

INFLUÊNCIAS POLÍTICAS NO PROCESSO CIVIL E OS MÉTODOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Political influences in the civil process and alternative dispute resolution methods

Paulo José Pereira Carneiro Torres da Silva

UNESA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.

Heres Pereira Silva

UNESA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.

Informações do artigo

Recebido em 21/06/2022

Aceito em 18/07/2022



Esta obra está licenciada com uma Licença [Creative Commons Atribuição 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

Como ser citado (modelo ABNT)

SILVA, Paulo José Carneiro Torres da; SILVA, Heres Pereira. INFLUÊNCIAS POLÍTICAS NO PROCESSO CIVIL E OS MÉTODOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS. *Direito, Processo e Cidadania*. Recife, v. 1, n.1, p. 139-158, jan/abr, 2022.

Editor responsável

Prof. Dr. José Mário Wanderley Gomes Neto

Resumo

O artigo tem como objetivo investigar as influências políticas que impulsionaram reformas no processo civil, mormente no que diz respeito aos métodos adequados de solução de conflitos. Para tanto, inicialmente são analisados os paradigmas estatais, do Liberalismo até o neoliberalismo, a fim de delinear os caminhos seguidos pelo legislador processual. Ademais, cuidamos de falar sobre os métodos de solução de conflitos na perspectiva do modelo socializante de processo, a partir do Projeto Florença de Acesso à Justiça e na perspectiva utilitária do neoliberalismo. Avançamos, por fim, para o tratamento dos referidos métodos a partir da doutrina garantista de processo em Ferrajoli e Eduardo José da Fonseca Costa, rechaçando assim a chamada harmonia coercitiva. Como conclusão foi possível reafirmar a importância dos Meios Adequados de Solução de Conflitos como via de realização do acesso à justiça, cumprindo escopos que nunca deveriam ter pertencido à jurisdição: a paz e a justiça social.

Palavras-Chave: Métodos adequados de solução de conflitos. Paradigmas estatais. Garantismo processual.

Abstract

The article aims to investigate the political influences that drove reforms in the civil process, especially with regard to alternative dispute resolution methods. For that, initially the paradigms of the Liberal State to the neoliberalism are analyzed in order to outline the paths followed by the procedural legislator. Furthermore, we'll address the alternative dispute resolution methods from the perspective of the socializing process model, from the Florence Access to Justice Project and from the utilitarian perspective of neoliberalism. Finally, we move on to the treatment of these methods based on the guaranteeist doctrine of process in Ferrajoli and Eduardo José da Fonseca Costa, thus rejecting the so-called coercive harmony. In conclusion, it was possible to reaffirm the importance of alternative dispute resolution methods as a means of achieving access to justice, fulfilling a scope that should never have belonged to the jurisdiction: peace and social justice.

Keywords: Proper methods of conflict resolution. State paradigms. Procedural guarantee.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa analisar as influências políticas no processo civil a partir dos paradigmas do Estado de Direito, situando os métodos adequados de solução de conflitos neste panorama que gira entre privatismo e publicismo, diretamente correlacionados aos paradigmas estatais liberais e sociais, respectivamente.

A fim de alcançar este objetivo o trabalho irá se dividir em dois pontos. Num primeiro momento analisaremos os paradigmas estatais, seguidos da sua influência no processo. Dessa forma, no capítulo 1, abordaremos a sistematização histórica do processo a partir destes paradigmas.

Na subseção 1.1, abordaremos o liberalismo econômico e o seu modelo privatista de processo, processo esse ligado umbilicalmente ao direito material e que foi chamado mesmo de um contrato ou quase-contrato, mas que não resistiu a uma análise mais apurada, especialmente pela doutrina alemã.

Na subseção 1.2, trataremos do modelo socializante de processo que se correlaciona com o publicismo processual, isto é, de como as normas processuais visam o fortalecimento da magistratura em detrimento dos interesses subjetivos do processo, em prol da realização de uma suposta justiça social.

Por fim, na subseção 1.3, avaliamos os impactos das reformas (e das tendências reformas) processuais na ótica do neoliberalismo, traçando um cenário mercadológico que vai influenciar o modo de entrega da justiça.

Posteriormente, abordaremos especificamente os métodos de solução de conflitos, mas aqui trataremos os Meios Adequados de Solução de Conflitos passando da ótica socializante, até chegar ao aspecto neoliberal, que pretende a utilização de tais métodos a partir da visão de mercado.

Na segunda parte também inserimos a doutrina garantista, que em contraposição ao publicismo processual — e sem fazer um retorno ao privatismo — entende o processo como uma forma de garantia das partes contra o arbítrio estatal, especialmente em razão da sua localização constitucional, isto é, o processo é uma garantia individual e não uma forma de organização do Estado, como visto pelo estudo proeminente da jurisdição por parte da doutrina publicista.

Sobre a inserção do garantismo neste ponto do trabalho, justifica-se pelo fato de que o modelo garantista, em que pese a vigência da constituição, ainda não é uma realidade na doutrina pátria e menos ainda na jurisprudência dos Tribunais Superiores, de modo que seria atécnica a sua disposição na primeira parte do trabalho.

Ademais, objetivamos também inserir a problemática da legislação sobre os Meios Adequados de Solução de Conflitos e da pertinência da imposição de conciliação, a dita harmonia coercitiva.

A fim de alcançar os objetivos acima descritos, a presente pesquisa se valerá da metodologia da revisão bibliográfica, utilizando a análise crítica dos principais referenciais teóricos para realizar o cotejo entre as perspectivas do neoliberalismo e do garantismo.

