

XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

ACESSO A JUSTIÇA

FLÁVIA DE ÁVILA

JOSÉ QUERINO TAVARES NETO

PAULO ROBERTO LYRIO PIMENTA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

A174

Acesso à justiça [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: José Querino Tavares Neto, Flávia de Ávila, Paulo Roberto Lyrio Pimenta. – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-028-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Justiça. 3. Direito processual. 4. Direitos humanos. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

ACESSO A JUSTIÇA

Apresentação

Apresentação do Livro Acesso à Justiça

É com satisfação que apresentamos à comunidade acadêmica o livro Acesso à Justiça, resultado da seleção de textos para o Grupo de Trabalho (GT) homônimo que constou da programação do XXIV Encontro Nacional do CONPEDI, ocorrido na Universidade Federal de Sergipe, na cidade de São Cristóvão, entre os dias 3 e 6 de junho de 2015. O GT, que teve como objetivo refletir sobre os estudos teóricos e análises empíricas acerca da prestação jurisdicional, com vistas à efetividade da justiça e à realização do direito constitucional do acesso à justiça, foi agraciado com artigos e debates que se constituíram em experiências extremamente ricas e diversificadas a respeito da temática.

Deste modo, por intermédio deste espaço institucional de discussão e divulgação de trabalhos do mais alto gabarito, foi possível estabelecer interações interdisciplinares pelas quais se podem operar mudanças no modo de se entender e se operacionalizar o Direito, a fim de que o mesmo seja efetivamente meio de transformação social. Portanto, o conteúdo dos artigos deste GT se destaca por formar ambiente único, rico de saberes, ainda responsável por aproximar a academia da sociedade ao propor construções teóricas, críticas e processos para beneficiá-la.

Os 29 artigos que integram este livro trabalham com os mais variados ramos do Direito, incluindo Direito Constitucional, Direito Internacional, Direito do Trabalho, Direito Penal, Direito Civil, Direito Processual Civil, Direito Processual do Trabalho, Direito Processual Penal, Direito da Infância e da Adolescência, Direito do Consumidor, Direitos Humanos, etc. Estes, por sua vez, abrem a discussão para temáticas que envolvem a atuação do judiciário, formas alternativas de solução de controvérsias, administração da justiça, efetividade das decisões, concretização dos objetivos do milênio da ONU, teoria dos jogos, segurança pública, cortes estrangeiras e internacionais, dentre outros instigantes temas.

Ao vivenciar as apresentações dos artigos e participar efetivamente de debates por meio de indagações precisas e respostas acuradas, foi possível verificar o quão interessante tais temáticas são e o quanto podem acrescentar para que seja estabelecido diálogo entre as propostas da pós-graduação em Direito, com a participação de estudantes, professores e profissionais do seu campo e de áreas afins. Esta é uma oportunidade ímpar de o pós-

graduando estabelecer diversas relações que impactam positivamente em seu processo de aprendizagem e de os professores e demais operadores do Direito trocarem experiências e conhecimentos.

Por fim, laureia-se a iniciativa do CONPEDI em estabelecer este GT, que se consolida com novas edições. Trata-se de uma estratégia fundamental para a melhoria da qualidade dos cursos de pós-graduação no Brasil.

**DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA, EFETIVIDADE E JURISDIÇÃO: SISTEMAS
INFORMAIS DE JUSTIÇA COMO CONCRETIZAÇÃO DOS OBJETIVOS DE
DESENVOLVIMENTO DO MILÊNIO DA ONU**

**THE RIGHT OF ACCESS TO JUSTICE, EFFECTIVENESS AND JURISDICTION:
INFORMAL JUSTICE SYSTEMS AS A WAY TO ACHIEVE THE MILLENNIUM
DEVELOPMENT GOALS OF UN**

**Alessandra Mizuta
Sebastião Patrício Mendes da Costa**

Resumo

Partindo da proposta dos 8 Objetivos de Desenvolvimento do Milênio, este trabalho busca estudar os sistemas informais de justiça. Para isso, e a fim de promover o acesso à justiça, serão apresentados meios alternativos de solução de conflitos, como uma opção para a atuação jurisdicional, como forma de contribuição para o cumprimento do oitavo objetivo, pela perspectiva do Relatório Nacional de Acompanhamento apresentado pelo Brasil, no ano de 2014. Realizadas considerações acerca dos efeitos da globalização, das questões culturais e do tempo, utilizando-se como metodologia a pesquisa bibliográfica, numa perspectiva interdisciplinar e de direito comparado, serão analisados os meios alternativos de resolução de conflitos a partir da experiência dos Tribunais Comunitários de Moçambique, dos Tribunais Indígenas das Províncias da Bolívia, da experiência do informal justice europeia e dos meios alternativos de resolução de conflitos americanos, as chamadas ADR Alternative Dispute Resolution.

Palavras-chave: Acesso à justiça. direito comparado. sistemas informais.

Abstract/Resumen/Résumé

Based on the proposal of the 8 Millennium Development Goals, this work studies the informal justice systems. For this, and in order to promote access to justice, alternative means to solve disputes will be presented as an option for the judicial action, as a contribution to the fulfillment of the eighth goal, from the perspective by the National Monitoring Report presented by Brazil in the year 2014. Prior considerations about the effects of globalization, cultural issues and time, using as methodology the bibliographical research, an interdisciplinary perspective and comparative law, alternative methods of conflict resolution will be analyzed from the experience of the Community Courts of Mozambique, Indigenous Courts of the Provinces of Bolivia, the experience of informal European justice and the American alternative means of resolving conflicts, the ADR - Alternative Dispute Resolution.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Access to justice. comparative law. informal systems.

INTRODUÇÃO

No ano de 2000, 147 chefes de estado e de governo, representando 189 países reunidos (o Brasil entre eles) pelas Organizações das Nações Unidas decidiram estabelecer uma agenda global assumindo o compromisso de unirem esforços em torno de 8¹ objetivos, para combater os grandes inimigos da humanidade (como a pobreza, a fome, a desigualdade, entre outros).

Estes 8 objetivos foram então chamados de Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM) e possuem metas e indicadores estabelecidos, para uma avaliação uniforme nos níveis global, nacional e regional. Assim, os ODM deveriam ser perseguidos por meio de políticas públicas, bem como parcerias com o setor privado e ao longo do prazo estabelecido (a vencer no ano de 2015) reportados pelos países que se mostraram imbuídos no propósito de superar os obstáculos entre a realidade vivenciada naquele momento histórico e a oferta de uma vida digna ao ser humano, independente do gênero, idade, valores culturais ou raça.

Na Declaração do Milênio das Nações Unidas, em seus valores e princípios, a Assembleia Geral das Nações Unidas externa sua preocupação e considera um desafio assegurar que a globalização se torne uma força positiva.

Diante deste contexto, e não obstante a criação de políticas públicas para atingir as metas do milênio, é inegável que o acesso a tais direitos em muitos casos ainda são objeto de conflitos.

Os sistemas jurídicos atualmente possuem uma dificuldade institucional para tratarem das novas demandas que surgem nesse novo contexto mundial. Se por um lado, percebe-se uma ineficiência do Estado em promover a pacificação social através da composição satisfatória das lides, a chamada justiça tradicional ainda é considerada cara e custosa.

Diante desse quadro, percebemos o crescimento de formas conciliatórias de resolução de conflitos seja pela dificuldade dos mais pobres de terem acesso a justiça (muitas demandas não conseguem chegar formalmente ao Poder Judiciário), seja por uma crescente insatisfação com o excesso de formalismo e uma desvalorização da atuação das partes na tomada de decisão.

Nos próximos tópicos serão apresentados os sistemas informais de justiça e os meios alternativos de resolução de conflitos, como um dos meios de assegurar o cumprimento das metas do milênio, considerando a falibilidade das políticas públicas, bem como o

¹ Objetivo 1. Erradicar a pobreza extrema e a fome; Objetivo 2: Atingir o ensino básico universal; Objetivo 3: Promover a igualdade entre sexos e a autonomia das mulheres; Objetivo 4: Reduzir a mortalidade infantil; Objetivo 5: Melhorar a saúde materna; Objetivo 6: Combater o HIV/AIDS, a malária e outras doenças; Objetivo 7: Garantir a sustentabilidade ambiental e Objetivo 8: Estabelecer uma parceria mundial para o desenvolvimento.

sobrecarregamento do Poder Judiciário. O presente estudo traz uma análise através da perspectiva comparada e num viés interdisciplinar. Se a perspectiva comparada é fundamental para a compreensão dos fenômenos estudados na sua integralidade, percebendo-os numa visão global as suas diferenças e semelhanças, o estudo interdisciplinar² faz descrever os fenômenos de forma mais completa, focalizando o objeto de estudo em diversos aspectos.

