

## 1 INTRODUÇÃO

Até o fim dos anos de 1970, a expressão “acesso à justiça” carregava consigo a ideia – infelizmente restritiva – de que a solução de conflitos se daria unicamente por intermédio de instituições *governamentais* ou *estatais*, concepção que em grande parte pode ser imputada ao racional técnico e epistemológico herdado da fase científica do Direito Processual que vigorou alguns séculos antes (MAC-GREGOR, 2018).

Ocorre que, por obra dos estudos denominados de *Projeto Florença* – coordenado por Cappelletti – abriu-se o horizonte para vislumbrar (ou mais precisamente, resgatar) as modalidades de obtenção de justiça em *diversos arranjos institucionais*, ampliando-se o leque de “acessos” outrora existentes e lançando as bases de profundas transformações nos estudos e institutos dedicados ao tema, bem como no próprio Direito Processual Civil contemporâneo (CAPPELLETTI, 1988).

Como se sabe, na estruturação formulada por Cappelletti, a **primeira onda** de Acesso à Justiça correspondeu à reforma de instituições para o provimento de serviços legais a hipossuficientes; a **segunda onda** buscou ampliar a representatividade dos interesses coletivos ou difusos, tais como aqueles de consumidores e ambientalistas. Já a **terceira e última<sup>1</sup> onda** de acesso à justiça, a qual mais interessa para os fins do presente estudo, consistiu na **mudança de foco das formas tradicionais e dos procedimentos judiciais para a diversidade de instituições de processamento de disputas**, o que, na visão do autor, constituiria como alternativas menos formais para tratamento de conflitos.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Kim Economides, discípulo de Cappelletti, defende existência de uma suposta quarta onda. Embora não compartilhem integralmente da visão do autor convém citá-lo para avaliação do leitor: é possível “(...) identificar uma quarta, e talvez última, onda do movimento de acesso à justiça: o acesso dos operadores do direito (inclusive dos que trabalham no sistema judicial) à justiça. Dentro da consciência da profissão jurídica existe um paradoxo curioso, quase invisível: como os advogados, que diariamente administram justiça, percebem e têm, eles mesmos, “acesso à justiça”? A experiência quotidiana dos advogados e a proximidade da Justiça cegam a profissão jurídica em relação a concepções mais profundas de justiça (interna ou social) e, conseqüentemente, fazem com que a profissão ignore a relação entre justiça civil e justiça cívica. Nossa “quarta onda” expõe as dimensões ética e política da administração da justiça e, assim, indica importantes e novos desafios tanto para a responsabilidade profissional como para o ensino jurídico. O problema atual não é, simplesmente, medir o acesso dos cidadãos à justiça, lançando mão, por exemplo, do mapeamento de espaços na oferta dos serviços jurídicos, mas, antes, abrir novas perspectivas na definição da própria justiça. In ECONOMIDES, Kim. Lendo as ondas do “Movimento de Acesso à Justiça”: epistemologia versus metodologia? In: PANDOLFI, Dulce et al (Orgs.). *Cidadania, justiça e violência*. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1999, p. 72-73.

<sup>2</sup> Não se ignora a importância histórica do “formalismo” na concretização de direitos, sobretudo os direitos de cunho processual. Para uma crítica ao eventual excesso de informalismo confira-se ECONOMIDES, Kim. Lendo as ondas do “Movimento de Acesso à Justiça”: epistemologia versus metodologia? In: PANDOLFI, Dulce et al (Orgs.). *Cidadania, justiça e violência*. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1999, p. 72-73: “Mas estas reformas da “terceira onda” promovem o “acesso à justiça” ou o “acesso à paz”? Na minha opinião, a resolução de disputas não pode ser necessariamente equiparada ao acesso à justiça, pois existe o perigo de serem oferecidas

O movimento de **Acesso à Justiça**, tal como o concebemos hodiernamente, integra – como relata Galanter – um conjunto de *trigêmeos intelectuais*, ao lado dos **Meios Alternativos de Solução de Conflitos** (*Alternative Dispute Resolution*) e da **Perspectiva do Conflito**<sup>3</sup> nos **Estudos Jurídicos**, os quais, muito embora tenham nascidos juntos, caminharam em diferentes direções e amadureceram em ambientes bastante diversos (GALANTER, 2015).

A facilitação do acesso ao Judiciário implicou num acréscimo quantitativo de demandas, fenômeno conhecido como expansão da litigiosidade contida. Tal acréscimo, contudo, ao esbarrar nos limites contingenciais de orçamento e de recursos humanos dos Tribunais, cuja escassez leva ao prolongamento cada vez maior do tempo de tramitação dos processos, deflagrou (ainda que não exclusivamente) a necessidade da promoção dos meios alternativos de solução de conflitos<sup>4</sup>. O termo Meios Alternativos de Solução de Conflitos, por seu turno, derivou da expressão em inglês *Alternative Dispute Resolution* (ADR), e consistem em modos de solucionar conflitos que não envolvam necessariamente a judicialização (de início, sua concepção envolvia evitar o processo judicial, daí nomear-se como *alternativo*) incluindo-se, mas sem se limitar, a arbitragem, mediação, negociação, conciliação e avaliação neutra prévia (do inglês “early neutral evaluation”).