2 A SISTEMATIZAÇÃO HISTÓRICA DO PROCESSO A PARTIR DOS PARADIGMAS ESTATAIS

A clássica teoria geral do processo costuma apresentar a evolução do direito processual civil a partir do contexto histórico das diferentes fases metodológicas pelas quais passou ao longo do tempo.

Como exemplo, Cintra, Grinover e Dinamarco (2009) ensinam que haveria uma primeira fase em que o processo era visto como um quase-contrato, não tinha autonomia científica e se considerava como um meio para o exercício de direitos. A segunda fase, por sua vez, denominada autonomista ou conceitual, na qual o direito processual civil ganha um espaço maior na ciência do direito e; por fim, os autores mencionam uma terceira fase metodológica, que seria a fase instrumentalista, na qual o processo se desenvolveria para o cumprimento de alguns escopos (sociais, políticos e jurídicos) visando a efetividade do processo mediante o acesso à justiça.

Nunes, Bahia e Pedron (2021), por sua vez, passam a narrar o desenvolvimento dos meios de solução de conflitos na história desde a autotutela, passando pela fase primitiva e se desenvolvendo até o processualismo científico.

Mas são estes últimos autores que irão propor uma nova sistematização da evolução da teoria geral do processo a partir dos paradigmas estatais.

Nesta ordem de ideias, deve-se partir do liberalismo econômico burguês, passando pelo Estado do Bem-estar social, até chegarmos ao neoliberalismo, mas sempre buscando, não uma teoria do Estado, mas uma teoria do processo, *“uma outra forma de pensar a história do processo [partindo] da percepção sobre a clara ressonância dos paradigmas jurídico-estatais na Ciência processual a partir do delineamento do Estado de Direito”* (NUNES, BAHIA e PEDRON, 2021, p. 84).

Cumprido, antes, observar que não há uma relação necessária entre ideologia política e produção legislativa, ou seja, ainda que exista uma agenda ideológica em um

determinado governo (ou sequência de governos) não é possível afirmar que toda legislação comunga da mesma ideologia política do governo de seu tempo. Neste sentido, Barbosa Moreira

Antes que nada, cumple esclarecer un aspecto importante de las relaciones entre régimen político y ordenamiento procesal. Se figura obvio que la disciplina legal del proceso (y no solo del proceso) sufre la influencia de las características del régimen político bajo el cual es sancionada. Sin embargo, a la luz de la experiencia histórica, también debería ser obvio que constituye exageración de simplificación concebir esa relaciona guisa de vínculo rígido, automático e inflexible, para considerar que, si determinada ley (procesal o cualquier otra) surgió bajo gobierno autoritário, esa contingencia cronológica fatalmente le imprime el mismo carácter y la torna incompatible con el respeto a las garantías democráticas. La realidad es siempre algo más compleja que la imagen que de ella proponen interpretaciones así lineales, para no decir simplificadoras" (MOREIRA, 2006, p. 201).

No entanto, como o próprio autor assume é óbvio que *"la disciplina legal del proceso (y no solo del proceso) sufre la influencia de las características del régimen político bajo el cual es sancionada"* (MOREIRA, 2006, p. 201) e é a partir de tais influências que abordaremos o nosso tema.

2.1 O LIBERALISMO PROCESSUAL

A partir das ideias decorrentes da evolução do Estado liberal burguês - inaugurado com a Revolução Francesa de 1789 – é possível falar em um direito processual de natureza liberal e privatística. É uma *"fase processual típica do paradigma estatal do Estado Liberal Burguês, posterior às revoluções burguesas"* e que *"se caracteriza pelo Estado mínimo (absenteísta) e que não se preocupa com questões sociais"* (NUNES, BAHIA e PEDRON, 2021, p. 85).

Seguindo por essa trilha, a Revolução Francesa, ao romper com o absolutismo monárquico, inaugura uma fase histórica na Teoria Geral do Estado, vale dizer, nasce aqui a noção de Estado de Direito, cuja preocupação inicial é a liberdade contra o despotismo.

Neste mesmo sentido, o processo no Estado Liberal era igualmente liberal. Aqui o processo era coisa das partes e o juiz agia apenas por provocação, posto que se adotava de forma rígida o princípio dispositivo.

Como visto, no Estado Liberal imperava a igualdade formal, isto é, tratava-se igualmente a todos na forma da lei. Deste modo, esta presunção de igualdade legitimava uma atuação passiva do juiz no caso concreto ((NUNES, BAHIA e PEDRON, 2021, p. 85). No entanto, tratava-se de igualdade meramente formal. Falando especificamente sobre acesso à justiça, mas interessante ponto para corroborar a visão liberal de processo está na acurada percepção de Cappelletti e Garth (1988), segundo os quais:

A justiça, como outros bens, no sistema de laissez-faire, só podia ser obtida por aqueles que pudessem enfrentar seus custos; aqueles que não pudessem fazê-lo eram considerados os únicos responsáveis por sua sorte. O acesso formal, mas não efetivo à justiça, correspondia à igualdade, apenas formal, mas não efetiva (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 9).

No que concerne ao enquadramento metodológico, no entanto, a doutrina classifica o processo dentro da primeira fase metodológica, tratando-o como um quase-contrato, um apêndice do direito material. “*O processo era considerado como simples meio de exercício dos direitos (daí, direito adjetivo, expressão incompatível com a hoje reconhecida independência do direito processual)*” (CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, 2009, p. 48).