Além da preocupação com os efeitos da globalização e de que forma este fenômeno sociológico e econômico interferiria no cumprimento das ODM, também é externado pela Declaração do Milênio a apreensão no que diz respeito a necessidade de tolerância quanto à diversidade de crenças, culturas e línguas. Por este motivo a escolha dos autores em analisar as formas alternativas de resolução de conflitos a partir de diferentes culturas, tratando da experiência dos Tribunais Comunitários de Moçambique, dos Tribunais Indígenas das Províncias da Bolívia, da experiência do *informal justice* europeia e dos meios alternativos de resolução de conflitos americanos, as chamadas ADR – *Alternative Dispute Resolution*, verificando os argumentos que lhes são favoráveis e os desfavoráveis.

1. O ESTUDO DO DIREITO NUMA PERSPECTIVA COMPARADA

O estudo numa perspectiva comparada é fundamental para que se possa compreender na integralidade o fenômeno analisado. Ao estudar uma realidade diferente, deixa-se de naturalizar o objeto de estudo e se consegue perceber com mais nitidez as possíveis diferenças e também semelhanças, permitindo-se uma visão global do fenômeno tratado, independentemente do campo de estudo, da visão de mundo ou de como a área do conhecimento tratada o focaliza. O caso do Direito não é diferente.

O professor Clifford Geertz, nas Conferências Storrs de 1981, na Faculdade de Direito da Universidade de Yale, ao fazer um estudo comparativo sobre as tradições jurídicas islâmica, índica e malaio-indonésica, afirmou que no direito nos “entregamos à tarefa artesanal de descobrir princípios gerais em fatos paroquiais” (GEERTZ, 2000).

Ao estudar esses sistemas jurídicos a partir dos termos *haqq*, que significa “verdade” para os islâmicos, *dharma*, que significa “dever”, além de outras coisas, para os índicos e *adat*, que significa “prática” para os malaios, o autor americano mostra que o centro do Direito é a

² Segundo Owen Fiss (2004), as Faculdades de Direito nos Estados Unidos procuram não estudar as disciplinas jurídicas de forma específica e compartimentada. Tal postura propicia uma investigação interdisciplinar do fenômeno jurídico.

concepção de direito. Para Geertz (2000), o Direito é saber local, não apenas quanto ao lugar, à época e variedades de seus temas, mas também pelas caracterizações vernáculas do que ocorre. O Direito seria caracterizado como um saber local e com fortes pretensões universalistas, através da articulação que se faz entre fato e lei.

Em conjunto, essas duas proposições, que o direito é saber local e não um princípio abstrato e que ele constrói a vida social em vez de refleti-la, ou melhor dito, de meramente refleti-la, leva-nos a uma visão pouco ortodoxa sobre a metodologia de um estudo comparativo: a tradução cultural. (GEERTZ, 2000, p. 329).

O professor americano afirma que para haver uma decisão jurídica equânime é necessário existir uma sensibilidade jurídica, ou seja, um “[...] complexo de caracterizações e suposições, estórias sobre ocorrências reais, apresentadas através de imagens relacionadas a princípios abstratos” (GEERTZ, 2000, p. 325), é o que se denomina também de senso de justiça. Geertz demonstra, através de exemplos etnográficos do Direito em diversas sociedades que, em não havendo esse senso de justiça e um compartilhamento social, essa decisão jurídica será um ato arbitrário, pois a existência da norma não garante a sua aplicabilidade, sendo necessária uma justificação através de argumentos que comprovem que se buscou a justiça naquele determinado caso concreto.³

Daí porque a questão cultural é essencial para a compreensão dos métodos propostos para a solução de conflito.

A humildade acadêmica exige um olhar crítico, porém não preconceituoso, atento a questões culturais que possam vir a interferir na própria noção de justiça. Aliás, está entre os valores fundamentais para as relações internacionais segundo a Declaração do Milênio, o exercício da tolerância, enfatizando o dever de respeito mútuo, em toda diversidade de crença, cultura e língua, já que “diferenças entre sociedades não devem ser temidas ou reprimidas, mas compartilhadas como um precioso patrimônio da humanidade. Uma Cultura de Paz e Diálogo entre todas as civilizações deve ser ativamente promovida” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2000. p. 6)

Por este motivo, passa-se a fazer breves considerações acerca de três elementos fundamentais para a compreensão das formas de solução de conflito que seguem, sendo eles: a

³ Vale ressaltar as observações que o professor Luís Roberto Cardoso de Oliveira fez sobre as abordagens de Geertz sobre o Direito e suas aplicações ao Brasil. Se por um lado temos a tradição jurídica anglo-saxônica com uma forte preocupação com a elucidação dos fatos, por outro temos uma tradição brasileira bem diferente nesse aspecto. No Brasil, a formação dos operadores do Direito não lhes proporciona nenhum treinamento em pesquisa empírica ou na própria investigação dos fatos. O contraditório está muito mais estruturado em questões de ordem abstrata do que no aspecto fático propriamente dito. (OLIVEIRA, 2010)

globalização, a cultura e o tempo, para que se possa daí analisar o direito de forma contextualizada.

2. GLOBALIZAÇÃO, CULTURA E TEMPO: DIREITO CONTEXTUALIZADO

De acordo com a Declaração do Milênio, o principal desafio para o desenvolvimento sustentável é conseguir que a globalização seja uma força positiva para todos. Considerando que os benefícios dela advindos, bem como seus custos, são distribuídos de forma desigual, caberia uma união de esforços para “criar um futuro comum, baseado na nossa condição humana comum, em toda a sua diversidade”. Neste sentido, “pode a globalização ser completamente equitativa e favorecer a inclusão. Estes esforços devem incluir a adoção de políticas e medidas, a nível mundial, [...]” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2000, p. 2).

Bauman (1999) esclarece que o termo globalização pode significar muitas coisas, pois para alguns representa o que se deve fazer para ser feliz, enquanto para outros seria a própria causa da infelicidade. A única unanimidade seria o fato de se tratar do destino irreversível do mundo e que a todos afeta.

No mesmo sentido em que a Declaração do Milênio, Bauman (1999, p. 7) lembra que as causas e consequências sociais da globalização são distintas para cada civilização e “a expressão ‘compressão tempo/espço’ encerra a multifacetada transformação em curso dos parâmetros da condição humana.” E considerando que este fenômeno tanto pode dividir quanto unir⁴, melhor que se unam esforços para que sejam extraídos os melhores proveitos, possibilitando o intercâmbio de informações, já que a comunicação entre as elites altamente globalizadas e o restante da população cada vez mais “localizada”, seria uma forma indesejada de ruptura entre os povos.

⁴ Para Bauman (1999) a globalização tanto divide como une e ambos os fenômenos ocorreriam exatamente pelas mesmas causas. Para o autor, “junto com as dimensões planetárias dos negócios, das finanças, do comércio e do fluxo de informação, é colocado em movimento um processo ‘localizador, de fixação no espaço.’” (p. 8). Enquanto para alguns a globalização significa lançar um segmento da população ao mundo global, para outros significa a segregação à figura da “localização”, sendo neste último caso um efeito indesejado, já que limita a sua mobilidade. Isso porque, para o autor, a liberdade de movimentos seria um efeito altamente desejável diante da realidade de que por desígnio ou à revelia, todos estamos em movimento. Por isso, aqueles são plena e verdadeiramente globais dão o tom, ditam as regras do jogo da vida, enquanto aqueles que se fixam em sua “localidade” seriam sinônimo de privação e degradação social.

E continua o autor sustentando que “uma parte integrante dos processos de globalização é a progressiva segregação espacial, a progressiva separação e exclusão. As tendências neotribais e fundamentalistas, que refletem e formulam a experiência das pessoas na ponta receptora da globalização, são fruto tão legítimo da globalização quanto a “hibridização” amplamente aclamada da alta cultura — a alta cultura globalizada.” (p. 9)

Por sua vez, Sen (2002) propõe uma reflexão acerca das grandes diferenças de riqueza e pobreza no mundo e questiona, entre outras coisas, se a ausência de reflexão ética é decorrente da falta de empatia, talvez uma cegueira moral ou um egocentrismo extremo que estaria afetando a atuação da humanidade. Reconhecendo que não se trata de uma resposta fácil, compreende que a indiferença estaria mais atrelada a uma falta de conhecimento do que de solidariedade, fruto de um otimismo irracional ou de um pessimismo sem fundamento.

