

VICTOR BARBOSA DUTRA

TRIAGEM DE CONFLITOS

**ferramentas para prevenção,
tratamento e ampliação
de soluções justas**

2026

O MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO (PROCESSO JUSTO) NO TRAJETO DE DESJUDICIALIZAÇÃO. A PROCESSUALIDADE A PARTIR DO CONFLITO (INFLUXO SOCIAL) E CONFORME A CONSTITUIÇÃO (INFLUXO NORMATIVO)

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 científica¹ do Direito Processual que vigorou desde o século XIX. Prevaleceu, durante considerável espaço de tempo, o dogma da irrelevância da vontade das partes para a produção de efeitos no ato processual, conforme apontam Juliana Cordeiro de Faria e Edgard Audomar Marx Neto².

Ocorre que, por obra dos estudos denominados de *Projeto Florença* – coordenado por Cappelletti³ – 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

-
1. Cf. 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; 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.
 2. FARIA, Juliana Cordeiro. NETO, Edgard Audomar Marx. Negócios jurídicos processuais unilaterais? In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Negócios Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 111 e segs.
 3. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988.

institutos dedicados ao tema, bem como no próprio Direito Processual Civil contemporâneo.

Como se sabe, na estruturação formulada por Cappelletti⁴, 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 ambientais. Já a terceira e última⁵ 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

4. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *op. cit.* 1988.

5. Kim Economides, que integrou o grupo de estudos 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 cotidiana 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.

a diversidade de *instituições de processamento de disputas*, o que constituiria como alternativas menos formais para tratamento de conflitos.⁶⁻⁷⁻⁸

O movimento de **Acesso à Justiça**, tal como concebido hodiernamente e como relata Galanter, constitui um conjunto de *trigêmeos intelectuais*, ao lado dos **Meios Alternativos de Solução de Conflitos** (*Alternative Dispute*

-
6. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *op. cit.* p. 67.
 7. 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 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”.
 8. A doutrina tem ampliado demasiadamente o rol das ondas de acesso à justiça, com base nas ideias de Cappelletti e Garth no âmbito do Projeto Florença. Além das três iniciais, o *Global Access to Justice Project*, por exemplo, – projeto contemporâneo que conta com a participação de Bryant Garth – elenca outras quatro ondas: “ética nas profissões jurídicas e acesso dos advogados à justiça” (quarta), “o contemporâneo processo de internacionalização da proteção dos direitos humanos” (quinta), “iniciativas promissoras e novas tecnologias para aprimorar o acesso à justiça” (sexta) e “desigualdade de gênero e raça nos sistemas de justiça” (sétima). Disponível em: <<https://globalaccesstojustice.com/book-outline/?lang=pt-br>>. Há diversas construções teóricas acerca das ondas e de sua quantidade. Outra delas em que são mencionadas sete ondas foi apresentada por Mariana Carvalho de Paula de Lima, que focou o estudo na sétima onda: “(...) assim denominada porque possui as anteriores como suas precursoras e as projeta ao mundo globalizado, em prol de uma atuação *glocal* voltada a soluções prioritariamente extrajudiciais que viabilizem a simbiose entre o direito doméstico e o direito internacional, principalmente em matéria de proteção multinível dos direitos humanos. Trata-se do *controle de constitucionalidade e convencionalidade extrajudicial glocal*”. LIMA, Mariana Carvalho de Paula de. *A 7ª onda de acesso à justiça: acesso à ordem jurídica globalizada*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2022, p. 108. Particularmente, **prefere-se não banalizar o termo “ondas” ou sua quantidade**, pois, afinal, como já se disse nesta obra – com base em Galanter – a Justiça é fluida, em movimento e instável, de modo que 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. Nesta perspectiva, as ondas seriam infinitas e, ao estendê-las em demasia, perde-se o sentido pedagógico-metodológico.

Resolution) e da **Perspectiva do Conflito nos Estudos Jurídicos**⁹, os quais, muito embora tenham nascido juntos, caminharam em diferentes direções e amadureceram em ambientes bastante diversos¹⁰.

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 conflitos¹¹. O termo “Meios Alternativos de Solução de Conflitos” (doravante denominados MASC’s), por seu turno, derivou da expressão em inglês *Alternative Dispute Resolution* (ADR)¹² mais recentemente denominada *Appropriate Dispute Resolution*¹³, 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*”).¹⁴

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, estruturado como política pública nacional a partir da Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça e positivado no Código de Processo Civil de 2015 que dispõe que o “Estado promoverá, sempre que pos-

-
9. 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.
 10. 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.
 11. Ao menos do ponto de vista quantitativo do acesso à justiça.
 12. De nomenclatura discutível e já aprimorada, como abordamos em outros pontos deste estudo.
 13. DAVIS, M. Albie; GADLIN, Howard. Mediator Gains Trust the Olde-Fashioned Way – We earn it! *Negotiation Journal*, Vol. 4, Issue 1 (January 1988), pp. 55-62. Disponível em: <<https://doi.org/10.1111/j.1571-9979.1988.tb00446.x>> Acessado em: 03.10.2021 às 9:50.
 14. CORNELL LAW SCHOOL. Alternative dispute resolution. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/wex/alternative_dispute_resolution>. Acessado em: 15.01.2020.

sível, a solução consensual dos conflitos”¹⁵ 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”¹⁶. No mesmo ano de 2015, aliás, foram aprovadas a primeira lei específica de mediação (Lei 13.140) e a reforma da lei de arbitragem (Lei 13.129, que atualizou a Lei 9.307/1996).