Assim, Marinoni; Arenhart e Mitidiero (2017, p. 112) nos informam que

O processo constituía uma série de atos que deveriam ser praticados como consequência da litigiosidade da relação jurídica de direito privado. Melhor: a relação privada, ao se tornar litigiosa, dava origem à necessidade da prática de uma sequência de atos que faziam parte do rito judicial de aplicação do direito material que se tornara litigioso.

Esse modelo afastava o juiz, cumpria os objetivos da burguesia e, como não havia uma atuação do juiz para zelar pelos objetivos teleológicos do processo, transformava-se, o processo, em uma disputa de narrativa no qual o sucesso estava atrelado à habilidade dos advogados (NUNES, BAHIA e PEDRON, 2021, p. 86).

A partir da especulação alemã acerca da natureza jurídica do processo, este deixa de ser coisa das partes — já que reconhecida a sua autonomia em relação ao direito material — e passa a ser coisa pública, posto que se estabelecia dentro de uma relação jurídica de direito público ao envolver o estado-juiz.

2.2 O MODELO SOCIALIZANTE DE PROCESSO

Se o Estado liberal tinha como um de seus pilares a superação do despotismo e dos arbítrios do monarca, este mesmo Estado acabava por criar outras situações de arbítrio. Agora o problema não era mais o despotismo do monarca, mas sim os abusos perpetrados pelos detentores do poder econômico.

Neste ponto merece destaque a doutrina de Bonavides (2011):

Expunha, no domínio econômico, os fracos à sanha dos poderosos. O triste capítulo da primeira fase da Revolução Industrial, de que foi palco o Ocidente, evidencia, com a liberdade do contrato, a desumana espoliação do trabalho, o doloroso emprego de métodos brutais de exploração econômica, a quem nem a servidão medieval se poderia, com justiça, equiparar (BONAVIDES, 2011, p. 59).

Foi a partir desse arbítrio imposto pelo domínio econômico que se viu a necessidade de repensar a filosofia liberal. Este pensamento se dá a partir do campo da igualdade. Enquanto no liberalismo a igualdade é meramente formal, no modelo social do Estado de Direito, a igualdade ganha outro tom. E mais uma vez, vale a percuciente conclusão de Bonavides: *“mas, como a igualdade a que se arrima o liberalismo é apenas forma, e encobre, na realidade, sob seu manto de abstração, um mundo de desigualdades de fato — econômicas, sociais, políticas e pessoais”* (BONAVIDES, 2011, p. 61).

Embora seja a I Guerra Mundial que tenha aberto os olhos de pensadores da escola liberal (Bonavides, 2011) foi outra revolução que deu novas cores à ruptura com o modelo liberal de estado. A revolução industrial como movimento operário *“que deu fim à rigorosa separação entre o Estado e a sociedade civil, nos termos da tópica liberal da liberdade negativa* (VIANA *et al*, 1998, p. 15).

Expostos os erros do liberalismo, portanto, nasce o Estado Social de Direito, prevendo direitos que deveriam garantir o bem-estar social. Assim, o Estado que era mínimo passa a se agigantar. Isso vai acontecer também no cenário processual e com Cappelletti e Garth (1988, p. 10) identificamos que no *“momento em que as ações e relacionamentos assumiram, cada vez mais, caráter mais coletivo que individual”* foi que o processo também mudou a sua característica, adaptando-se ao novo paradigma estatal.

O juiz, que antes era apartado do conflito e da prova, passa a ter papel extremamente relevante, até mesmo de protagonismo. Nessa linha de pensamento, Menger propunha ser o juiz o defensor do hipossuficiente. Assim, dizia Menger:

Quando o demandante houvesse proposto sua demanda e o demandado a houvesse contestado, o juiz deveria proceder no litígio de ofício. Uma vez concedido ao rico o direito de fazer-se representar por um advogado, o juiz deveria estabelecer um equilíbrio entre as partes, assumindo a representação da parte pobre. (MENGER, 1947, p. 69) (tradução livre).

Evoluindo no pensamento do processo no ambiente de Estado Social, Nunes, Bahia e Pedron (2021) extraem da obra de Franz Klein o seu pensamento acerca do processo como instituição do bem-estar social. Era um modelo antiliberal, mas igualmente autoritário. Via ainda o conflito como uma *“chaga social que deve ser extirpada por uma jurisdição salvadora”* (NUNES, BAHIA e PEDRON, 2021, p. 83).

Ao pensar desta maneira, esse processualismo socializante parecia retroceder à fase absolutista, anterior à conquista burguesa. Neste sentido, a reforma operada por Klein

Mesclou elementos do socialismo jurídico de Anton Menger com algumas das características da legislação processual absolutista prussiana. O resultado obtido foi a construção de um modelo de processo antiliberal, autoritário (por extirpar direitos processuais das partes e conferir poderes discricionários ao juiz) e moralista, na medida em que concebia o processo como um mal social (RAATZ e ANCHIETA, 2021, p. 97).

Ademais, Klein pensava no processo a partir de uma dimensão social que buscava o bem-estar e a felicidade como realização do ideal social, de modo que

É justamente por isso que se torna necessário questionar em que medida as propostas formuladas por Klein eram realmente novas ou se pelo contrário, através de um ‘verniz social’, serviam à continuação do (conhecido) modelo absolutista de processo — já pautado por uma noção de Estado persecutório da felicidade e da tutela dos indivíduos (RAATZ e ANCHIETA, 2021, p. 90).

