAPELLETTI, Mauro e Garth, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Safe, 1988. p. 12.

(...) apesar de o Brasil ser uma das maiores economias mundiais, aproximadamente 50% de sua população economicamente ativa, sobrevive com renda média de um salário mínimo mensal¹⁹

Capelletti aponta também que as dificuldades tornam-se ainda mais acentuadas quando envolvem pessoas menos favorecidas financeiramente, ressaltando que:

os obstáculos criados por nossos sistemas jurídicos são mais pronunciados para as pequenas causas e para os autores individuais, especialmente os pobres; ao mesmo tempo, as vantagens pertencem de modo especial aos litigantes organizacionais, adeptos do uso do sistema judicial para obterem seus próprios interesses.²⁰

Mudanças sociais mais amplas devem ser objeto de preocupação dos operadores do Direito, enquanto cidadãos, enfoque que demanda outra investigação científica, que não empreenderemos neste artigo.

Deste modo, analisemos os resultados positivos dos mecanismos.

7. Exemplos de resultados positivos da aplicação de mecanismos alternativos

Uma vez que inúmeros sistemas aplicados em outros países vêm apresentando resultados incentivadores, o Direito Comparado se torna imprescindível uma vez que visa analisar ordenamentos jurídicos de outros países e estabelecer uma comparação entre eles. Como fruto concreto do Direito Comparado, obtivemos através da análise dos mecanismos estadunidenses do *Plea Bargaining* e *Plea Guilty*, do sistema *Common Law*, que, apesar das controvérsias apresentam resultados significativos conforme demonstra Marco Antonio Lobato de Paiva²¹:

Quanto ao alcance prático do 'plea bargaining' nos Estados Unidos, observa-se que através dele são solucionados de 80% a 95% de todos os crimes, por outro lado, inquéritos feitos por uma amostragem significativa de promotores revelaram que estes consideram cerca de 85% dos casos da sua experiência como adequados a uma solução de 'plea bargaining'.

Estes sistemas inspiraram o nosso Juizado Especial, que traz no artigo 2º da Lei Nº. 9.099, de 26 de setembro de 1995, que "o processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando sempre que possível, a conciliação ou a transação", norteando os mecanismos alternativos.

Tourinho Neto e Figueira Júnior²² apontam os resultados obtidos com a criação dos Juizados Especiais:

19. CATALAN, Marcos jorge. *Juizados especiais cíveis*: Uma abordagem crítica à luz da sua principiologia. Disponível em: <www.tj.pr.gov.br>. Acesso em: 18 de abr. de 2007.

20. Idem

21. PAIVA, Marco Antonio Lobato de. Disponível em: <<http://www.tj.sc.gov.br>>. Acesso em: 18 de abr. de 2007.

22. TOURINHO NETO, Fernando da Costa e FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Juizados especiais estaduais cíveis e criminais*. 4. ed. São Paulo: RT, 2005. p.42 e 43.

Em nova forma de prestar jurisdição significa, antes de tudo, um avanço de origem eminente constitucional que vem dar guarida aos antigos anseios de todos os cidadãos, especialmente aos da população menos abastada, de uma justiça apta a proporcionar uma prestação de tutela simples, rápida, econômica e segura, capaz de levar à liberação da indispensável litigiosidade contida. Em outros termos, trata-se, em última análise, de mecanismo hábil na ampliação do acesso à ordem jurídica justa.

A respeito de sistemas já conhecidos e até mesmo adaptados para o sistema legal brasileiro, afirma Luís Felipe Salomão²³:

Existem experiências muito interessantes com mediação no Canadá e na França. O Canadá desenvolveu um sistema de mediação obrigatória em algumas causas, segundo a qual não se entra em Juízo sem passar por escritório especializado em mediação. Além disso, a conciliação e a mediação são cadeiras obrigatórias nas Universidades.

Atualmente temos o Movimento pela Conciliação, promovido pelo Conselho Nacional de Justiça, com o lema “Conciliar é legal”, que apresentou resultados concretos e animadores onde foram realizados em diversos pontos do Brasil um total de 83.987 audiências com 46.493 acordos obtidos, atingindo um percentual de sucesso de 55,36%, conforme dados do próprio CNJ.