Embora sua origem tenha se vinculado à ideia de alternatividade à adjudicação, convém frisar que, atualmente, esses meios são legalmente incentivados, inclusive, no âmbito dos processos judiciais. Encontra-se, por exemplo, positivado no Código de Processo Civil de 2015 que dispõe que o “Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos” e que a “conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”, ambos aduzidos no artigo 3º, § 2º, do Código de Processo Civil.

Já a “**Perspectiva do Conflito nos Estudos Jurídicos**” consistiu no conjunto de trabalhos que sustenta que o estudo do Direito deve focar na construção de solução dos conflitos tanto quanto nas normas e no Judiciário, pois, afinal, a adjudicação é apenas uma das formas

---

aos cidadãos soluções pacíficas, possivelmente até soluções com as quais possam ficar extremamente contentes e felizes, que, no entanto, permanecem aquém do resultado passível de ser obtido caso os direitos legais fossem exercidos por intermédio do sistema judiciário formal. Há, portanto, um perigo real nessa ubíqua tendência para o informalismo judicial, atualmente em voga, de se negar muito dos valores, da importância e da significação histórica do formalismo da justiça”.

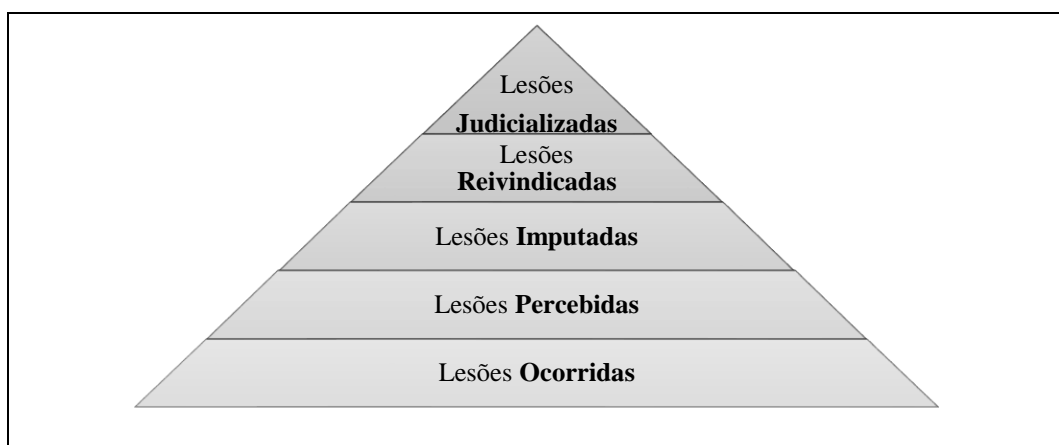
<sup>3</sup> Embora no texto original o vocábulo seja “disputes”, preferiu-se para fins deste trabalho utilizar o termo conflito e não disputa, por ser mais familiarizado com o idioma nacional.

<sup>4</sup> Ao menos do ponto de vista quantitativo do acesso à justiça.

com a qual a sociedade os soluciona, e nem é a mais frequente. Analogicamente, o conflito seria como a Esfinge de Tebas, que pede para ser *decifrado*. O referido movimento distribui e qualifica o conflito em uma figura piramidal para demonstrar que a quantidade de lesões e/ou conflitos ocorridas no mundo dos fatos é significativamente superior àquelas lesões ou conflitos que demandam intervenção do Estado-Juiz.

Conforme se depreende da figura abaixo, diferenciam-se, neste contexto, as lesões *ocorridas* (na larga base da pirâmide), daquelas lesões *percebidas* pelos sujeitos de direito e, sucessivamente, daquelas lesões *imputadas* a algum agente responsável, e daquelas lesões efetivamente *reinvindicadas*, as quais, quando resistidas, se tornam *lides* no sentido carnelutiano<sup>5</sup> conhecido entre processualistas:

### **Estrutura Piramidal de Percepção de Conflitos.**



Fonte: Elaborada pelo próprio autor a partir do artigo de GALANTER, 2015.

A partir dessa perspectiva, é fácil constatar a superação de uma visão preponderantemente estatal e adjudicatória no contexto de pacificação social: o Poder Judiciário, embora ostente papel relevante e essencial na solução de conflitos, desenvolve papel inequivocamente subsidiário nesse mister e não representa a *única* nem a *maior* parcela dessa missão. Como já se percebia, o modelo de pirâmide da perspectiva do conflito escancarou,

---

<sup>5</sup> Para Lúcio Delfino, baseado em Carnelutti, afirma que “a insatisfação é um estado de espírito; caracteriza-se pelo descontentamento interiorizado surgido de situações contrárias aos interesses, sejam eles quais forem. Não há, aqui, materialização em ações. Já a pretensão é a própria materialização ou exteriorização de um desejo destinado a satisfação de interesses” DELFINO, Lúcio. Insatisfações, lides, pretensões e resistências. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 12, n. 1549, 28 set. 2007. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/10460>. Acesso em: 19 jan. 2020. Para Carnelutti, “a pretensão é um ato não um poder; é algo que alguém faz, não que alguém tem; uma manifestação, não uma superioridade de tal vontade.” CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil*. vol. I. Tradução de Adrián Sotero De Witt Batista. Campinas : Servanda, 1999., p. 80.