Ocorre que este modelo de processo, ou melhor a ideia de uma socialização processual se espalhou por outros ordenamentos, como com o ordenamento italiano, a partir da obra de Giuseppe Chiovenda¹, que ao seguir os passos de Klein

Passou a defender a ideia reformista do modo político de considerar o processo. Desse modo, dizia que, sendo a administração da justiça uma função da soberania,

¹ Esta influência pode ser vista em toda a sua vasta obra. Para aprofundamento do tema consultar RAATZ e ANCHIETA (2021). Na obra chiovendiana ver as suas conferências sobre as reformas processuais e as correntes de pensamento moderno publicadas nos seus *Saggi di diritto processuale civile*.

o juiz como órgão do Estado, não deveria assistir passivamente a lide, mas dela deveria participar com força viva e ativa (RAATZ e ANCHIETA, 2021, p. 111).

No Brasil, o modelo publicista e autoritário surge num momento político igualmente ditatorial: o Estado Novo. O centralizador governo Vargas, tomou para si a competência para legislar sobre direito processual, na própria constituição de 1937 — de matriz autoritária, tendo sido outorgada já no Estado Novo.

Assim, o processo civil nesse contexto servia por óbvio ululante à administração da justiça. Raatz e Anchieta (2021, p. 111) dão conta de que o Código de 1939 foi influenciado pela cultura processual europeia, bem como na doutrina processual do código de processo civil português e do projeto de Chiovenda de 1919, isto é, alinhava-se ao publicismo processual.

Ressalta-se, ainda, que a própria exposição de motivos do CPC/1939 previa uma postura mais ativa e autoritária do juiz, assemelhando-se ao pensamento de Franz Klein.

Realizando um salto no tempo, o Código de Processo Civil de 1973 mantém a verve publicista do seu antecessor e isso devido às influências da escola paulista de processo pelo processualista italiano radicado no Brasil, Enrico Tullio Liebman.

É com Cândido Rangel Dinamarco e a sua obra *A Instrumentalidade do Processo* que o publicismo se mantém forte no Brasil e, não é demais lembrar, que ele foi aluno de Liebman. Assim, como recordam Raatz e Anchieta (2021, p. 116) “de fato, o Código de Processo Civil de 1973 não trouxe nenhuma inovação substancial no tocante às garantias das partes frente aos poderes do juiz”, vale dizer, permanece um Código voltado para o Estado e não contra os arbítrios desse mesmo Estado.

Nessa mesma sintonia foi a obra sobre a instrumentalidade do processo, o que se pode ver, dentre outros, do seguinte excerto

A nota de publicidade do processo tem como causa imediata, resumidamente a indisponibilidade de direitos; e, como reflexo funcional no processo, a sua inquisitividade. O interesse público transcende aos limites objetivos e subjetivos do litígio é que fada a ineficácia a inércia das partes ou ato dispositivo de situações jurídico-processuais, pois do contrário esses comportamentos conduziram indiretamente ao sacrifício da sociedade interessada no resultado do pleito (DINAMARCO, 2002, p. 66).

Assim é que, na obra de Dinamarco destacam-se os escopos sociais, políticos e jurídicos. No tocante aos escopos sociais, o processo é instrumento de pacificação social, educação da sociedade e promoção da igualdade. Já com relação aos objetivos políticos,

aparecia a afirmação do poder estatal, a proteção da liberdade individual e o fomento à participação dos cidadãos na vida política do país.

No tocante ao escopo jurídico, este fica apenas num terceiro plano, isto é, somente após a realização dos demais escopos é que se poderia falar em tutela dos direitos garantidos pela ordem jurídica, o que demonstra a prevalência da jurisdição a revelar o caráter eminentemente publicista da tese e isso por que “o interesse público transcende aos limites objetivos e subjetivos do litígio” (DINAMARCO, 2002, p. 66).

2.3 O NEOLIBERALISMO E AS REFORMAS PROCESSUAIS

Sem negar o modelo democrático de processo, o modelo participativo (ou colaborativo) e o modelo constitucional de processo (limitados pelo recorte adotado para esta pesquisa), passaremos a cuidar do neoliberalismo enquanto ideologia de governo e as reformas processuais operadas (ou que tendem a se realizar) no processo civil.

O neoliberalismo surge no Brasil a partir da década de 1990 com a adoção das medidas propostas pelo Consenso de Washington, “entre ela, uma ampla privatização dos serviços públicos, contra a qual o Poder Judiciário não exerceu grandes controles” (NUNES, BAHIA e PEDRON, 2021, p. 109).

No âmbito da Justiça, Casara se vale dos ensinamentos de Garapon para dizer que a “justiça neoliberal, no qual a avaliação dos custos da atividade (e das consequências das decisões judiciais para as grandes corporações) é mais importante do que a realização do valor justiça” (CASARA, 2018 p. 47-8).

Isso parece claro, pois no dizer de Almeida a Constituição de 1988 “insculpiu em seu texto inúmeras garantias, destinadas a proporcionar satisfação efetiva dos interesses da sociedade, com a consagração do devido processo legal substancial em todas as suas dimensões”. (ALMEIDA, 2014, p. 34)

Ao realizar todas essas garantias o governo neoliberal precisou tomar providências para “adequar a interpretação do texto constitucional, de modo a obstar que os direitos nela assegurados impedissem o desenvolvimento do sistema financeiro, direcionando-se essa iniciativa, principalmente a fomentar investimentos de capital estrangeiro” (ALMEIDA, 2014, p. 37).

Mancuso, adotando orientação neoliberal assevera:

Em ciência da administração se afirma que 'quem quer os fins, dá os meios'. Mas o constituinte de 1988, tendo instituído uma Carta notoriamente extensa, analítica, garantista, pródiga em direitos (mas já não tanto assim quanto aos deveres...), com isso fomentou as expectativas sociais, dentre elas a demanda por justiça, que assim ficou exacerbada. Essa tensão se intensificou, ademais, pela frustração causada pelo não atendimento ou oferta insuficiente, por parte do Estado-administrador, dos numerosos direitos sociais prometidos no texto constitucional" (MANCUSO, 2020, p. 181).