A respeito da Mediação, há um projeto de lei nº 4.827/98, de autoria da Deputada Zulaiê Cobra, para regulamentar a prática da mediação.

Vale registrar, por oportuno, que a Justiça do Trabalho é pioneira na utilização da conciliação no Brasil, sendo parte de sua própria natureza, desde a sua criação.

8. Os alternatives dispute resolution – ADR

Os ADR (Alternative Dispute Resolution), termo globalizado para expressar os Mecanismos Alternativos de Direito, aplicados em outros países podem servir de modelo para a criação de novos mecanismos aplicáveis à realidade brasileira. Sobre os ADR encontramos fortes sustentações no Livro Verde, da União Européia²⁴:

Uma das razões do desenvolvimento dos ADR é de ordem prática e conjuntural: os ADR dão uma resposta às dificuldades de acesso à justiça com que depara um número elevado de países. Estas dificuldades explicam-se pelo aumento dos litígios apresentados aos tribunais, pelo crescimento dos processos e pelo aumento dos custos desses processos. A quantidade, a complexidade e a tecnicidade dos textos legislativos contribuem, além disso, para tornar mais difícil o acesso à justiça. (Livro Verde. p.8)

Os ADR caracterizam-se pela sua flexibilidade, no sentido de que as partes são em princípio livres de recorrer aos ADR, de decidir qual a organização ou que pessoa será encarregada do processo, de determinar o processo que será seguido, de escolher em participar pessoalmente ou de se fazer

23. SALOMÃO, Luís Felipe. Juizados Especiais criminais: A revolução copérnica do sistema penal vigente. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br>> Acesso em: 22 de fev. de 2007.

24. COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. *Livro Verde*. Sobre os modos alternativo de resolução dos litígios em matéria civil e comercial. Disponível em: <<http://ec.europa.eu>> Acesso em: 18 de abr. de 2007.

representar o processo, de decidir, enfim, o seguimento a dar ao processo. (Livro Verde p.10)

9. Sistema chinês de resolução de conflitos

O sistema legal chinês é um exemplo atípico de divisão de sistemas legais. Algumas pesquisas têm sido realizadas nos últimos anos, em outros países, a respeito da estrutura e evolução do sistema legal chinês que, em suma, é uma combinação entre a cultura tradicional chinesa e o modelo soviético, misturados com as características da família *Civil Law*. No sistema chinês, percebe-se que são colocados os valores morais e as normas tradicionais de honestidade acima das normas institucionalizadas, conforme explica Sílvio de Salvo Venosa²⁵:

No direito chinês, antes de se chegar a um processo judicial, tentam-se todas as formas de conciliação, pois existem muitos grupos sociais dispostos a conciliar os antagonistas, como os municípios e as próprias famílias. Mesmo quando já se conseguiu uma decisão favorável em Juízo, reluta-se em executá-la; quando executada, procede-se de forma que prejudique o adversário o mínimo possível. Esses são os pensamentos tradicionais chineses, de acordo com a doutrina de Confúcio, tão diferente de nosso entendimento ocidental.

Tais valores são inspirados nos ensinamentos transmitidos por Confúcio, que enfatizava o primado de *li* (leis morais) e sobre *fa* (leis coercitivas). Em sua concepção, *li* prevenia o crime ao manter a ordem social, enquanto *fa* se restringia a coibir e punir seus transgressores²⁶. Deste modo, fica evidente a influência da cultura e do contexto para a formação, implantação e, principalmente, o êxito de algum sistema alternativo.

A respeito da abordagem principiológica dos Mecanismos Alternativos, Portanova esclarece a importância dos princípios dentro do ordenamento jurídico: princípios não são meros acessórios interpretativos mas normas que consagram conquistas éticas da civilização e, por isso, estejam ou não previstos na lei aplicam-se a todos os casos concretos.²⁷

Com os resultados obtidos, é imprescindível alargar as discussões a respeito do tema proposto e conscientizar da importância de tais medidas:

Na medida em que o conhecimento daquilo que está disponível constitui pré-requisito da solução do problema da necessidade jurídica não atendida, é preciso fazer muito a respeito dos meios disponíveis e de como utilizá-los.²⁸

25. VENOSA, Sílvio Salvo. *Direito Civil Vol. I: Parte Geral*. 7ª edição ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 65.