assim, as múltiplas possibilidades de **desconexão entre os estágios do conflito e a vigente cultura de adjudicação** e demonstrou que os sistemas legais da maioria das **democracias modernas prometem muito mais do entregam resultados na tutela de proteção de direitos**, pois são estruturados de tal modo que se todos os cidadãos com uma demanda legítima os invocassem, o sistema entraria em colapso. É como se, surpreendentemente e inconscientemente, o sistema adjudicatório-estatal fosse estruturado para ser utilizado o mínimo possível ou pelo menor número de sujeitos possíveis, sob pena de ruir.

Essa diretriz de acesso à justiça, mais ampla e estudada a partir da perspectiva do conflito, de certo modo, restaura uma verdade histórica que consiste no fato de que a jurisdição nunca foi efetivamente monopolizada pelo Estado, tantos e diversos foram, ao longo do tempo, os meios e os agentes credenciados a prevenir e/ou resolver os conflitos deflagrados no seio da coletividade, como sugere Mancuso (MANCUSO, 2018).

Nesse contexto, ironicamente, a viabilidade de um sistema preponderantemente estatal e adjudicatório de solução de conflitos dependeria da apatia, da ignorância, das barreiras culturais e dos custos que inibem a percepção e o reconhecimento de direitos, como bem observa Galanter. Ocorre que a viabilidade de tal sistema poderia ser aperfeiçoado tanto pela eficácia dissuasória das regras implantadas (sem necessidade de implementação forçada de direitos)<sup>6</sup> como pela disponibilidade de foros menos formais para ações legais (*legal action*), como defendido – entre outros – por Galanter e Sander. (SANDER, 1976)

Nessa perspectiva, ganha relevância pensar a Processualidade e o Devido Processo, para continuamente se constituírem em um *patrimônio* da sociedade, um *ferramental* na solução de seus conflitos e não apenas como mero método técnico a ser pensado à luz da realidade estrita do poder Judiciário. Afinal, tal como já sustentado, processualidade não se confunde com jurisdicionalidade.

Como fator adicional à insuficiência do modelo preponderantemente adjudicatório e estatal, acresça-se o fato de que os conceitos de justiça e injustiça são fluídos, não constituindo um jogo de soma zero, como explica Galanter (GALANTER, 2015):

Justiça não é mais, se alguma vez foi, estável e determinada, mas sim fluída, em movimento e instável. (...) A justiça a que buscamos acesso

---

<sup>6</sup> Não se pode deixar de registrar que numa sociedade de massas, a fiscalização do respeito aos direitos e a adoção de medidas administrativas, regulatórias e pré-judiciais são essenciais para o equilíbrio do sistema, visto que o ritmo de geração de conflitos em tais sociedades é incompatível com a capacidade de resolução pelo Judiciário.

é a negação ou a correção da injustiça. Mas **não há uma soma fixa de injustiça no mundo que é reduzida a cada obtenção de justiça. A esfera da injustiça percebida se expande dinamicamente com o crescimento do conhecimento humano**, com os avanços da viabilidade técnica e os crescentes anseios de amenidade e segurança (...). (g.n)

Para o referido autor, quanto mais soluções de problemas puderem ser inventadas e realizadas pelo ser humano, mais a linha entre o infortúnio (que seria inevitável) e a injustiça (que poderia ser evitada) se modifica. Por exemplo, se, anteriormente, a existência de uma doença incurável era um infortúnio inalterável, hoje, uma percepção de insuficiente esforço na busca por uma cura ou na distribuição de medicamentos pode fazer exsurgir uma queixa de injustiça, logo, o **domínio da injustiça acaba por ser alargado**. E o Estado-Juiz dificilmente conseguirá acompanhar – e custear – o ritmo e a intensidade de geração desses novos conflitos.

Dá a importância de capacitar a sociedade, em seus diversos nichos e estruturas, para resolver seus conflitos a partir de um modelo constitucional de processo e de pensar uma processualidade como patrimônio e ferramenta culturais e sociais a fim de **contribuir com arcabouço garantístico ao fenômeno da desjudicialização**, observando-se as diretrizes preconizadas pelo modelo constitucional de processo mormente à variabilidade, perfectibilidade e expansividade.