Não há como concordar com o autor. Note-se que as promessas da constituinte só não foram realizadas em terras brasileiras, pela ausência do Estado Providência e que, sem realizar as promessas da modernidade, agora reivindica ser mínimo, absenteísta.

Neste sentido, Streck:

Em face do quadro que se apresenta — ausência de cumprimento da constituição, mediante a omissão dos poderes públicos, que não realizam as devidas políticas públicas determinadas pelo pacto constituinte —, *a via judiciária se apresenta como a via possível para a realização dos direitos que estão previstos nas leis e na constituição*. (STRECK, 2009, p. 53).

O autor ainda aponta que "*o Estado interventor-desenvolvimentista-regulador, que deveria fazer esta função social, foi — especialmente no Brasil — pródigo (somente) para com as elites* (STRECK, 2009, p. 23-4).

Sendo assim, parcela da doutrina de vertente neoliberal realiza uma releitura do acesso à justiça, não para efetivá-lo, mas sim para negá-lo. E isso tem uma clara missão: fechar o Judiciário para a classe menos abastada, a fim de que sejam atendidos os ditames do mercado.

Para alcance desse desiderato, além da apropriação do discurso socializante de processo, o neoliberalismo depende de um modelo processual que deve assegurar:

a) uma uniformidade decisional que não levaria em consideração as peculiaridades do caso concreto, mas asseguraria alta produtividade decisória, de modo a assegurar critérios de excelência e de eficiência requeridos pelo mercado financeiro; e/ou b) a defesa da máxima sumarização da cognição que esvaziaria, de modo inconstitucional, a importância do contraditório e da estrutura participativa processual que garantem procedimentos de cognição plena para o acerto dos direitos. (NUNES, BAHIA e PEDRON, 2021, p. 110).

Assim é que podemos ver reformas tendentes a frear o direito fundamental de acesso à justiça, além da utilização retórica que se dá aos métodos adequados de solução de conflitos, como se eles fossem a panaceia da crise judicial.

Merece destaque no nosso texto, a emenda nº 160, de autoria da Dep. Fed. Soraya Thronicke, do PSL/MS à Medida Provisória 1040/2021, que tem a seguinte ementa:

Dispõe sobre a facilitação para abertura de empresas, a proteção de acionistas minoritários, a facilitação do comércio exterior, o Sistema Integrado de Recuperação de Ativos, as cobranças realizadas pelos conselhos profissionais, a profissão de tradutor e intérprete público, a obtenção de eletricidade e a prescrição intercorrente na Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil.

De início salta aos olhos que a proposta de emenda nada tem a ver com o tema tratado na MP 1040/2021, de modo que há uma clara inconstitucionalidade formal, por impertinência temática (STF, ADI 5127).

A proposta da parlamentar acrescentaria o art. 17-A que definiria a existência do interesse de agir apenas quando houvesse a prévia constituição de controvérsia jurídica, o que significa, em outras palavras, em pretensão resistida. Determina ainda a necessidade de que houvesse uma notificação extrajudicial à outra parte e, somente depois, da resposta negativa ou silêncio é que seria possível acessar às portas do Poder Judiciário.

Por fim, a proposta tornaria a constituição de controvérsia jurídica em requisito da petição inicial, adicionando um novo inciso ao art. 319, CPC, bem como cria uma penalidade para aquele que rejeitar proposta extrajudicial e judicialmente receber valor inferior (proposta de inclusão do §13-A no art. 85, CPC). Na justificativa, a deputada indica que “a positividade dessa prática ajudaria a desafogar o judiciário cível, e então melhorar a pontuação do Brasil no eixo Execução de Contratos do índice Doing Business”.

O *doing business* é um relatório do Banco Mundial que mede as economias dos países a partir de indicadores empresariais, o que revela que para o projeto neoliberal, mais importante do que a proteção do consumidor é o ambiente de negócios sem entraves produzidos pelo Poder Judiciário.

Tal proposta não foi aceita justamente pela inconstitucionalidade formal, mas isso já demonstra que há uma clara sintonia do parlamento brasileiro com a tendência neoliberal, já que o governo atual tem ampla maioria no Congresso Nacional. Ademais, a proposta de emenda rejeitada pode ser novamente apresentada pela parlamentar em outro momento.

No tocante às reformas para atender a tais interesses, podemos citar mais uma vez Almeida, que tratando das reformas no CPC/73, mas ainda assim atual, em feliz síntese asseverou que

Neste momento, observou-se o claro propósito de transformação mais incisiva da atividade jurisdicional com a reformulação de todo modelo processual, na qual podem ser destacadas algumas alterações importantes, tais como, a positivação do princípio da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII da CRFB), a criação da súmula vinculante (art. 103-A, CRFB), do processamento das causas-piloto (artigos 543-B e 543-C do CPC), dos julgamentos sumários pautados em padrões decisórios (art. 285-A do CPC), diminuindo de modo desarrazoado o espaço de discussão para a edição do provimento (ALMEIDA, 2014, p. 39).

A perspectiva neoliberal visa tão-somente à produtividade do processo, seja por meio da sumarização da cognição em claro desrespeito ao conteúdo normativo do contraditório, seja por meio do julgamento de processos em massa.

Ao que tudo indica, a agenda que congrega a análise econômica do direito, o uso das técnicas de formação de precedentes e a implantação de um pensamento de harmonia a qualquer preço (dentre outros temas) esconde um claro viés neoliberal, de modo a atender aos ditames mercadológicos e não propriamente a garantir o cidadão e realizar o direito material legal ou constitucionalmente previsto que se busca com aquela demanda.