O problema do otimista seria esperar que os benefícios econômicos sentidos por uma parcela do mundo se estenda automaticamente para o restante. Diferente do pessimista, que “reconoce y subraya la persistencia de la miseria en el mundo. Pero también es pesimista acerca de nuestra capacidad para cambiar las cosas.”⁵ (SEN, 2002, p. 222)

A convergência entre os dois (o otimista e o pessimista) seria a resignação, a passividade global que se nutre da cegueira moral, pois enquanto o primeiro pensa que não vale a pena resistir o segundo acha que é inútil. Neste contexto, o autor lembra que a globalização tem contribuído há muito tempo para o progresso do mundo por meio das viagens, do comércio, da migração e difusão das diferentes culturas, do conhecimento e da tecnologia e que detê-la traria um dano irreversível ao progresso da humanidade.

Conclui que embora na atualidade possa se pensar na globalização como uma forma de domínio ocidental, historicamente demonstra que muitos benefícios são dela advindos e converge com a Declaração do Milênio ao enfatizar que mais importante do que pensar sobre os eventuais malefícios da globalização, a questão mais importante é “como dar buen uso a los grandes beneficios derivados de las relaciones económicas y del progreso tecnológico, em tal forma que se preste la debida atención a los intereses de los más pobres.”⁶ (SEN, 2002, p. 224)

Assim, faz-se necessário pensar em formas de interação para permitir que os países e classes mais desfavorecidos possam se beneficiar da grande possibilidade de interação mundial, uma união de esforços é essencial e somente poderia ser proporcionada frente a realidade globalizada em que se vive.

Além disso, outra faceta da globalização a ser considerada, diante da proposta de analisar e extrair o melhor proveito de formas de solução de conflito que não dependam do Poder Judiciário, são as questões culturais. Isto porque pensar em soluções de forma global pressupõe a tolerância aos diferentes métodos, já que estes são advindos de culturas específicas.

⁵ Diferente do pessimista, que “reconhece e enfatiza a persistência da pobreza no mundo. Mas também é pessimista sobre a nossa capacidade de mudar as coisas”. (tradução livre)

⁶ [...], a questão mais importante é “fazer bom uso dos grandes benefícios das relações econômicas e progresso tecnológico, de forma que se dê a devida atenção aos Interesses dos mais pobres”. (tradução livre)

A cultura pode ser estudada sob dois prismas: considerando determinada sociedade ou de forma diversa, analisando o indivíduo. Independentemente da complexidade em se conceituar a cultura, ou do ângulo sob o qual é vista (sociedade ou indivíduo), Jobim (2014, p. 24) apresenta a possibilidade de que seja considerada como tudo aquilo que influencia o desenvolvimento da “capacidade espiritual e corporal do indivíduo” e traz os ensinamentos de Miguel Reale, segundo o qual poderia a cultura ser vista sob dois sentidos, o subjetivo e o objetivo. Aquele seria o que cada ser humano acumula de suas experiências passadas e este sendo “a carga acumulada na sociedade de determinados bens materiais e imateriais”, tudo o que “determinada sociedade pode oferecer culturalmente pela sua historicidade acumulada”.

Ao tratar sobre a identidade, Sen (2007) afirma que é um equívoco tentar relacioná-la a uma única característica (seja no sexo, na religião, cor, etc.), já que um único indivíduo pertence a várias comunidades (política, étnica, profissional, etc.) devendo-se considerar toda a complexidade das vidas pessoais e sociais.

A solitarist approach is, in general, a very efficient way of *misunderstanding* nearly everyone in the world. In our normal lives, we see ourselves as members of a variety of groups – we belong to all of them. The same person can be, without any contradiction, a Norwegian citizen, of Asian origin, with Bangladeshi ancestry, a Muslim, a socialist, a woman, a vegetarian, a jazz musician, a doctor, a poet, a feminist, a heterosexual, a believer in gay and lesbian rights, and one who believes that many of the most important problems that Norway faces today could be resolved if Norwegians could be made to take an interest in the game of cricket. Each of these identities can be of significance to the person, depending on the problem at hand and the context of choice, and the priorities between them could be influenced by her own values as well as by social pressures.⁷ (SEN, 2008, p. 7-8)

Considera que o que preside à globalização das ideias é a eticidade dos valores humanos (e, portanto, universalizáveis) e não estão necessariamente atreladas a questões regionais. Nenhuma cultura se esgota em si e nem subsiste sem suas congêneres, sendo criticado por Sen (2007) o monoculturalismo plural, taxando como indesejável a imposição exclusivista de uma cultura e até mesmo insustentável que se pretenda defender uma cultura à custa da liberdade daqueles que as integram.

⁷ Uma abordagem isolada é, de modo geral, muito eficiente de entender de forma equivocada quase todos no mundo. Em nossas vidas comuns, nós nos vemos como membros de uma variedade de grupos – nós pertencemos à todos eles. A mesma pessoa pode ser, sem qualquer contradição, um cidadão norueguês, de origem asiática, com ascendência de Bangladesh, um muçulmano, um socialista, uma mulher, um vegetariano, um músico de jazz, um médico, um poeta, um feminista, um heterossexual, um crente em direitos de gays e lésbicas, e aquele que acredita que a maioria dos problemas importantes que a Noruega enfrenta hoje, poderia ser resolvido se fosse possível fazer os noruegueses se interessarem no jogo de cricket. Cada uma dessas identidades pode ser de grande importância para a pessoa, dependendo do problema enfrentado e no contexto de sua escolha, e as prioridades entre eles pode ser influenciado por seus próprios valores, bem como por pressões sociais. (tradução livre)

Diz-se com frequência, não sem alguma razão, que é impossível raciocinar a partir do nada. Mas tal não implica que todas e quaisquer associações anteriores de uma pessoa tenham de permanecer incontestáveis, indiscutíveis e permanentes.

A alternativa à tese da *descoberta* da identidade não é a da escolha efectuada a partir de uma posição *esvaziada* de qualquer identidade (como alguns polemistas defensores da teoria comunitária parecem sugerir) mas a do prevalecimento da possibilidade de escolha, independentemente da posição mais ou menos *cheia* que se ocupe. A escolha não exige que se salte do nada para algum lado, mas pode levar a que nos movimentemos de um lado para o outro. (SEN, 2007, p. 67)

Assim, observa-se que os efeitos da globalização são complexos, já que por um lado possibilita a aproximação de diferentes culturas e por outro pode torná-las ainda mais distantes. Isto porque, se para determinadas sociedades existe a liberdade de integração entre os povos, em outras a simples ideia de miscigenação dos costumes faz com que se imponha a absoluta observância às tradições, de forma extremista, tolhendo a liberdade de escolhas do indivíduo.

Daí a importância de se estudar a globalização não somente pelo aspecto econômico (designada por Bauman por elite global ou por sociedade localizada), mas também por sua influência na questão cultural.

Complementando esta contextualização, há que se considera ainda a influência do tempo.

Jobim (2014) traz em sua obra a distinção entre temporalidade e historicidade, sendo aquele a mera contagem numérica do tempo e este a forma pela qual o tempo contribuiu para o valor na vida do homem, na sociedade e em seu fator cultural.

[...] a cultura, apensar de se manifestar de formas distintas ao longo do tempo, pode também se manifestar de diferentes maneiras, dependendo do tipo de sociedade em que se vive, sendo isto de vital importância também ao direito e ao processo, pois estes devem estar de acordo com a cultura de seu povo, de sua sociedade, de sua nacionalidade, e não de meras e impensadas importações de modelos que não foram desenvolvidos para determinada sociedade. Isso se dá pelo simples fato de que mesmo que sociedades tenham uma vivência no mesmo tempo, pode existir uma abissal diferença cultural. (JOBIM, 2014, p. 31-32)

Por isso, a proposta do presente artigo é de trabalhar não apenas diferentes formas de solução de conflito, mas também considerar suas culturas de origem, sendo trazidos também métodos mais antigos, como contribuição da historicidade (tendo tais métodos agregado valor à cultura a que pertence).