## **2 O MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO COMO PREMISA ESTRUTURANTE DOS DIVERSOS MEIOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS**

Não há dúvida de que, no paradigma<sup>7</sup> atualmente vigente, a Constituição é filtro por meio do qual se condiciona a validade de todo o ordenamento jurídico-social (HABERMAS, 2003). Nessa perspectiva, embora a constitucionalização das normas infraconstitucionais não signifique a “inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios”, preconiza-se a

---

<sup>7</sup> Convém destacar as nuances que envolvem o conceito de paradigma, eis que para alguns (KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1998.) este seria uma realização científica universalmente reconhecida (consenso) por determinada comunidade que, durante certo tempo e em certo contexto, fornece problemas e soluções modelares; ao passo que, para outros, a ideia de paradigma não se limita a ocorrência de consensos, visto que estes são cada vez mais difíceis nas sociedades plurais contemporâneas. (HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade, v II*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 129).

reinterpretação dos institutos ordinários sob a ótica constitucional, de modo que toda a atividade jurídica seja exercida à luz da Constituição e passada pelo seu crivo.

E o Direito Processual Civil, obviamente, também vivenciou tal influxo.

Conforme apontado anteriormente, e calcado no escólio de Andolina e Vignera (ANDOLINA e VIGNERA, 1997), o modelo constitucional de processo seria um esquema geral de processo, que detém três características estruturantes: **expansividade**, **variabilidade** e **perfectibilidade**. A expansividade asseguraria a idoneidade para que a norma processual pudesse ser expandida para microssistemas específicos de processo, desde que mantenha a conformidade com o modelo geral. A variabilidade autorizaria a especialização de determinados preceitos gerais para um determinado microssistema; e, por último, a perfectibilidade seria a capacidade de aperfeiçoamento do modelo geral por intermédio do processo legislativo.

Mas como definir qual seria a proposta ou o modelo geral? O que, afinal de contas, estaria garantido constitucionalmente como núcleo essencial de um devido processo e deveria ser projetado sobre todos os meios de solução de conflitos (desjudicializados ou não) para promoção e ampliação de acesso à justiça? Ora, a definição *apriorística* desse núcleo essencial é tarefa árdua, quiçá impossível e desnecessária, conforme célebre manifestação do juiz Frankfurter da Suprema Corte Norte-Americana:

(...) *due process* não pode ser aprisionado dentro dos traiçoeiros limites de uma fórmula... *due process* é produto da história, da razão, do fluxo das decisões passadas e da inabalável confiança na força da fé democrática que professamos. *Due process* não é um instrumento mecânico. Não é um padrão. É um processo. É um delicado processo de adaptação que inevitavelmente envolve o exercício de julgamento por aqueles a quem a Constituição confiou o desdobramento desse processo.

Ainda assim, na esteira do ensino sobre expansividade, variabilidade e perfectibilidade propostas por Andolina e Vignera, Abelha (2016) sustenta que deve haver total observância dos meios de solução de conflito aos ditames constitucionais formais e substanciais. Logo, sendo o devido processo legal a *raiz* de todos os demais *princípios estruturantes* do exercício da função jurisdicional, tem-se que os postulados constitucionais da isonomia, contraditório, ampla defesa, imparcialidade do juiz, acesso à prova, juiz natural, duração razoável do processo etc., nada mais são do que desdobramentos do “devido processo legal” que, quando exercitados no

processo, culminam no que se chama de “processo justo ou tutela jurisdicional justa”. Portanto, justa seria a tutela jurisdicional que consegue pôr em prática todos os princípios e regras derivados do devido processo legal, com o adequado equilíbrio entre estes, de forma a alcançar um resultado que possa ser tido como “justo”.

A definição do modelo geral de processo constitucional ou do núcleo essencial da processualidade constitucional se dará não de maneira estática e apriorística, mas sim proveniente de um movimento “de dentro para fora” da própria garantia constitucional e sempre levando em consideração as peculiaridades do conflito no qual se insere. Isso nada mais é do que o Processo se conectar com os diversos segmentos e estruturas sociais para entender as peculiaridades de cada conflito (“integração da realidade”) e prover soluções mais adequadas.

Para Häberle (2003) – autor do conceito de *sociedade aberta dos intérpretes* – o destinatário da norma é (ou deveria ser) participante ativo do processo hermenêutico, pois, quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos cointerpretá-la. A realidade teria papel importante, inclusive, na definição do núcleo essencial do direito fundamental. Definir, por exemplo, quais seriam os limites entre o que pode ser objeto ou não de variabilidade em cada meio de solução de conflito é assunto complexo e controvertido<sup>8</sup> entre constitucionalistas