3 OS MÉTODOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS: DA SOCIALIZAÇÃO DO PROCESSO PELA FACILITAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA AO USO INSTRUMENTAL COMO SOLUÇÃO PARA UMA CULTURA DEMANDISTA: O GARANTISMO PROCESSUAL E A HARMONIA COERCITIVA

Na primeira parte deste texto tivemos a oportunidade de cuidar dos aspectos históricos que ensejaram a evolução do processo civil brasileiro, correlacionando a norma processual com o paradigma estatal então vigente.

Superada a evolução histórica e a correlação da norma processual com o paradigma político estatal vigente, cumpre-nos traçar as especificidades no tocante aos métodos adequados de solução de conflitos (Meios Adequados de Solução de Conflitos) em três vertentes: no período de socialização do processo; no neoliberalismo processual e; a partir do garantismo processual.

Ao superar a primeira fase metodológica de processo, na qual, o processo era visto como coisa das partes, a segunda fase — aquela que propõe a relação jurídica processual como autônoma e, por isso, dita fase autonomista e que rompe com o direito material — num primeiro momento toma para si todo o poder de resolução de conflitos. Isto é, detém para si um monopólio de jurisdição.

Assim, nas palavras de Cabral:

Então, a busca por autonomia do processo em relação ao direito material levou a algumas consequências que podemos enumerar: a) afastamento do processo em relação ao direito material; b) pressuposição de que o fenômeno processual (suas normas e atos) só existem quando já há processo instaurado perante uma autoridade estatal (em especial, o estado-juiz); c) desconsideração da possibilidade de que normas processuais atuem na regulação primária de conduta, mesmo fora do processo e da jurisdição; d) afastamento das formas contemporâneas de resolução privada de conflitos (autocompositivas e heterocompositivas) (CABRAL, 2021, p. 86).

Com isso podemos identificar duas fases dentro do movimento de socialização do processo. Uma primeira fase que se inicia com Anton Menger (O direito civil e os pobres), passando por Franz Klein e seu Código de Processo Civil do Império Austro-Húngaro de 1895 e Oskar von Bülow e a sua famosa obra “A teoria das Exceções Processuais e os Pressupostos Processuais” até chegar em uma segunda fase que vai ser melhor desenvolvida com o Projeto Florença de Acesso à Justiça e que chega no Brasil com Cândido Rangel Dinamarco, no seu clássico “A instrumentalidade do Processo”.

Falamos em duas fases, tendo em vista que na primeira, mais autoritária, tomava-se para a jurisdição todo o monopólio de justiça; embora no que consideramos ser uma segunda fase, ainda se possa identificar uma maior distribuição de poderes ao juiz, passa-se a admitir o uso de formas privadas de solução de conflitos, com o objetivo de renovar o conceito de acesso à justiça.

Veja-se que aqui é legítimo o discurso de acesso à justiça, de fato, o estudo levado a cabo por Mauro Cappelletti e Bryant Garth visavam uma proposta de entrega da prestação jurisdicional para a aqueles que não tinham essa possibilidade (CAPPELLETTI e GARTH, 1998).

Diferentemente é o discurso neoliberal, que utiliza os métodos de solução de conflitos para alcançar metas e pontos em índices internacionais de mercado usados para fins de investimento privado no país, tal como o Doing Business.

A obra de Cappelletti e Garth (1998) propõe três ondas renovatórias de acesso à justiça: a primeira tratando sobre a assistência jurídica integral e gratuita; a segunda para assegurar a tutela de direitos difusos e coletivos e; a terceira para dar um novo enfoque ao acesso à justiça, garantindo a utilização de formas privadas de solução de conflitos.

Nesse novo enfoque do acesso à justiça os autores veem com bons olhos a utilização de “métodos alternativos para decidir causas judiciais” (CAPPELLETTI e GARTH, 1998, p. 82). E já concluíam que “embora a conciliação se destine, principalmente, a reduzir o congestionamento do judiciário, devemos certificar-nos de que os resultados representam verdadeiros êxitos, não apenas remédios para problemas do judiciário, que poderiam ter outras soluções” (CAPPELLETTI e GARTH, 1998, p. 87).

Conclui-se que a utilização dos métodos de solução de conflitos não deve ser considerada a panaceia para um judiciário em crise, isso, na verdade, como se pode notar da proposta de emenda vista alhures é um discurso neoliberal. Os métodos de solução de conflitos, conseqüentemente desafogam o Poder Judiciário, mas não servem para este fim.

É interessante a análise feita por Hellman (2021) acerca do uso dos Meios Adequados de Solução de Conflitos com o objetivo de frear a chamada “cultura demandista”.

O fato, entretanto, é que os conflitos não surgem por causa da lei processual, de modo que a mudança desta para frear o crescimento do número de litígios é uma crença pueril assemelhada àquela de que alterar a técnica cirúrgica evitaria o entupimento das coronárias da pessoa que se alimenta mal e não faz exercícios físicos. O mal está na gordura da picanha. Trocar o fio da sutura não resolverá o problema. (HELLMAN, 2021).

E pior do que se enganar ao acreditar que os Meios Adequados de Solução de Conflitos resolverão a crise numérica ou a cultura social, é o seu uso como instrumento dos interesses de mercado. Essa é a ótica de Nunes, Bahia e Pedron, cuja transcrição é mandatória.