Já a “**Perspectiva do Conflito nos Estudos Jurídicos**” (PCEJ) 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 Judiciário¹⁷, pois, afinal, a adjudicação é apenas uma das formas com a qual a sociedade os soluciona, e nem é a mais frequente. Analogicamente, o conflito seria como a *Esfinge de Tebas*, que propõe perguntas a serem decifradas como meio de avançar em cada porta. 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, nesse 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 *reivindicadas*, as quais, quando resistidas, se tornam *lides* no sentido carneluttiano¹⁸ conhecido entre processualistas:

15. Código de Processo Civil, artigo 3º, § 2º.

16. Código de Processo Civil brasileiro, artigo 3º, § 3º.

17. ABEL, Richard L. A comparative theory of dispute institutions in Society. *Law & Soc’y Rev.* 217, 1974.; NADER, Laura; TODD JR., Nader (Eds.). The disputing process. *Law & Soc’y Ver.* 9, 1978.; CARTWRIGHT, Bliss. Conclusion dispute and reported cases. *Law & Soc’y Rev.* 163, 1975.; CARTWRIGHT, Bliss et al. Introduction: litigation and dispute processing. *Law & Soc’y Rev.* 5, 1974.

18. Para Lúcio Delfino, baseado em Carnelutti, “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 à 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.

Fig. 05 – Estrutura Piramidal de Percepção de Conflitos

Fonte: Elaborada pelo próprio autor a partir do artigo de GALANTER¹⁹.

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 função relevante e essencial na solução de conflitos, desenvolve atuação inequivocamente subsidiária nesse mister e não representa a *única* nem a *maior* parcela dessa missão. Galanter, inclusive, destacava – já em 1989 – que o movimento de ADR's passou a demonstrar que o Judiciário estatal é parte de um ecossistema no qual vários institutos de solução de conflitos integram e afetam uns aos outros²⁰.

O modelo de pirâmide da perspectiva do conflito escancarou, assim, as múltiplas possibilidades de desconexão entre os estágios do conflito e a cultura de adjudicação²¹ e demonstrou que os sistemas legais da maioria das democracias modernas promete muito mais do que entrega em sede de resultados na tutela de proteção de direitos, pois são estruturados de tal modo que se todos os cidadãos com uma demanda legítima o invocassem, o sistema entraria em colapso.²² É como se, surpreendente 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.

19. GALANTER, Marc. *op. cit.*, 2015.

20. GALANTER, Marc. *Compared to What – Assessing the Quality of Dispute Processing*, 66 Denv. U. L. Rev. xi (1989).

21. GALANTER, Marc. *op. cit.*, 2015.

22. *Ibidem*.

Essa diretriz de acesso à justiça, mais ampla e estudada a partir da perspectiva do conflito nos estudos jurídicos, 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.²³

Essa constatação é, também corroborada na obra de Didier Jr. e Fernandez, sobretudo na delimitação dos “Sujeitos e Portas”.²⁴ Além do Poder Judiciário, são estudados o juízo arbitral, as câmaras de conciliação e mediação, os Tribunais administrativos, os Tribunais de Contas, as portas de regulação, o Ministério Público, a Defensoria Pública, a Advocacia, as serventias extrajudiciais, os comitês de resolução de disputas, os litigantes habituais e os litigantes vulneráveis. Os autores analisam, ainda, outras portas de acesso que evidenciam a diversidade dos meios e dos agentes que atuam na prevenção e na resolução de conflitos. São tratados como “outros sujeitos e outras portas”: o Poder Legislativo, a Controladoria-Geral da União, o Procon, o Conselho Tutelar, as polícias, os escritórios de prática jurídica, os Tribunais eclesiais, os Tribunais consuetudinários e povos tradicionais e as associações, condomínios e grupos sociais. Tendo em vista a extensão dessa lista, os doutrinadores salientam que “(...) a formulação de qualquer elenco dos sujeitos e das portas de acesso à justiça é necessariamente provisória”.²⁵

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

24. DIDIER JR., Fredie; FERNANDEZ, Leandro. *Introdução à Justiça Multiportas: sistema de solução de problemas jurídicos e o perfil do acesso à Justiça no Brasil*. São Paulo: JusPodivm, 2024.