---

<sup>8</sup> Procurando apresentar uma resposta a esse questionamento, diversas são as teorias existentes. A princípio, podemos apresentar as teorias **generalistas e individualizadoras**. A grande questão debatida por essas teorias está relacionada à discussão sobre se o conteúdo essencial dos direitos fundamentais os resguarda de forma genérica ou cada um dos direitos isoladamente considerados. Para os generalistas, não importa que uma lei venha a atingir a essência de um direito fundamental considerado individualmente, desde que subsista o próprio sistema dos direitos fundamentais, sistema esse materializado pela dignidade da pessoa humana. De outro lado, encontram-se os individualistas, para quem o conteúdo essencial de um direito fundamental é expressão específica de um concreto direito fundamental. Com o mesmo objetivo, delimitar o que vem a ser o núcleo essencial dos direitos fundamentais, existem ainda as **teorias objetiva e subjetiva**. A questão discutida por essas teorias restringe-se a esclarecer se o conteúdo essencial dos direitos fundamentais se destina a proteger esse direito como uma posição pessoal (direito subjetivo concreto de cada pessoa singular) ou se apenas busca tutelar a norma consagradora desse direito (como instituição jurídica abstrata). Para os adeptos da concepção objetiva, o conteúdo essencial dos direitos fundamentais servirá para tutelar tal direito como instituto jurídico. Assim, somente quando este instituto jurídico estiver sendo inobservado é que haverá ofensa ao núcleo essencial do direito fundamental. Os partidários da corrente subjetiva entendem que o núcleo essencial dos direitos fundamentais deve resguardar, sobretudo, os direitos fundamentais como posições jurídicas das pessoas. Nesse sentido, tem se posicionado a jurisprudência presente do Tribunal Constitucional Federal Alemão e a doutrina majoritária. As **teorias absolutas e relativas** também apresentam suas propostas sobre o tema. Para as teorias absolutas, o conteúdo essencial consistiria num núcleo fundamental, determinável em abstracto, próprio de cada direito e que seria, por isso, intocável. Referir-se-ia a um espaço de maior intensidade valorativa (o coração do direito) que não poderia ser afetado sob pena de o direito deixar realmente de existir. Para as teorias relativas, o núcleo essencial de um determinado direito fundamental só poderia ser determinado à luz do direito restringido, levando-se em consideração o caso concreto, haja vista que, em razão das circunstâncias consideradas diante do caso concreto, é que se poderá verificar se eventual restrição realizada seria capaz de violar a essência do direito fundamental restringido. CHEQUER, Cláudio. *O princípio da proteção ao núcleo essencial do Direito Fundamental no Direito Brasileiro (aplicação e delimitação)*. in Carta Forense Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/o-principio-da-protecao-ao-nucleo-essencial-do-direito-fundamental-no-direito-brasileiro-aplicacao-e-delimitacao/10163>> Acessado em: 31.12.2019.

e filósofos do Direito, havendo quem defenda que as limitações ao núcleo essencial de uma garantia devem partir “de dentro” dela própria e lhe são intrínsecos (teoria interna) e outros que defendem que as limitações ao núcleo essencial de um direito fundamental venham da colisão com outros direitos (teoria externa) e de uma atividade de ponderação e sopesamento.

Häberle – embora se filie à teoria interna que defende que as limitações devem partir de dentro do próprio direito fundamental e lhe são intrínsecas – parece conjugar elementos interessantes de ambas as teorias, motivo pelo qual convém trazer seu pensamento a lume para reflexão de como o núcleo essencial do devido processo implica na variabilidade do meio de solução de conflito. Para o autor, conquanto os direitos fundamentais sejam expressões de “valores supremos” do *status libertatis*, eles são **atualizáveis ao longo do tempo**. Não só os direitos fundamentais em seu conteúdo sofrem modificações, mas também seu núcleo essencial, sendo tais mudanças não apenas necessárias, como obrigatórias, pois sem elas uma Constituição correria o risco de perder validade de seus conteúdos essenciais em decorrência da sua incompatibilidade com a atualização social dos valores.<sup>9</sup>

Nessa perspectiva, a vinculação dos direitos à realidade social garantiria a correlação desta com o dever ser, o que possibilitaria ao direito fundamental estar em permanente atualização. E essa conexão com a realidade se daria através das conformações (e, obviamente, limitações) ao direito fundamental. Na visão de Häberle, as limitações, ao contrário de restringirem as liberdades individuais, proporcionariam substrato de realidade social, pois o abuso da liberdade e a sua falta de limitação implicaria na falta de igualdade entre os cidadãos. Sucede que as eventuais “restrições” são conformações e determinações do direito que devem ocorrer – na visão do autor – a partir de sua essência (de dentro para fora).<sup>10</sup> Assim, a limitação serve também ao titular do direito limitado, já que pretende o exercício “correto” do direito em benefício da comunidade e, por isso, da manifestação individual da personalidade em

---

<sup>9</sup> É preciso olhar o direito fundamental de acesso à justiça e a um devido processo legal através dessa perspectiva, visando evitar que essas garantias constitucionais percam validade por incompatibilidade de atualização social. Nessa perspectiva, ainda que se tenha de limitar ou restringir certas formalidades, até então existentes no processo judicial para garantir uma maior ampliação do acesso à justiça através dos métodos alternativos isso é uma forma dar efetividade e substrato de realidade social à própria garantia de acesso à justiça.

<sup>10</sup> Häberle rejeita limitações vindas “de fora” por acreditar que é a partir da essência do direito fundamental que se deve fixar as restrições. HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2003, pp. 128/129.



consonância com o todo social (...) pois “oferece ao indivíduo o acesso ao parâmetro vigente de valores”.

Os direitos fundamentais seriam condicionados pela comunidade, e vice-versa, sendo também imprescindíveis para a existência dessa. A partir da concepção da dúplici dimensão dos direitos fundamentais (individual/subjetiva e institucional/objetiva) e o seu papel na vida social, o autor salienta a importância do legislador em “realizar” os direitos fundamentais. A sintonia plena entre o normativo e o real engendraria o que o autor denomina de “constituição viva”.