No que tange às ADRs é óbvio que as mesmas podem viabilizar uma excelente via de dimensionamento de conflitos quando as partes da autocomposição (ou heterocomposição - arbitragem) possuem simetria informacional e de poder negocial. O que se coloca em discussão são os riscos do uso dessas técnicas na grande massa (v.g.) das autocomposições empreendidas em nosso país, nas quais a condução é feita por pessoas despreparadas e existe grande assimetria entre os contendores, que se utilizam do privilégio informacional e de poder para impor a quem não pode esperar ou desconhece todos os riscos e feitos da autocomposição em ajuste sub-ótimo. (NUNES, BAHIA e PEDRON, 2021, p. 117).

O Projeto Florença de Acesso à Justiça observou exatamente isso: um estudo sociológico demonstrou que litigantes em igualdade de condições tendem a ser mais bem-sucedidos em relação aos litigantes habituais. (CAPPELLETTI e GARTH, 1998, p. 109).

A óptica neoliberal visa a utilização dos Meios Adequados de Solução de Conflitos como forma de atender aos interesses mercadológicos, assim, então, é que pretende que o seu uso seja obrigatório. Essa obrigatoriedade vai impor ônus às partes de tentarem a solução do conflito por outra via que não a do Poder Judiciário, funcionando este como *ultima ratio*.

Ocorre que essa harmonia coercitiva tem um grave vício: ela não se adequa a um modelo constitucional de processo, típico de um Estado Democrático de Direito, como é o Brasil.

É certo que alhures mencionamos que não entraremos em outras teorias do processo, ficando apenas naqueles paradigmas estatais (liberalismo, socialismo e neoliberalismo), mas também dissemos que trataremos do garantismo processual.

Pois bem, o garantismo é uma doutrina processual que vai pretender superar o processualismo científico, especialmente ao entender que o processo é um direito fundamental que é pensado para as partes e não para o Estado-juiz a partir da compreensão de que há um primado da liberdade sobre a autoridade.

Nas palavras de Eduardo José da Fonseca Costa, um dos mais proeminentes defensores do garantismo processual no Brasil:

O processo garante à parte a liberdade [FREEDOM] de decidir pelo que entende e pelo que lhe convém no processo. Noutras palavras, tem o poder de autodeterminar-se por sua própria vontade e, a partir dela, escolher autonomamente os seus comportamentos no processo. Isso implica, dentre outras coisas: i) a liberdade de alegar fundamentos de fato; ii) a liberdade de alegar fundamentos de direito; iii) a liberdade de formular pedidos; iv) a liberdade de provar os fatos alegados como fundamento; v) a liberdade de indagar às testemunhas; vi) a liberdade de inquirir a parte contrária; vii) a liberdade de convencer o juiz; viii) a liberdade de impugnar. Todas essas escolhas, próprias à atividade de parte, se devem fazer sem qualquer interferência do juiz, i.e., com "liberdade" [LIBERTY]. O juiz não se intromete no exercício delas. Afinal, é alheio, não-parte, im-parte, imparcial, imparcial, neutro. É iniciativa exclusiva da parte manejar os fatos, os fundamentos jurídicos, os pedidos, as provas, as indagações, as inquirições e as impugnações que lhe amparam a ação e a defesa. Nenhum aspecto desse manejo poder ser adicionado, alterado, suprimido, determinado, impedido ou punido pelo juiz. (COSTA, 2018).

Já na doutrina estrangeira, Ferrajoli (2015) propõe quatro postulados para o garantismo constitucional, isto é: a) o princípio da legalidade; b) o princípio da completude deôntica; c) o princípio da jurisdicionalidade e; d) o princípio da acionabilidade.

Assim, para o autor italiano o constitucionalismo vai exigir uma estrita legalidade, isto é, a própria lei é condicionada e conformada às normas constitucionais e onde existir lei (no sentido amplo) devem ser introduzidos os deveres correspondentes, vale dizer, a proibição de lesá-los e a obrigação de tutelá-los por parte das instituições (completude deôntica). Há também que se garantir normas secundárias que irão proteger judicialmente as possíveis violações às normas primárias, proteção essa ofertada pelas instituições de garantia que não podem deixar de aplicar a lei. E por fim, não basta existir a norma primária, gerar a completude deôntica para a sua tutela, garantir um espaço com jurisdição para aplicar a lei, deve também haver uma garantia de acesso à justiça (FERRAJOLI, 2015).

Com isso, voltamos à questão: é possível num modelo constitucional ou num modelo garantista de processo ativar obrigatoriamente os métodos alternativos de solução de conflitos sem que isso seja uma violação à liberdade que o processo garante?

A resposta que se impõe é negativa.

Então porque as tendências reformas processuais querem a qualquer custo obrigar o uso de outros métodos de solução de conflitos como condicionante do acesso à justiça? A resposta vem de forma clara nas palavras de Hellman:

A forma como se instituiu a obrigatoriedade da audiência dá, num primeiro momento, a impressão de que o legislador tinha a intenção de criar uma cultura da autocomposição dentro do Direito Processual. E isso, como se sabe, é uma quimera. Lei processual não cria cultura social. Então, analisando mais a fundo e reconhecendo que o legislador não é ingênuo, forçosa a conclusão de que a real intenção foi a de reduzir a litigância, obrigando as partes a buscarem a autocomposição, para diminuir o número de demandas nos escaninhos do Poder Judiciário (HELLMAN, 2021).

E conclui: *“Convencer uma parte a sentar à mesa das negociações não é tarefa dos sujeitos imparciais: nem do juiz e nem dos auxiliares da justiça”*. (HELLMAN, 2021).