O jurista português Boaventura de Sousa Santos, por exemplo, afirma que o Direito é contextualizado e que uma série de relações sociais estão inseridas nesse contexto. Os contextos, portanto, criam direitos. A partir do período moderno, o Estado passa a assumir o Direito, tentando neutralizá-lo das eventuais formas de produção jurídica não-estatais. A

presença de outros contextos sociais, porém, põe em questão esse monopólio do Estado moderno. Boaventura de Souza Santos faz a distinção entre quatro contextos sociais de direito e analisa-os por condicionarem as demais relações sociais:

a) o contexto doméstico, com as relações familiares, as relações entre marido e mulher e os filhos. A unidade de prática, nesse contexto, é a família, a forma institucionalizada são o casamento e o parentesco, e o mecanismo de poder é o patriarcado. A juridicidade nesse caso é percebida nas normas que garantem a convivência na família. O modo de racionalidade é a maximização do afeto;

b) o contexto da produção, que representa as relações no processo de trabalho, no nível da empresa e entre os trabalhadores. A unidade de prática social é a classe, a forma institucional é a empresa, o mecanismo de poder é a exploração e a forma de juridicidade é o direito da produção, como o código da empresa e o seu regulamento. O modo de racionalidade é a maximização do lucro;

c) o contexto da cidadania, que seriam as relações sociais entre o Estado e os cidadãos. Nesse contexto, a unidade de prática é o indivíduo, a forma institucional é o Estado, o mecanismo de poder é a dominação e a forma de juridicidade é o direito territorial, o direito oficial estatal, único para a dogmática jurídica. O modo de racionalidade é a maximização da lealdade;

d) o contexto da mundialidade, isto é, das relações entre os Estados, as relações econômicas internacionais. A unidade de prática é a nação, a forma institucional são as agências, os acordos e os contratos internacionais, o mecanismo de poder é a troca desigual e a forma de juridicidade é o direito sistêmico, com suas normas muitas vezes não escritas que regulam as relações entre os Estados. O modo de racionalidade é a maximização da eficácia.

Esses contextos representam sistemas jurídicos que produzem decisões. Segundo esse autor, “nesta concepção, a dominância do direito estatal pressupõe, ao contrário do que proclama a dogmática jurídica, a sua não exclusividade e a sua não unicidade”. (SANTOS, 1991, p. 278).

3. POLICENTRALIDADE E MEIOS INFORMAIS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Outra das preocupações externadas pelas Nações Unidas é a da manutenção da paz e segurança e para que isto se torne possível prevê na Declaração do Milênio a necessidade de recursos e instrumentos para concretizar a sua tarefa de prevenção de conflitos e sua resolução pacífica.

Conforme se observa, mesmo diante de um cenário otimista de colaboração entre as nações para alcançar os ODM, o reconhecimento da existência de conflitos é inevitável, restando a partir de sua existência a árdua tarefa de pacificar as relações sempre que se estiver diante de interesses conflituosos.

Como oitavo objetivo⁸ da Declaração do Milênio, foi estabelecida a criação de parcerias mundiais para o desenvolvimento. Não obstante as metas e indicadores para aferição do cumprimento do objetivo, no Relatório Nacional de Acompanhamento apresentado pelo Brasil no ano de 2014 foram realizadas algumas adaptações e substituições de indicadores por entender o governo brasileiro que nem sempre os indicadores da ONU representam de forma fidedigna a situação a ser acompanhada.

O oitavo objetivo intenciona que os países com maior grau de desenvolvimento prestem cooperação e assistência internacional. Neste sentido, o Brasil tem demonstrado esforços em contribuir com a solução de conflitos, mostrando-se “um participante ativo no sistema de solução de controvérsias da OMC” (IPEA, 2014, p. 127) e por meio de sua atuação ativa nas soluções de conflitos, o Brasil entende estar dando cumprimento ao oitavo objetivo.

Nesta esteira, as soluções poderiam partir da atuação do Estado ou por meios alternativos de solução de conflito.

O autor Jean-Pierre Arnaud promove um questionamento contemporâneo sobre as alternativas à regulamentação jurídica do Estado e os meios informais de resolução de conflitos, e para isso considera o que ele intitula de pluralismo jurídico que “[...] se caracteriza por uma aparente multiplicidade de fontes e das soluções de direito bem dentro de uma ordem jurídica” (ARNAUD, 2000, p. 362).

Jean-Pierre Arnaud enfoca o pluralismo jurídico segundo a dogmática, uma vez que o ressalta como internormatividade. O estudo das normas jurídicas constitui objeto de análise fundamental para se apreender o conflito entre o Direito e as práticas jurídicas. Seguindo dogmatismo, tal autor sopesa que vários sistemas jurídicos podem coexistir, num mesmo período e num determinado lugar, porém apenas um deles ganhará o nome de “Direito”.

Ainda a respeito do próprio conceito de pluralismo jurídico, Arnaud promove um estudo do que chama de policentralidade, isto é, a produção da norma por mais de um criador

⁸ As metas propostas envolvem: mudanças no sistema financeiro internacional; atendimento a demandas específicas dos países menos desenvolvidos com relação a questões comerciais e de financiamento externo; atenção às necessidades dos países insulares e daqueles sem acesso ao mar; repactuação das dívidas das nações altamente endividadas; e ampliação do acesso a medicamentos e a tecnologias da informação e de comunicações. (IPEA, 2014, p. 126)

legítimo. A policentralidade se contraporia à monocentralidade, isto é, que atribuiria a origem do Direito a uma única fonte que seria o Estado.

3.1. DIREITO PRIMITIVO E A SOLUÇÃO DOS CONFLITOS

O reconhecimento social da decisão já está presente no mundo do Direito muito antes do surgimento do Estado Moderno. Radcliffe-Brown, ao trabalhar o direito primitivo, mostra que nas chamadas sociedades analfabetas apresentavam dois tipos de direito: os chamados direito dos delitos públicos e o direito dos delitos privados (RADCLIFFE-BROWN, 1973). No primeiro caso, tinha-se uma violação ao direito que ofenderia toda a comunidade. Nesse caso, a sanção aplicada deveria ser uma sanção ritualística, ou seja, deveria haver um ritual dramático para que toda a comunidade percebesse que a justiça estava sendo feita. Exemplo disso seria a bruxaria, prática censurada em praticamente todas as comunidades ditas primitivas.

Já no caso do direito dos delitos privados, a ofensa só alcançaria um único indivíduo ou mesmo uma família. Nessa situação, haveria uma sanção de restituição. O chefe da tribo ou algum representante dele atuaria como mediador e aplicaria a sanção que normalmente seria uma restituição do bem violado. Um exemplo disso seria o furto de uma vaca, ou mesmo um homicídio. Como não envolveria toda a sociedade, a sanção poderia ser a restituição de duas vacas ou mesmo a morte de um membro da família do homicida. Vale lembrar que em várias sociedades primitivas, o homicídio não é um ato que ofende a todo o grupo, mas apenas a uma família em particular.

Se após a mediação feita pelo chefe ou por representante da tribo, a parte não cumprir a determinação estabelecida, esse ato se torna uma violação a todo o grupo e passa a ser enquadrado como um direito de delito público que poderá sofrer uma sanção ritualística. A mediação nas sociedades primitivas também assumia importância na resolução de conflitos e na manutenção da paz social.

4. MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS

Ao invocar a exclusividade da tutela jurisdicional, o Estado trouxe para si o poder/dever de promover a pacificação social por meio de uma atuação positiva. Assim, passou a fazer parte de seus deveres o de assegurar o acesso à justiça para todos os cidadãos.

Entretanto, os direitos fundamentais (entre eles o próprio acesso à justiça) estariam em crise, sendo possível atribuir esta situação à incapacidade prestacional do Estado, além do fenômeno da globalização econômica e do neoliberalismo.

Esta assim denominada crise dos direitos fundamentais, ao menos na sua feição atual, a despeito de ser aparentemente mais aguda no âmbito dos direitos sociais (em função da redução da capacidade prestacional do Estado, da flexibilização dos direitos trabalhistas, etc.), é, contudo, comum a todos os direitos fundamentais, de todas as espécies e “gerações”, além de não poder ser atribuída, no que diz com suas causas imediatas, exclusivamente ao fenômeno da globalização econômica e ao avanço do ideário e da *práxis* neoliberal. (SARLET, 1999, p. 136)

O aumento da opressão socioeconômica e da própria exclusão social estaria ocasionando a diminuição da capacidade de se assegurar a fruição dos direitos fundamentais.

Neste particular, três observações merecem ser feitas: a primeira, seria no sentido de que se o poder de jurisdição for tratado como única possibilidade de alcançar a pacificação das relações, estariam as partes atreladas à observância de um processo formal (e em sua maioria moroso pelo próprio rito estabelecido pela legislação processual), além de condicionados a submeter-se a uma decisão imperativa proferida pelo juízo. Isto acontece porque uma vez entregue o conflito para uma solução jurídica, o Estado substitui a vontade dos particulares e pela manifestação do *imperium* não deixa outra alternativa senão o cumprimento de sua vontade, já que esta possui força coercitiva.