Diante do exposto, embora o conceito de devido processo (*due process*) não possa nem deva ser definido de forma apriorística, fato é que – a partir do substrato da realidade de cada conflito – ele deverá construir um leque de definições práticas, perpassando pelos princípios da Isonomia, do Contraditório, da Ampla Defesa, da Imparcialidade do Terceiro (seja o meio de solução auto ou heterocompositivo), Direito à Prova, Duração Razoável do Processo de Solução a fim de prover a processualidade mais adequada.

### **3 O MODELO GERAL (OU NÚCLEO ESSENCIAL DA PROCESSUALIDADE) SOBRE A DESJUDICIALIZAÇÃO**

É nessa toada que se deve enxergar a garantia de acesso à justiça com lastro do devido processo, transpondo-se as garantias processuais de índole constitucional (devido ou *giusto* processo) para todos os meios de solução de conflito, auto e heterocompositivos, quer sejam providos por instituições estatais, não-estatais ou em modelo híbrido. Não se poderia falar, por exemplo, em uma solução de conflito pela via arbitral que deixasse de observar o contraditório, a produção de prova ou a fundamentação das decisões; nem mesmo uma mediação cujo mediador não agisse sem isonomia, fosse parcial ou tendencioso; ou, ainda, não se poderia conceber como adequada uma análise feita em uma agência reguladora, na Administração Pública ou em um Tribunal de Contas cuja composição de julgadores estivesse inclinada previamente para determinada solução, de modo a violar a garantia do juiz natural.

Isso demonstra, de forma intuitiva e quase que instintiva, que deve haver processualidade em quaisquer meios de solução de conflitos, sejam eles estatais ou não. A despeito da pluralidade de concepções e subjetividades do Bem e do Justo – diferentes e, muitas

vezes, incompatíveis entre si<sup>11</sup> – há algo peculiar: a processualidade é o meio de viabilizar que as próprias partes em conflito (com atuação de um terceiro ou não) desenvolvam, lapidem e, quiçá, encontrem a máxima justiça possível para o caso concreto. Nas palavras do filósofo social Hampshire (HAMPSHIRE, 2000):

[...] justiça em procedimento é um valor invariável, uma constante na natureza humana .... [...] Pode ser percebida em toda parte uma necessidade bem definida de procedimentos para resolução de conflitos, os quais podem substituir a força bruta, a dominação e a tirania (tradução nossa).

O referido autor resume a essência da prática de resolução de conflitos no princípio *audi alteram partem* (ouvir o outro lado), ou seja, a ideia de um contraditório efetivo, substancial e dinâmico que é condição *sine qua non* para obtenção de justiça em qualquer sociedade plural e democrática. Assim, independentemente de o meio de solução de conflitos ser estatal, privado ou do terceiro setor, de ser adjudicatório ou não<sup>12</sup>, a processualidade deverá estar presente a partir das peculiaridades do próprio conflito sem desviar-se do devido processo previsto na Constituição.

Em sua obra “Ensaio sobre a processualidade”, por exemplo, Grinover (2018) também defende a *construção* da ideia de *processualidade* a partir dos conflitos existentes na sociedade para se chegar ao procedimento adequado para solucioná-los, de modo a atingir uma tutela jurisdicional e processual efetiva e justa. Percebe-se aqui grande influência de um daqueles trigêmeos ressaltados por Galanter que consiste na Perspectiva do Conflito nos Estudos Jurídicos.

Ainda que haja múltiplos modos de se realizar a convergência (*matching*) entre **diferentes técnicas** com **diferentes objetivos** (*goals*), delineando-se o procedimento

---

<sup>11</sup> There will always be a plurality of different and incompatible conceptions of the good and there cannot be a single comprehensive and consistent theory of human virtue. (HAMPSHIRE, Stuart. *Justice is conflict*. Princeton University Press, 2000).

<sup>12</sup> Aliás, há quem defenda, nessa perspectiva, uma teoria unitária de solução de conflitos. Richard Reuben, por exemplo, alerta que, sob o modelo tradicional, a resolução de disputas civis é geralmente dividida binariamente em dois conjuntos: julgamento em processo judicial estatal, de natureza pública, sujeito a regras constitucionais de devido processo legal e, de outro lado, os métodos alternativos de solução de conflitos, que possui natureza privada e, portanto, sujeitos a menos restrições. Assim, propõe um entendimento unitário da resolução pública de disputas civis, aquele que reconhece que o ADR é frequentemente energizada pela ação do estado e, portanto, é constitucionalmente exigido para cumprir com o devido processo mínimo, mas significativos padrões. Dependendo do processo, esses padrões podem incluir o direito de um fórum imparcial, o direito de apresentar evidências e confrontar evidências adversas, e um direito qualificado de aconselhamento. Reuben conclui que o efeito do movimento de ADR deveria ser a expansão de nosso conceito de justiça civil pública, do que sua contração através da privatização. REUBEN, Richard C. Constitutional Gravity: A Unitary Theory of Alternative Dispute Resolution and Public Civil Justice, *UCLA L. Rev.*, v. 47. p. 949.2000.

apropriado à obtenção do resultado (*outcome*) adequado ao determinado tipo de problema, a ideia imanente de processualidade ali estará presente.