26. RAMONE, Fernanda. *O Grande Salto Adiante: ordenamento e adequação jurídico chinês*. Disponível em: <<http://www.ccibc.com.br>>. Acesso em: 22 de fev. de 2007.

27. PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 2ª tiragem. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 14.

28. ABEL-SMITH, B., Zander, M. e Cass, R. *“Legal Problems and the Citizen”*. (Os problemas Jurídicos e o Cidadão). Londres: Meinemann, 1973.

A ex-presidente do STF, Ellen Gracie Northfleet, apontou de forma clara que “o desafio do Judiciário é se reestruturar. Não adianta só aumentar o número de juízes e varas, A longo prazo, isso não funciona” (revista Veja, março de 2008).

É necessário destacar que o modelo de organização burocrático implementado no Brasil desde a sua colonização por Portugal, fundamentou-se na concepção patrimonialista de Estado, conforme analisado por Raymundo Faoro em sua obra *Os Donos do Poder* (2001), na qual se privilegia o domínio do aparelho burocrático, como meio de exercício pessoal de mando e subordinação dos adversários políticos, e não como forma de atender às demandas da sociedade, inclusive no que se refere à prestação jurisdicional.

O empenho do STF e CNJ pelo emprego de mecanismos de conciliação demonstra uma mudança de mentalidade do Judiciário brasileiro, que poderá romper com sua morosidade, na esteira do que vem sendo implementado pela Justiça do Trabalho.

10. O mau uso dos mecanismos alternativos

Toda análise crítica tem por dever expor, também, os aspectos negativos ou mesmo os pontos fracos de seu objeto de estudo. Com os mecanismos alternativos não poderia ser diferente.

Há que se ter cautela ao recorrer a estes mecanismos que, apesar de oferecerem soluções no que tange aos custos processuais e questões de celeridade, têm sido utilizados de forma tendenciosa e de má-fé. Temos exemplos de Cortes de Conciliação e Arbitragem que favoreceram a uma determinada parte, especialmente quando uma das partes tem poder financeiro superior, outras foram abertas para resolver questões de uma determinada área mas o conciliador tinha acordo com o órgão fiscalizador. Outro exemplo que tem sido comum é quando uma das partes participa de uma conciliação sem um advogado e acaba sendo ludibriada e aceitando um acordo que é totalmente desfavorável a ela, algo que se tivesse sido pleiteado na justiça comum provavelmente não ocorreria.

Exemplos bem sucedidos de conciliação nas semanas promovidas pelo CNJ em todo o país demonstram que pode ser uma solução viável.

A conciliação não pode ser um instrumento de renúncia de direitos, mas sim um mecanismo de sua efetivação, dentro dos limites de cada ação, especificamente considerada.

11. Conclusão

Diante do exposto, após avaliar as estatísticas e encontrar em doutrinadores e pensadores do Direito a sustentação para as questões levantadas sobre a insuficiência do Direito positivado, temos como pertinentes as propostas de tais mecanismos. Buscamos na viabilidade ou mesmo na necessidade destes Mecanismos Alternativos

uma solução para os problemas do ordenamento jurídico brasileiro, dentro de uma realidade onde o princípio constitucional do acesso à justiça não é satisfatoriamente aplicado. Contudo, a cautela é sempre necessária dentro de um ordenamento jurídico carente de reformas e de um sistema estatal ainda distante do ideal.

Faz-se necessária a identificação desses fatos, ou fenômenos, para analisá-los e interpretá-los, uma vez que “a prática não fala por si mesma”, conforme elucidado por Acácia Zeneida Kuenzer, em seu artigo “Competência como *Praxis*: Os dilemas da relação entre teoria e prática na educação dos trabalhadores”. É necessário fundamentar melhor teoricamente os operadores do Direito, para que sua prática seja orientada para a eficácia do direito.

Para que os Mecanismos Alternativos do Direito se transformem em alternativas jurídicas usuais pelos operadores do Direito torna-se necessária uma reordenação do ensino jurídico nas Universidades e Faculdades brasileiras, onde se enfatize que a solução dos conflitos e a pacificação social são os objetivos maiores a serem perseguidos. É preciso angariar esforços em prol de uma ciência transformadora, que por sua vez é uma exigência de uma sociedade em transformação, conforme Miracy B. S. Gustin e Sielen B. Caldas, no artigo “A Prática de Direitos Humanos nos Cursos de Direito”. Não compreender esta necessidade e não optar por estas mudanças necessárias é perpetuar o tradicionalismo, claramente ineficaz diante deste mundo globalizado.