A segunda observação seria de que uma vez cientes do sobrecarregamento do Poder Judiciário, tem-se incentivado a utilização de meios alternativos de solução de conflito, como uma forma de tirar dos ombros do Estado o peso da exclusividade de solucionar as demandas, além de possibilitar que as próprias partes litigantes possam encontrar a melhor alternativa para o seu problema. Desta forma, diferente do cenário acima descrito, não se falaria em parte vencedora e parte vencida, já que ambos estariam de acordo com a solução entabulada.

E, a terceira, considerando que o acesso à justiça não pode mais ser encarado unicamente como o simples direito de ação, parece ser coerente que não seja ele visto como um sinônimo de atuação do Estado.

No Direito Moderno, ao estudar as barreiras ao acesso efetivo a justiça, Mauro Capelletti e Bryant Garth (1988) desenvolvem a teoria das ondas renovatórias. As formas alternativas de resolução de conflitos estariam contidas na terceira onda.

A primeira onda enfatiza a necessidade de amparar aqueles que não têm como custear as despesas processuais, com honorários e demais valores. A segunda onda, com a representação dos chamados direitos e interesses difusos. E então a terceira onda, com os

chamados métodos alternativos para a resolução das controvérsias, em que está inserida a temática desse trabalho.

Segundo Eugenio Facchini Neto (2009), em seminário internacional sobre o tema em 2001, proferido na Universidade de Florença, há uma crescente incapacidade institucional dos sistemas jurídicos tratarem das novas demandas, de abordarem os diversos sujeitos diante de uma ineficiência da justiça estatal, principalmente em compor as lides de forma satisfatória.

Por ser a justiça tradicional considerada cara e custosa, muitas demandas não chegam formalmente ao Poder Judiciário. E assim, muitas vezes outras formas de resolução desses conflitos surgem⁹.

Dois são os principais fatores para o crescimento das chamadas formas conciliatórias de solução das controvérsias:

- 1) Dificuldade de acesso à justiça pelos mais pobres, principalmente diante do alto custo e da duração do processo ordinário;
- 2) Uma insatisfação crescente com o formalismo e valorização do papel das partes na tomada de decisões.

Nessas formas de resolução de conflitos tem-se uma tendência para a desformalização e para a deslegalização.

Desformalização diante da necessidade, no Estado Moderno, de se ter uma maior eficiência orçamentária diante de um aumento do custo e da duração do processo. Além de uma necessidade de diminuição do trabalho do magistrado a partir da composição extrajudicial de lides consideradas de menor complexidade. Deslegalização como uma busca por uma solução não legalista das controvérsias

Muito embora Taruffo (2002) adote posicionamento contrário a utilização das ADR, em passagem de seu texto traz importante argumento favorável a sua utilização, informando que se trata de um tipo de justiça coexistencial, que se contrapõe ao modelo conflitual, Neste sentido, a vantagem de sua utilização seria de que evitar o aprofundar dos conflitos, tutelando-se direitos que não o seriam por meio da função jurisdicional.

Un secondo aspetto, comesso però al primo, deriva dall'idea che le tecniche di ADR rappresentino una sorta di "giustizia coesistenziale" che va preferita rispetto alle forme di "giustizia conflittuale" tipica del processo. Essa, infatti, avrebbe il vantaggio di superare il conflitto invece di approfondirlo, come spesso avviene nei processi, e

⁹ Em matéria intitulada "Solução de conflitos e a cultura da colaboração", do dia 09/10/2014, no jornal Valor, o advogado Marcello Rodante mostrou as ações que o STF e o CNJ realizam para estimular a utilização dos métodos alternativos de resolução de conflitos no Brasil. Isso também mostra que essa preocupação com a celeridade na solução dos conflitos e a utilização dos meios alternativos já é uma preocupação do chamado "grande público".

avrebbe l'ulteriore vantaggio di rendere "giustiziabili" controversie che altrimenti rimarrebbero irrisolte perché difficilmente verrebbero portate davanti ad una corte. In questi modi si realizzerebbe quindi la tutela di diritti che non verrebbero realizzati attraverso i consueti rimedi giurisdizionali, e le alternative svolgerebbero una funzione suppletiva rispetto alla giurisdizione, in quanto contribuirebbero a realizzare l'accesso di tutti a qualche forma di soluzione delle controversie. (TARUFFO, 2007, p. 330)¹⁰

Há, dessa forma, uma série de experiências para as chamadas "fugas da jurisdição", mas todas com o objetivo de resolver litígios de forma célere, menos custosa e com técnicas simples.

4.1. ÁFRICA E OS TRIBUNAIS COMUNITÁRIOS DE MOÇAMBIQUE

Em termos gerais, tem-se nas sociedades africanas normas de caráter jurídico ainda remanescentes da origem colonial. Tais normas não estão contextualizadas na realidade africana e, portanto, não representam as características desses povos, principalmente na sua cosmologia que é baseada em crenças e mitos tradicionais. Segundo Arsenio Cuco (2013), atualmente uma série de reformas legais são realizadas em Moçambique para inserir características locais, uma vez que os costumes não eram abordados pela legislação. Conflitos sociais muitas vezes surgem quando normas para regular as dinâmicas sociais estão em desacordo com a sociedade em que são aplicadas.

Em muitas crenças tradicionais nas sociedades africanas encontramos mecanismos de resolução de conflitos, muitos desses mecanismos diferentes da tradição jurídica da Europa, principalmente diversos da hermenêutica europeia que foi inserida a partir da colonização portuguesa. Essas normas locais possuem até um caráter sancionador e punem aqueles que violam as tradições da comunidade com base em mecanismos locais de justiça e de direito, sendo algumas dessas normas locais contrárias ao que estabelece a justiça estatal. Em situações como essa, o Estado pode se tornar impotente para solucionar tais conflitos, uma vez que tais normas estão enraizadas no âmbito de tais comunidades.

¹⁰ Um segundo aspecto, conexo ao primeiro, parte da ideia de que as técnicas ADR representam uma espécie de "justiça coexistencial", que é preferida em comparação com as formas de "justiça conflitual" típica do processo. Na verdade essa seria uma vantagem de superar o conflito ao invés de abordá-lo com profundidade. E teria a vantagem ulterior de disputas "justiciáveis", que de outro modo, ficariam sem solução, pois dificilmente seriam levadas adiante de um tribunal. Dessa forma, seria em seguida realizada a proteção dos direitos que não seriam realizados através de remédios jurisdicionais usuais e as alternativas desempenhariam uma função suplementar em relação a jurisdição, o que auxiliaria a alcançar o acesso de todos e qualquer forma de resolução da disputa. (tradução livre)

O enraizamento de tais normas ocorre, entre outros motivos, devido as estruturas presentes desde o período colonial em tais comunidades (autoridades tradicionais/régulos e curandeiros), além de outras que surgiram com a independência, como grupos dinamizadores, secretários dos bairros, chefes de células, chefes das 10 casas, religiosos, medicina tradicional e ONGs. Observou-se ainda em Moçambique o sistema socialista, que vigorou após a independência, entre 1975 e 1990, e o sistema democrático introduzido a partir de 1990. Essas estruturas exercem poder dentro da comunidade e gera uma situação conflitante com o sistema oficial de justiça (CUCO, 2013).

O Estado moçambicano é pluriétnico e pluricultural, mas com o reconhecimento dos usos e costumes tradicionais pela constituição de Moçambique. Além disso, há leis internas que instituem formas alternativas de resolução de conflitos, como é o caso da lei nº 4/92, que cria os tribunais comunitários. Essa lei cria órgãos que buscam solucionar pequenos conflitos e que contribui para uma pacificação e harmonização com diversas práticas de justiça. Leis como essa fortalecem o Direito moçambicano, asseguram os valores culturais e proporcionam o desenvolvimento social e a solução dos conflitos.

4.2. BOLÍVIA E OS TRIBUNAIS INDÍGENAS DAS PROVÍNCIAS

A Constituição Boliviana de 2009 trouxe algumas mudanças fundamentais no âmbito daquele país e com reflexos no mundo ocidental. Além de incluir o direito a água como um direito fundamental, essa Constituição possui cerca de 70 artigos tratando do direito indígena. A Bolívia possui uma forte formação de grupos étnicos considerados indígenas, com um presidente da república que também é de origem indígena, são os chamados povos originários. Houve inúmeras mudanças na Constituição Boliviana para transformar a Bolívia num Estado Plurinacional. Uma das inovações foi institucionalizar a justiça indígena, criando a Jurisdição Indígena Originária Campesina a partir dos artigos 190 e 192 da nova Constituição Boliviana. A função jurisdicional decorre de autoridades eleitas pela população que aplicam os princípios e valores culturais das nações e povos originários campesinos estabelecidos a partir da Constituição. A composição do Tribunal Constitucional Plurinacional, previsto constitucionalmente nos artigos 196 a 204, é mista, com magistrados eleitos com representação do sistema ordinário e do sistema indígena originário campesino, nos termos do artigo 197.