Logo, se a solução de conflitos pela própria sociedade se revela como atividade “jurídica” e de alta relevância social, tal como demonstrado acima, e se essa pacificação deve ser realizada nos moldes das garantias constitucionais, inarredável é a projeção de tal processualidade constitucional também sobre os meios desjudicializados de solução de conflitos, a partir do modelo constitucional de processo e dos mecanismos de expansividade, variabilidade e perfectibilidade, sustentados por Andolina e Vignera.

E isso parece decorrer da própria ideia de instrumentalidade do Processo, que exige que este guarde aderência e sintonia com as necessidades e exigências que vão emergindo na vida em sociedade, e, por isso, as nomenclaturas e classificações próprias da ciência processual não formam um modelo fechado, mas, ao contrário, devem consentir alterações, na razão direta da eclosão de novas necessidades e exigências.

Destarte, na atual quadra da História, parece cada dia mais plausível que o adequado *exercício da cidadania* não consiste numa imediata e açodada judicialização de todo e qualquer conflito, mas sim, na busca, num primeiro momento de outras soluções auto e heterocompositivas, voltadas a *trabalhar* a controvérsia ao invés de, compulsivamente, buscar eliminá-la – sem prejuízo de que, ao longo desse trâmite, o Judiciário seja acionado em caso de violações de garantias constitucionais, conforme ressalta Mancuso (MANCUSO, 2018).

Note-se que, não se está no presente estudo a invalidar ou subdimensionar a importância dos meios adjudicatórios ou estatais, nem ressaltar a preponderância de um método sobre outro, mas tão somente (e sobretudo) evidenciar a necessidade de convivência e interrelação profícua entre as diversas portas de solução de conflitos – ainda que entre elas haja tensões inarredáveis.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Ante o exposto, infere-se que não há como negar que a forma em que o Acesso à Justiça se encontra estruturado no Brasil atualmente impacta diretamente na dinâmica das relações sociais e econômicas. O exaurimento do modelo judiciário estatal brasileiro é evidente, de modo que há de se desenvolver novos paradigmas de compartilhamento de responsabilidades entre as instituições estatais e não-estatais de Acesso à Justiça para cumprir os ditames do Constituinte

no que tange à duração razoável do processo e à segurança jurídica necessária ao amadurecimento institucional que conduza a um efetivo desenvolvimento socioeconômico.

Diante disso, mostra-se imprescindível analisar os problemas relacionados ao Acesso à Justiça, sob o enfoque do caminho percorrido e da porta de saída a fim de relacionar tais impasses com os Métodos Adequados de Solução de Conflitos e com os Estudos da Perspectiva do Conflito, visando perquirir maneiras de democratização do acesso à justiça.

Nesse sentido, a busca pela democratização do Acesso à Justiça pode, a partir das aberturas estabelecidas pela própria Constituição e pelo Código de Processo Civil, contribuir para uma maior efetividade da tutela jurisdicional e fortalecer instituições que servem de pilares ao desenvolvimento social e econômico.

À vista disso, considerando-se que a processualidade é o meio de viabilizar que as próprias partes em conflito, através de soluções auto e heterocompositivas, encontrem a melhor justiça para o caso concreto, a solução de conflitos pela própria sociedade se revela como atividade “jurídica” e de alta relevância social.

Assim sendo, a pacificação deve ser realizada nos moldes das garantias constitucionais, atuando a processualidade constitucional também sobre os meios desjudicializados de solução de conflitos, a partir do modelo atual de processo e dos mecanismos de expansividade, variabilidade e perfectibilidade acima retratados.

Destarte, haja vista que a desjudicialização visa trabalhar a controvérsia ao invés de apenas buscar eliminá-la judicialmente, é mister destacar que esta possui, além disso, o resguardo de que ao longo do trâmite de resolução de uma lide, o Poder Judiciário seja acionado em caso de violações de garantias constitucionais, a fim de que grande parte das lesões ocorridas sejam objetos de discussão e efetivação de direitos porventura lesionados.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ABEL, Richard L. *A comparative theory of dispute institutions in Society. Law & Soc'y Rev*, 217, 1974.