O garantismo processual não é refratário a críticas. Para o garantismo, o processo é instituição de garantia de liberdade não de igualdade (COSTA, 2016), afirmação esta que leva a parte da doutrina tratar o garantismo processual como um neoprivatismo que apenas pretende reduzir os poderes do juiz (MOREIRA, 2006).

Contudo, ainda que tenhamos que fazer concessões na doutrina garantista, ainda não podemos afastá-la da constituição. Ainda que não se considere, como querem os publicistas, o processo como coisa das partes, ele ainda é um direito fundamental e, portanto, não há cabimento para defender a solução adjudicada como método residual, pois isso seria associar o processo aos interesses mercadológicos, prestigiando o *ter* sobre o *ser*.

4 CONCLUSÕES

Ao longo do texto tentamos introduzir uma visão de que os paradigmas estatais estariam diretamente envolvidos no desenvolvimento da legislação processual civil, ora servindo aos interesses da classe burguesa, ora aos interesses das classes vulneráveis.

Concluimos, ainda, com a percepção de que o neoliberalismo — que surge no Brasil na década de 1990 — pode ser sentido nas reformas processuais havidas no CPC/73, bem como em algumas disposições do CPC/2015.

No tocante aos métodos adequados de solução de conflitos é possível observar que parcela da doutrina o utiliza justamente com o pensamento neoliberal, mas apropriando-se do discurso socializante de processo.

Desta forma é correta a colocação de que os Meios Adequados de Solução de Conflitos devem ser utilizados e estimulados num cenário em que há um congestionamento inaceitável no Poder Judiciário, refletido e reverberado nos números colhidos no Relatório Justiça em Números organizado pelo Conselho Nacional de Justiça, mas desde que seja de uma maneira que realize o acesso à justiça cumprindo um escopo que nunca deveria ter pertencido à jurisdição: a paz e a justiça social.

Por fim, é forçoso estabelecer o garantismo processual, não como resposta para os problemas e falhas dos modelos anteriores, mas como início de uma resposta constitucional para as reformas processuais que se operam em favor do mercado e reduzem o cidadão a mero consumidor do “serviço” de justiça.

Deste modo, deve-se desprezar qualquer reforma tendente a criar procedimentos alternativos ao processo como obrigatórios, visto que a harmonia coercitiva jamais poderá ser considerada como um modelo de proteção do cidadão contra os arbítrios estatais.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Marcelo Pereira de. **A influência do neoliberalismo no movimento de reformas processuais direcionadas à otimização de processos repetitivos**. *Revista Juris Poiesis*, Ano 17, nº 17, 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

CABRAL, Antonio do Passo. **Da instrumentalidade à materialização do processo: as relações contemporâneas entre direito material e direito processual**. *Civil Procedure Review*, v. 12, n. 2: maio-ago. 2021.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988 (reimpresso, 2002).

CASARA, Rubens. **Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Processo: garantia de liberdade [freedom] e garantia de "liberdade" [liberty]**. *Empório do Direito*, 2018. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/processo-garantia-de-liberdade-freedom-e-garantia-de-liberdade-liberty>. Acesso em 09.07.2021.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. **O processo como instituição de garantia**. *Conjur*, 2016. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-nov-16/eduardo-jose-costa-processo-instituicao-garantia>. Acesso em: 10.07.2021.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político**. Trad. Alexandre Araújo de Souza et. al. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

HELLMAN, Renê Francisco. **Intime-se a parte a conciliar, sob pena de multa - reflexões sobre a obrigatoriedade da audiência de conciliação ou de mediação à luz da noção do processo como garantia de liberdade**. *Empório do Direito*. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/101-intime-se-a-parte-a-conciliar-sob-pena-de-multa-reflexoes-sobre-a-obrigatoriedade-da-audiencia-de-conciliacao-ou-de-mediacao-a-luz-da-nocao-do-processo-como-garantia-de-liberdade>. Acesso em 10.07.2021.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito**. 3. ed. revista, atualizada e ampliada. Salvador: Jus Podivm, 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: teoria do processo civil**. Vol. I. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MENGER, Antonio. **El Derecho civil y los pobres**. Buenos Aires: Atalaya, 1947.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. El neoprivatismo en el proceso civil. In: **Proceso Civil e ideologia: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos**. AROCA, Juan Montero (Coordinator). Valência: Tirant lo Blanch, 2006.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud. **Teoria geral do processo**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

RAATZ, Igor e ANCHIETA, Natascha. **Uma teoria geral do processo sem processo? A formação da "teoria geral do processo" sob a ótica do garantismo processual**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2021.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 8ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

VIANNA, Luiz Verneck; CARVALHO, Maria Alice Resende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

Detalhes do(s) autor(a/es)**Paulo José Pereira Carneiro Torres Silva**

Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Estácio de Sá; Coordenador do Curso de Direito da Universidade Estácio de Sá - Campus Copacabana; Doutor em Direito Público pela UNESA/RJ (2021); Mestre em Direito Constitucional pelo Programa de Pós Graduação em Direito Constitucional - PPGDC/UFF (Bolsista) (2017). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6888353651761724>

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-4556-3443>

Email: paulo.ctorres@estacio.br

Heres Pereira Silva

Mestrando em Direito pela Universidade Estácio de Sá - PPGD-UNESA (CAPES 5). Pós-graduado em Direito Constitucional pela UNESA (2011). Possui graduação em Direito pela Universidade Estácio de Sá (2010). Advogado. Coordenador do Curso de Direito do Campus Via Brasil e Professor na Universidade Estácio de Sá (Grupo YDUQS).

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0183983943260729>

Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-5265-176X>

Email: heres.hps@gmail.com