O Tribunal Constitucional da Bolívia, em setembro de 2012, confirmou a autonomia da Justiça Indígena, como já estabelecido na Constituição. A decisão, que se fundamenta em argumentos também culturais e antropológicos, asseverou que a população de Poroma tenha as

suas lides dirimidas pela Justiça Indígena Campesina, confirmando a inexistência de hierarquias entre as justiças indígena e ordinária, pois ambas formam um modelo de jurisdição multifacetado e que respeita a formação histórica e estabelece limites com base na proteção dos direitos humanos, dos tratados internacionais e das garantias constitucionais. No caso da Bolívia, a identidade cultural de sua população é fundamental para a compreensão de suas formas alternativas de resolução de conflitos, dando à Justiça Indígena Campesina status constitucional (RODEGHERI, 2014).

4.3. A *INFORMAL JUSTICE* E A EXPERIÊNCIA EUROPÉIA

Na Europa percebe-se uma redução ao desenvolvimento do *informal justice*. Esse freio ocorre devido basicamente a três fatores, quais sejam, a tradição em favor da justiça de toga, o chamado mito da unidade da jurisdição e principalmente em razão do procedimento formal dos sistemas judiciários europeus gerarem menos problemas se comparados ao *adversary system* americano. Mesmo assim houve na Europa propostas para a instauração dos procedimentos de resolução dos conflitos, dentre os quais:

1999 – Reunião de Tampere, onde o Conselho da Europa convidou países para instituir procedimentos extrajudiciais para um melhor acesso a justiça;

2004 – Comissão da União Européia apresentou a diretiva;

2007 – O Parlamento Europeu aprovou a diretiva;

2004 – “*Principles of Transnational Civil Procedure*” aprovados pela American Law Institute e pelo UNIDROIT

1993 – Aprovação pela comissão europeia do chamado “*Livro Verde*”, sobre o acesso de consumidores a justiça e o uso harmônico de procedimentos judiciais e extrajudiciais.

Além disso, na Alemanha, diante do volume de processos, os Secretários Estaduais de Justiça (*Landers*) buscaram estratégias para convencer as partes a buscarem acordos sobre suas disputas fora dos tribunais, principalmente a mediação e arbitragem e, no âmbito judicial, a utilização do chamado *Stuttgart Model*.

Na Inglaterra, foram criadas várias organizações para buscar procedimentos extrajudiciais de resolução de conflitos, entre as quais, o *Center for Dispute Resolution (CEDR)* e o *British Academy of Experts*.

Segundo Facchini Neto (2009), a partir do Direito Comparado, percebe-se que os ordenamentos jurídicos contemporâneos buscam tratar da “*informal justice*”. No sistema

romano-germânico, houve uma predominância de reformas processuais que simplificavam procedimentos, buscam soluções consensuais e um aumento dos poderes do juiz.

Já o modelo norte-americano “rompe com o monopólio estatal da jurisdição”.

A Europa tenta barrar o crescimento dos sistemas de “*informal justice*” pelos seguintes motivos: a tradição em favor da justiça togada, o mito da unidade da jurisdição e o fato de que “o procedimento formal regular dos sistemas judiciários europeus ocasiona menos problemas relativamente a custos e complexidade técnica do que aquilo que acontece como *adversary system* norte americano”.

Entende-se ainda que os Estados Unidos são um país com maior presença de alternativas ao processo por ser caracterizado por novas idéias, ao contrário do que acontece na Europa. Os Estados Unidos ainda tem um direito processual mais custoso e demorado, não tem sucumbência (salvo raras exceções) e o juiz da *Common Law* não se acostumou a envolver-se diretamente no processo.

4.4. ADR NOS ESTADOS UNIDOS

As formas alternativas de resolução de conflitos são um problema universal atualmente e tem um ambiente mais nítido de aplicação nos Estados Unidos. São os chamados meios alternativos de resolução de conflitos, as chamadas ADR – *Alternative Dispute Resolution*. O processo judicial norte-americano é complexo, extremamente técnico e com custos elevados, o que inspirou a busca por soluções rápidas e menos onerosas. Nos EUA, 95% das causas são compostas pelas partes antes da sentença final e o movimento da ADR é visto como uma tentativa de resolução mais rápida da controvérsia e não um afastamento da jurisdição. A ADR seria uma tentativa de se evitar que o acordo seja feito após o gasto de elevadas somas. Para tratar das ADR, apoia-se fundamentalmente na abordagem de Facchini Neto (2009, 2011).

Nos Estados Unidos, o início dessa discussão ocorreu em 1976, no simpósio intitulado “*The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*” (As causas da insatisfação popular com a administração da justiça) para comemorar o 70º aniversário do discurso de Roscoe Pound e não parou de evoluir desde então.

Em 1985, o Congresso americano financiou oito programas pilotos de arbitragem endoprocessual obrigatória; em 1988, o *Judicial Improvements and Access to Justice* (Leis sobre aperfeiçoamento judicial e acesso a justiça) autorizou e implementou as experiências; em 1990, o *Civil Justice Reform Act* (Lei sobre a reforma da justiça civil) favoreceu e desenvolveu

as ADR na Justiça Federal e em 1998, o conceito formal das ADR foi formulado pela lei federal conhecida como *Alternative Dispute Resolution Act of 1998*:

For purposes of this chapter, an alternative dispute resolution process or procedure, other than an adjudication by a presiding judge, in which a neutral third party participates to assist in the resolution of issues in controversy, through processes such as early neutral evaluation, mediation, mini-trial, and arbitration...¹¹

Se alguns procedimentos de ADR são obrigatórios, a maioria é facultativa. De qualquer forma, o resultado nunca é vinculante, podendo a parte requerer novo julgamento no judiciário. Seria então uma “condição de procedibilidade da ação civil”, como afirma Facchini Neto (2009).

As ADR podem ser classificadas entre modelos conciliatórios (*consensual-oriented model*) e modelos decisórios (*decision-oriented model*).

Nos modelos conciliatórios busca-se a composição da controvérsia através de uma solução acordada entre as partes. Menciona-se como exemplos a *mediation*, a *early evaluation* e o *summary trial*.

No modelo decisório busca-se a solução do conflito por uma decisão de terceiro, desde que esse terceiro não seja um juiz. Exemplo é a arbitragem.

No caso dos Estados Unidos, o modelo conciliatório prevaleceu. Houve também uma mudança significativa junto a isso, uma mudança do paradigma do advogado nos EUA que de um “*adversarial advocate*” passou para um “*legal counselor*” (de *advogado litigioso* para *conselheiro jurídico*). Essa mudança foi acompanhada por uma transformação nos cursos de Direito que introduziram disciplinas sobre negociação de causas e outras técnicas para a resolução alternativa dos conflitos.

Nos Estados Unidos têm-se inúmeras formas de ADR, sendo algumas vinculadas ao judiciário e outras não. A seguir serão tratadas algumas dessas formas.

4.4.1 Técnicas de ADR endoprocessuais e extraprocessuais

J. Resnik, citado por Facchini Neto (2009) aponta como mais conhecidas técnicas alternativas de resolução de conflito nos Estados Unidos:

¹¹ Para o propósito deste capítulo, uma forma alternativa de resolução do processo ou procedimento, não conduzido nem julgado por um juiz togado, em que uma terceira parte neutra participa para assistir na resolução das questões controvertidas, por meio de procedimentos como análise precoce e neutra, mediação, minijulgamento e arbitragem... (tradução livre)

A) *A court-annexed arbitration* (arbitragem vinculada ao juízo): em um momento do processo (geralmente no início), as partes submetem-se a um árbitro ou colégio arbitral, cuja decisão não é vinculante. Quando proferida, é possibilitado às partes dirigirem-se ao juízo onde tramitava a demanda pedindo a instauração do “*trial de novo*” (nova análise da causa), no prazo de 30 dias, sem que isto se configure em um recurso ao juiz. Quando não pedida a “*trial de novo*” o laudo ganha força de sentença judicial.

B) *Michigan Mediation*: técnica que prevê a penalização da parte que recuse a proposta de solução do mediador, quando esta se mostrar posteriormente razoável, de acordo com a análise do julgador, que a faz com base em critérios objetivos. A pena consiste em arcar com as despesas processuais.

C) *Court-Annexed Mediations* (mediação endoprocessual): método desenvolvido de forma padronizada, iniciando-se pelos esclarecimentos do mediador sobre o procedimento e seu papel. Após ouvir as partes e obtido o acordo, o mediador reduz a termo o acordo obtido. Podem também os advogados redigirem o acordo e submeterem-no ao mediador.