ABELHA, Marcelo. *Processo civil ambiental*. 4. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

- ALEXY, Robert. *Derechos Fundamentales y Estado Constitucional Democrático*. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.
- ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. *I fondamenti costituzionale della giustizia civile: il modelo costituzionale del proceso civile italiano*. 2. ed. Torino: G. Giappichelli, 1997.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Tese de Doutorado. Universidade Federal de Minas Gerais, 1981.
- BARROSO, Luis Roberto. *Prefácio: O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público*. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. 3. tir. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.
- BASTOS, Antônio Adonias Aguiar. *O devido processo legal nas demandas repetitivas*. Tese Doutorado. Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2012.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Súmulas, Praticidade e Justiça: Um olhar crítico sobre o direito sumular e a individualização do direito à luz do pensamento de Misabel de Abreu Machado Derzi*. In: COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Segurança Jurídica: Irretroatividade das decisões judiciais prejudiciais aos contribuintes*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da constituição*. Coimbra: Almedina, 1991.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CARTWRIGHT, Bliss et al. Introduction: litigation and dispute processing. *Law & Soc'y Rev*, 5, 1974.
- CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. Evolución de la doctrina procesal. In: CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. *Estudios de teoría general e historia del proceso*. (1945-1972). México: UNAM, 1974, p. 303

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Teoria Discursiva da argumentação jurídica de aplicação e garantia processual jurisdicional dos direitos fundamentais. In: *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *Garanzie costituzionali e 'giusto processo' (modelli a confronto)*. Revista de Direito Comparado, v. 2, n. 2, p. 263-264, Belo Horizonte: UFMG, mar./1998, trad. Marcelo Veiga Franco.

CORNELL LAW SCHOOL. *Alternative dispute resolution*. Disponível em: <[https://www.law.cornell.edu/wex/alternative\\_dispute\\_resolution](https://www.law.cornell.edu/wex/alternative_dispute_resolution)>. Acesso em: 15.01.2020.

DUTRA, Victor Barbosa. *Precedentes vinculantes: contraditório efetivo e técnicas repetitivas*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. "Os Passos da Hermenêutica: Da Hermenêutica à Hermenêutica Filosófica, da Hermenêutica Jurídica à Hermenêutica Constitucional e da Hermenêutica Constitucional à Hermenêutica Constitucionalmente adequada ao Estado Democrático de Direito". In: Bernardo Gonçalves Fernandes. (Org.). *Interpretação Constitucional: Reflexões sobre (a nova) Hermenêutica*. 1 ed. Salvador: JusPodivm, 2010, v. 01, p. 7 101.

FRANKFURTER, Felix. O Governo da lei. *Revista forense: doutrina, legislação e jurisprudência*. v. 54, n. 169, p. 68–76, jan./fev., 1957.

GALANTER, Marc. Acesso à Justiça em um mundo de capacidade social em expansão. *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*, Porto Alegre, v. 2, n. 1, p. 37-49, jan./jun. 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018.

HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2003.

HAMPSHIRE, Stuart. *Justice is conflict*. Princeton: Princeton University Press, 2000.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Hector Fix-Zamudio y el origen científico del derecho procesal constitucional (1928-1956). MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. LARREA, Arturo Zaldivar Lelo de (coord.). *La ciencia del derecho procesal constitucional: estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*. México: Marcial Pons, 2008.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. LARREA, Arturo Zaldivar Lelo de (coord.). *La ciencia del derecho procesal constitucional: estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*. México: Marcial Pons, 2008.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à Justiça – condicionantes legítimas e ilegítimas*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 365.

MENDES, Conrado Hubner. (2011). *Direito Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: Saraiva.

MENKEL-MEADOW, Carrie. When Litigation Is Not the Only Way: Consensus Building and Mediation As Public Interest Lawyering. *Wash. U. L.J. & Pol'y* 37-62 (2002) Disponível em: <<http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/171>> Acessado em: 25.06.2019.

MITIDIERO, Daniel. *O direito fundamental ao processo justo*. Disponível em: <[http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art\\_srt\\_arquivo20130419164953.pdf](http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20130419164953.pdf)>. Acessado em 10/02/2016.

NADER, Laura; TODD JR., Nader (Eds.). The disputing process. *Law & Soc'y Ver*, 9, 1978.

PEREIRA, Matheus Costa. Processualidade, jurisdicionalidade e procedimentalidade (I): algumas reflexões sobre as origens da ciência processual e do paradigma instrumentalista. *Empório do Direito Coluna Garantismo Processual*. Disponível em: <[https://www.academia.edu/38546178/Processualidade\\_jurisdicionalidade\\_e\\_procedimentalidade\\_I\\_algumas\\_reflex%C3%B5es\\_sobre\\_as\\_origens\\_da\\_ci%C3%Aancia\\_processual\\_e\\_do\\_paradigma\\_instrumentalista](https://www.academia.edu/38546178/Processualidade_jurisdicionalidade_e_procedimentalidade_I_algumas_reflex%C3%B5es_sobre_as_origens_da_ci%C3%Aancia_processual_e_do_paradigma_instrumentalista)> Acessado em 16.11.2019.

SANDER, Frank E. A. *Varieties of Dispute Processing*. Eagan: West Publishing Company, 1976.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional*. Porto Alegre: SAFE, 1999.

THEODORO JUNIOR, Humberto. NUNES, Dierle. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 168, fev./2009.

TROCKER, Nicolò. Il nuovo articolo 111 della costituzione e il 'giusto processo' in materia civile: profili generali. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, anno LV, n. 2, ano 55, p. 384, Milano: Giuffrè, 2001, trad. Marcelo Veiga Franco.