Cabe dizer que a lide judicial não é um fim em si mesmo e, igualmente, não deve ser equiparada a uma indústria, cujo produto seja uma sentença, mas antes de tudo a solução justa da demanda. Sendo assim, com uma mudança na estrutura do ensino jurídico e da cultura brasileira em seu modo de resolução das lides teríamos os Mecanismos Alternativos como prática do dia-a-dia, utilizada sempre como mecanismo inicial para resolver os conflitos, tornando-os parte integrante do ordenamento jurídico. Deste modo, o Judiciário somente será buscado quando as demais formas alternativas forem esgotadas.

Em suma, o alto congestionamento do Poder Judiciário, 36 milhões de ações em andamento, segundos dados divulgados pelo STF, 2008, pode ser amenizado com o implemento de Medidas Alternativas de solução de litígios, maior celeridade na tramitação processual, reformas na legislação instrumental e, sobretudo, melhora na preparação teórico-doutrinária dos operadores do Direito, a partir do ensino de Graduação nas Faculdades de Direito do país.

Do mesmo modo, a formação inicial e continuada de Juízes e demais operadores do Direito deve contemplar os Mecanismos Alternativos de solução de conflitos, conforme exposto anteriormente.

12. Bibliografia

ABEL-SMITH, B.; Zander, M. e Cass, R. “*Legal Problems and the Citizen*”. (Os problemas Jurídicos e o Cidadão). Londres: Meinemann, 1973.

ADEODATO, João Maurício. *Bases para uma metodologia da pesquisa em Direito*.

Arbitragem, Mediação e Juizado Especial. Disponível em: <<http://www>.

pailegal.net>. Acesso em: 18 de abr. De 2007.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

CABRAL, Maria Marta Neves. *Ponderações sobre o princípio da economia processual na ação monitoria*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n.336, 8 jun. 2004. Disponível em: <jus2uol.com.Br/doutrina/texto.asp?id=5297>. Acesso em 04 de abr. De 2007.

CAPELLETTI, Mauro e Garth, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Safe, 1988.

CATALAN, Marcos jorge. *Juizados especiais cíveis: Uma abordagem crítica à luz da sua principiologia*. Disponível em: <www.tj.pr.gov.br>. Acesso em: 18 de abr. De 2007.

COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPÉIAS. *Livro Verde*. Sobre os modos alternativo de resolução dos litígios em matéria civil e comercial. Disponível em: <http://ec.europa.eu> Acesso em: 18 de abr. De 2007.

VENOSA, Silvio Salvo. *Direito Civil Vol. I: Parte Geral*. 7ª edição ed. São Paulo: Atlas, 2007.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. O que e conciliação. Disponível em: <http://www.conciliar.cnj.gov.br>. Acesso em 18 de abr. De 2007.

PAROSKI, Mauro Vasni. *Direitos fundamentais e acesso à Justiça na Constituição*. São Paulo: Ltr, 2008.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 2ª tiragem. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

RAMONE, Fernanda. *O Grande Salto Adiante: ordenamento e adequação jurídico chinês*. Disponível em: <http://www.ccibc.com.br>. Acesso em: 22 de fev. de 2007.

REBELO, Jose Henrique Guaracy. *O processo civil e o acesso à justiça*. Brasília: R. CEJ, 2003.

RODRIGUES, Vanessa. *A Justiça tem preço. Em Goiás, é bem alto*. Diário da Manhã, Goiânia, 05 de abr. de 2007. Disponível em: <http://www.dm.com.br>. Acesso em 18 de abr. de 2007.

SALOMÃO, Luís Felipe. *Juizados Especiais criminais: A revolução copérnica do sistema penal vigente*. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br> Acesso em: 22 de fev. de 2007.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. *Uma nova visão da arbitragem*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5468>. Acesso em 18 de abr. De 2007.

VILELA, Sandra Regina. *Meios alternativos de resolução de conflitos - Juizados especiais estaduais cíveis e criminais*. 4. ed. São Paulo: RT, 2005.