D) *Summary Jury Trial* (julgamento sumário por júri): desenvolve-se perante juiz ou júri simulado (composto por pessoas indicadas pelo juiz), tão somente com base na argumentação dos advogados (sem apresentação de provas) e cujo parecer é meramente opinativo, com objetivo de conduzir as partes a um acordo.

E) *Minitrial*: processo simulado (júri composto por árbitro e por altos dirigentes das partes), cujo objetivo é possibilitar que os executivos tenham noções reais sobre a viabilidade de suas pretensões. Pelo exercício estimulam a *mea culpa*, desarmando os espíritos e abre a disponibilidade para o acordo.

F) *Early Neutral Evaluation* – ENE (avaliação preliminar): após a oferta da contestação, as partes apresentam sua versão do caso de forma sumária a um terceiro especializado na matéria (avaliador neutro), que elaborará parecer sobre o provável resultado da causa, possibilitando o acesso às partes a uma opinião isenta e com conhecimento sobre a provável solução a ser dada ao litígio.

G) *Settlement Conference* (audiência de conciliação): ato realizado pelo juiz, em que este participa das tratativas entre as partes ou seus advogados, com o intuito de fazer com que cheguem a um acordo. Tornou-se obrigatória na justiça federal americana em 1983, por meio da alteração da *Rule 16* das *Federal Rules of Civil Procedure*.

Também é possível mencionar a *Appellate Mediation* (mediação recursal), em que ao chegar ao tribunal todas as apelações (antes de tornarem-se apelação propriamente dita) são submetidas a uma triagem para destacar aquelas em que, pela natureza e peculiaridades da

controvérsia, existem possibilidades de acordo. Nestes casos, o mediador se reúne (pessoalmente ou pelo telefone) com os advogados das partes e incentiva um acordo.

Além destes, Facchini Neto (2009) mostra que O. Chase acrescenta a “final-offer arbitration”: em que o árbitro deve optar entre uma das propostas de composição do litígio formulado por cada uma das partes e “one-way arbitration”: em que somente uma das partes fica vinculada ao laudo arbitral.

Os exemplos citados envolvem a jurisdição federal americana, embora tem-se exemplos também de experiências no plano estadual, como a própria mediação que é incentivada sob a supervisão dos juízes.

Existe no Estado da Pennsylvania o *compulsory arbitration*, que se trata de um colégio arbitral integrado por três advogados escolhidos por um comitê especial. As partes, antes de terem acesso a jurisdição, devem ter acesso a esses colégios arbitrais.

Na Califórnia, tem-se o *rent-a-judge experiment* (projeto “alugue um juiz”). Nesse caso, um *referee* (que normalmente é um juiz aposentado), remunerado pelas partes, e dependendo da matéria, profere praticamente uma sentença seguindo o Código de Processo Civil da Califórnia. De sua decisão cabe recurso para o juiz estadual de 1º grau.

Apesar da vantagem econômica e de celeridade desses procedimentos estaduais citados a cima, houve questionamentos sobre possível violação da cláusula do *equal protection of the laws* (14ª Emenda), pois apenas os ricos poderiam recorrer a tal experiência. Além disso, alegou-se a possível violação ao *due process clause* (devido processo legal), pois um árbitro particular poderia violar a imparcialidade.

4.4.2. Argumentos favoráveis e contrários a ADR

São os seguintes argumentos favoráveis e contrários as ADR. Entre as principais vantagens: incentivar a rápida resolução de conflitos e num custo menor, permitir uma maior participação das partes sobre o processo e conseqüentemente uma reconciliação a partir de uma comunicação mais eficaz entre elas. Segundo Facchini Neto (2011, p.123), “enquanto o processo judicial ordinário ‘olha para o passado’ da relação litigiosa, a ADR ‘olha para o futuro’, ficando mais próxima da ideia de justiça coexistência da qual se fala frequentemente”.

Alguns defensores das ADR citam como positiva a retirada do Poder Judiciário das ações de menor valor econômico e relevância jurídica, cuidando a justiça ordinária apenas de casos mais relevantes. Além de frear o chamado ativismo judicial, principalmente aquele que estava presente nas ações envolvendo direito do consumidor.

Entre as principais desvantagens, apontam-se: o risco de uma justiça de segunda mão, sem a garantia da independência do juiz, sua menor qualificação e redução das garantias processuais. A ausência de garantias e o informalismo podem significar um prejuízo para a parte mais vulnerável do litígio. Muitos consideram esse movimento juridicamente conservador, pois impediria o acesso a justiça ordinária dos grupos sociais mais vulneráveis. Nem sempre o acordo significa uma harmonia entre as partes, pois surgem discordâncias na fase executória.

Taruffo (2002) apresenta uma série de críticas aos métodos alternativos de resolução de conflitos, às ADR.

Segundo o autor italiano, há uma razão prática para a utilização das ADR, que seria a ineficiência estatal de resolver questões jurisdicionais. E segundo ele, busca-se com tais medidas diminuir a carga de trabalho dos magistrados e encontrar uma solução, “qualquer” solução, para o caso concreto. Diante da ineficiência do Estado, a resolução das controvérsias estaria na jurisdição, com procedimentos acessíveis a todas as pessoas, e não na “fuga da jurisdição”, como acontece, segundo ele, no caso das ADR. Os principais problemas enfrentados pelas ADR seriam então: a) A mediação resolve conflitos, mas possui a dificuldade em solucionar as controvérsias que envolvem a tutela de direitos, pois a mediação envolveria interesses não-jurídicos presentes nos conflitos; b) As ADR não diminuem a desigualdade entre as partes, não protegem a parte mais fraca na controvérsia, pois seu intuito é solucionar o conflito e chegar a um acordo. Nesse caso, não seria incomum chegar-se a soluções injustas que foram impostas pela parte mais forte; c) A tutela do direito dos mais fracos seria prejudicada nas ADR, pois seus direitos não seriam protegidos pela “indisponibilidade”, de forma que o sujeito mais fraco pode dispor dos seus direitos e realizar o acordo proposto pelo sujeito mais forte; d) Além da dificuldade desses procedimentos alternativos em lidar com conflitos que envolvam a proteção dos direitos fundamentais, como a vida, a liberdade e a dignidade da pessoa humana.

Parece que as críticas de Taruffo (2002) dizem respeito não apenas a tutela dos direitos, mas uma dificuldade em se proteger o indivíduo que realiza o acordo, como se ele sozinho jamais tivesse condições de saber o que lhe é mais adequado, decidir e acordar para resolver a questão, como se apenas o Estado, através da figura do magistrado treinado e isento, tivesse condições de viabilizar esse acordo justo. Deixando bem claro que na situação atual o Estado e o magistrado não têm essas condições, mas teriam caso o legislador fizesse alterações legais que garantissem no futuro um procedimento rápido, eficiente e acessível a todos os

cidadãos. Enquanto isso não acontece, as controvérsias não seriam solucionadas da melhor forma.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o passar do tempo as interações sociais foram se tornando cada vez mais complexas. Diante do fenômeno da globalização, os conflitos ganharam novas dimensões, o que vem tornando necessária a observação de outros requisitos para solucionar as controvérsias, além da simples aplicação da lei ao caso concreto.

Quando os conflitos extrapolam as barreiras geográficas de um Estado, isto faz com que além dos tratados internacionais, para verdadeiramente se falar em pacificação das relações, faz-se necessário que sejam observados a identidade dos indivíduos envolvidos na disputa, considerando-se sua carga cultural, bem como sua própria historicidade (entendida como a contribuição do tempo para o valor na vida do homem).

Nesta esteira, o Brasil vem atuando para auxiliar no atendimento do oitavo objetivo do milênio.

Referido objetivo é voltado em especial para os países com maior grau de desenvolvimento, tendo como um de seus indicadores a relação entre a renda nacional bruta e o montante comprometido com a cooperação e assistência internacional.

De acordo com o relatório nacional de acompanhamento apresentado pelo Brasil em 2014, este valor vem apresentando redução se comparado com anos anteriores, sendo que passou de 0,32% em 2010 para 0,29% e em 2012 (IPEA, 2014).

Daí a importância da atuação do Brasil para aumentar suas iniciativas de assistência de cooperação internacional, promovendo o diálogo a fim de facilitar as relações comerciais, mencionando com exemplo sua significativa atuação na Rodada de Doha da Organização Mundial do Comércio (OMC).

Esta atuação do Brasil como mediador para tornar o sistema multilateral do comércio mais equilibrado, seria a clara demonstração de seu empenho em contribuir para a promoção do desenvolvimento socioeconômico de forma mais justa, auxiliando o cumprimento do oitavo objetivo. Desta forma, ao invés de tornar uma situação delicada ainda mais conflituosa, atua o Brasil-mediador de forma a alcançar um objetivo comum, como uma clara demonstração de que os meios alternativos são preferíveis aos judiciais, já que uma imposição coercitiva de uma Corte jamais alcançaria uma cooperação internacional pacífica (pois imposição e cooperação não se complementam, apenas se contrapõem).

Aliás, além do aumento do grau de conflituosidade por meio de procedimentos judiciais, a crise e o enfraquecimento do Estado refletem-se na dificuldade que o judiciário enfrenta de tratar com as novas demandas que surgem numa sociedade cada vez mais complexa no cenário mundial. Se o Direito que aplicamos é posto pelo Estado, cabe ao Poder Legislativo criar as normas que são aplicadas. Se o Estado está em crise, então, essa crise é facilmente transmitida para o judiciário (SPENGLER, 2012, p. 102).

A crise do judiciário reflete na crise da jurisdição e na dificuldade em se promover a pacificação social através da composição satisfatória das lides. A justiça tradicional atualmente é considerada cara, custosa e com pouca celeridade.

As formas conciliatórias de resolução de conflitos desenvolvem-se nesse cenário de dificuldades ao acesso a justiça pelos mais pobres, seja por um excesso de formalismo, seja pela desvalorização da atuação das partes na decisão.

A abordagem ao oitavo objetivo viria a contribuir para promover o acesso a justiça a todas as camadas sociais, a partir do momento em que visa o desenvolvimento.

As ADR promovem o desenvolvimento a partir do momento em que geram cidadania, por permitir a resolução de conflito de forma mais célere com menos custo, favorecendo principalmente as partes mais fracas.

Obviamente que não se pode desconsiderar as críticas feitas às formas alternativas de resolução de conflitos. Owen Fiss (2004), por exemplo, ao analisar o contexto americano, mostra que o acordo muitas vezes reflete o poder e a quantidade de recursos que cada uma das partes possui para financiar o processo judicial. E a disparidade de recursos entre as partes nesses casos poderia influenciar tais acordos. A parte mais pobre pode, por exemplo, ser menos passível para analisar as informações necessárias, pode necessitar com mais rapidez das indenizações e celebrar rapidamente o acordo para receber mais brevemente ou pode mesmo celebrar o acordo devido a falta de recursos para pleitear o financiamento de um processo judicial. Apesar das críticas feitas às formas conciliatórias de resolução de conflitos, percebe-se o seu amplo crescimento, principalmente por solucionar o conflito de forma rápida e a um custo menor.

Entende-se que a busca pela pacificação social através do processo judicial passa necessariamente pela ampliação das formas alternativas de resolução de conflitos, como se viu nos exemplos mostrados nesse trabalho no Direito Comparado, mas essa mudança de perspectiva deve ocorrer também na cultura jurídica, principalmente nos cursos jurídicos. Foi o que fez o curso de Direito da Universidade de Harvard, a partir de 1983, quando modificou o currículo jurídico passando a orientar seus alunos para a prática amigável de conciliação ou do

acordo, ao invés do currículo anterior que buscava preparar os alunos para o embate jurídico (FISS, 2004). Essa mudança, portanto, deve ser acompanhada por uma transformação também nos curso de Direito, com a introdução de disciplinas sobre negociação de causas e outras técnicas.

Portanto, e de acordo com observações de Facchini Neto (2009), enquanto a atuação tradicional pela jurisdição como uma forma de solucionar conflitos estaria se olhando para o passado, a ADR seria um olhar para o futuro. Essa ideia resume bem a temática desenvolvida. A resolução alternativa dos conflitos é uma tendência mundial, que pode perfeitamente conviver com o processo judicial ordinário. Um não exclui necessariamente o outro, e ambos podem auxiliar na pacificação da sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDREWS, Neil. **O moderno processo civil**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2012.

ARNAUD, André-Jean e FARIÑAS DULCE, Maria José. **Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos**. São Romualdo: Renovar, 2000.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.

CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro, Forense, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CHASE, Oscar. **Direito, cultura e ritual**. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

CLASTRES, Pierre. **A sociedade contra o Estado**. 4. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1988.

COSTA-PINTO, Selena. Amartya Sen, Identity and Violence: the illusion of destiny. In **Eras**. Edition 8, November, 2006.

CUCO, Arsenio. **Cultura Jurídica e Tradição**. Porto Alegre, 2013.

EHRlich, Eugen. **Fundamentos da Sociologia do Direito**. Brasília: EdUnB, 1986.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Public Law 105-315. **Alternative Dispute Resolution 28 USC Inote**. Act of 1998.

EVANS-PRITCHARD, E. E. **Nuer Religion**. Oxford: Clarendon Press, 1956.

FACCHINI NETO, Eugênio Facchini. ADR (Alternative Dispute Resolution) – Meios alternativos de resolução de conflitos: solução ou problema? In **Direitos Fundamentais e Justiça**, ano 5, n 17, p 118-141, out/dez 2011.

_____. A outra justiça—ensaio de direito comparado sobre os meios alternativos de resolução de conflitos. In: **REVISTA DA AJURIS**. Rio Grande do Sul, AJURIS, ano 36, n. 115 (set. 2009).

FISS, Owen. **Um novo processo civil**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2004.

GEERTZ, Clifford. **A interpretação das culturas**. Rio de Janeiro: LTC, 1989.

_____. **O saber local**. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2000.

GUSDORF, Georges. Reflexões sobre a interdisciplinaridade. **Convivium** São Paulo, v. 28, n. 1, p. 19-50. Jan./Fev. 1985.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA. **Objetivos de desenvolvimento do milênio**: relatório nacional de acompanhamento. Brasília : Ipea : MP, SPI, 2014.

JOBIM, Marco Félix. **Cultura, escolas e fases metodológicas o processo**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

KEPPEN, Luiz Tomasi; MARTINS, Nadia. **Introdução a Resolução Alternativa de Conflitos**. Curitiba: JM, 2009.

MOORE, Sally Falk. **Law as Process: an Anthropological Approach**. London/Boston: Routledge & Keegan Paul, 1978.

MORAIS, José Luis Bolzan; SPENGLER, Fabiana. **Mediação e arbitragem**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008.

OLIVEIRA, Luís Roberto Cardoso de. A dimensão simbólica dos direitos e a análise de conflitos. **Revista de Antropologia**, São Paulo, USP, 2010, v. 53 n° 2, p. 451-473.

_____. **Fairness and Communication in Small Claims Courts**. (PhD dissertation, Harvard University). Ann Arbor: University Microfilms International, 1989. p. 968 (order # 8923299).

OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. **Identidade, etnia e estrutura social**. São Paulo: Pioneira, 1976.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Metas do Milênio das Nações Unidas**, 2000.

RADCLIFFE-BROWN, Alfred R. **Estrutura e Função na Sociedade Primitiva**. Rio de Janeiro: Vozes, 1973.

RODANTE, Marcello. Solução de conflitos e a cultura da colaboração. **Jornal Valor**. São Paulo, 09 de outubro, 2014. p. E2.

RODEGHERI, Letícia Bodanese. Um novo olhar sobre o constitucionalismo moderno: a possibilidade do plurinacionalismo no Brasil. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.1, 1º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Sociologia na primeira pessoa: fazendo pesquisa nas favelas do Rio de Janeiro. **Revista da OAB**. São Paulo n. 49, p. 39-79, primavera de 1988.

_____. Mudanças de paradigmas e ressurgimento do pluralismo no Direito. In: ÁVILA FAGÚNDEZ, Romualdo Roney. (Org.). **A Crise do Conhecimento Jurídico**. Brasília: OAB Editora, 2004. p. 135-147.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988. In: _____ (org.). **O Direito Público em Tempos de Crise: Estudos em homenagem a Ruy Rubem Ruschel**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9ª ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012.

SEN, Amartya. Violence, Identity and Poverty. **Journal of Peace Research**, vol. 45, no. 1, 2008, pp. 5–15.

_____. Globalmente Resignados. **Revista de Economia Institucional**. vol. 4, n. 6. Primer Semestre 2002, pp. 222-226.

_____. **Identidade e Violência: a ilusão do destino**. Lisboa: Edições Tinta-da-China, 2007.

SPENGLER, Fabiana. **Da jurisdição à mediação**. Ijuí: Unijui, 2010.

TARUFFO, Michele. **Un'Alternativa alle alterantive: modelli di risoluzione dei conflitti**, in *RePro*, n. 152, 2007, pp. 328-330.