25. A título exemplificativo, os autores mencionam o art. 12-C da Lei n. 11.340/2006 como demonstração de que “(...) no âmbito dos problemas jurídicos relativos à violência doméstica ou familiar contra a mulher, a polícia funciona como uma porta de acesso às medidas protetivas de urgência, em interação com o Poder Judiciário”. Outros exemplos explicados envolvem o reconhecimento de estruturas não estatais de solução de disputas que, caso não desrespeitem o núcleo mínimo assegurado constitucionalmente, têm sua atuação acatada pelas instâncias oficiais em razão da sua maior adequação social para dirimir o problema, como ocorre no âmbito de decisões de comunidades indígenas e quilombolas e de agrupamentos sociais que definem formalmente meios de solução de litígios (como associações, partidos políticos e condomínios edilícios). DIDIER JR., Fredie; FERNANDEZ, Leandro. *Introdução à Justiça Multiportas: sistema de solução de problemas jurídicos e o perfil do acesso à Justiça no Brasil*. São Paulo: JusPodivm, 2024, p. 341-592.

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.²⁶ Ocorre que a viabilidade de tal sistema poderia ser aperfeiçoado tanto pela eficácia dissuasória das regras implantadas (sem necessidade de implementação forçada de direitos)²⁷ como pela disponibilidade de foros menos formais para ações legais (*legal action*), como defendido – entre outros – por Galanter²⁸ e Sander²⁹.

Nessa perspectiva, ganha relevância pensar a Processualidade como um *contínuo patrimônio* da sociedade, um *ferramental* na solução de seus conflitos, uma teoria particular de processo³⁰ para os Estados Democráticos de Direito, fundada na Constituição e que consagra direitos fundamentais, e não apenas como método técnico a ser pensado à luz da realidade estrita do poder Judiciário ou do Estado. Afinal, tal como já sustentado, processualidade não se confunde com jurisdicionalidade.³¹

Mesmo quando articuladas, na esteira dos ensinamentos de Didier, as teorias que tentam explicar o fenômeno jurídico do “processo” seja pelo que ele é (ato jurídico complexo³²), pelo que ele *gera* (relações jurídicas³³ entre os

26. GALANTER, Marc. *op. cit.*

27. Não se pode deixar de registrar que em uma 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.

28. GALANTER, Marc. *op. cit.*

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

30. DIDIER JR., Fredie. Teoria geral... *Op. Cit.* p. 98.

31. 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%A2ncia_processual_e_do_paradigma_instrumentalista>. Acessado em 16.11.2019

32. O procedimento seria gênero, do qual o processo seria uma espécie; o processo seria o procedimento estruturado em contraditório. Cf. FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*. 8ª. Ed. Milão: CEDAM, 1996, p. 9-10; GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 2001, p. 68-69 e 102-103; NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 207.

33. BÜLOW, Oskar. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Miguel Angel Rosas Lichtschein (trad.) Buenos Aires: EJE, 1964, p. 1-4; CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Napoli: Morano, 1958, n. 20, p. 35; MONACCIANI, Luigi.

sujeitos processuais) e *para que ele serve* (produção de norma jurídica³⁴), ainda se vislumbra espaço científico para enfrentar e desenvolver o conceito de Processualidade, visto não ser ela ato, nem relação, nem norma produzida.

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 Galanter³⁵. Para o autor, justiça não é estável e pré-determinada, mas sim fluida, em movimento e inexoravelmente instável:

(...) 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.)

Segundo Galanter, 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 modifica³⁶. 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 surgir uma queixa de injustiça e, 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 dessas novas percepções de injustiças e, portanto, de potenciais conflitos.

Daí 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 (variabilidade, perfectibilidade e expansividade). Seria, por assim dizer, um direito fundamental à processualização, um dever de garantia, que perpassa todos os direitos fundamentais, consubs-

Azione e Legittimazione. Milano: Giuffrè, 1951, p. 46; GRECO. Leonardo. Instituições de Processo Civil. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. 1, p. 251.

34. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6ª. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 80.

35. GALANTER, Marc. *op. cit.*

36. GALANTER, Marc. *op. cit.*

tância fundamento para o reconhecimento da progressiva processualização das ações e prestações estatais.³⁷

Muito embora a relação jurídica processual tradicional não esteja estruturada a partir do pilar da autonomia da vontade, mas sim – na visão de Cordeiro de Faria e Marx Neto³⁸ – da autoridade do Estado (que assim define o modo de ser em abstrato do processo, isto é, do método para o exercício de uma atividade pública), não significa dizer que inexista dialética, a qual se caracteriza por “uma tensão permanente entre o modo privado e o modo estatal de criação do Direito (...) [de modo que a] relação entre a autonomia privada e a heteronomia pública pode entender-se de um modo predominantemente privado ou predominantemente público”³⁹. Destarte, urge pensar e estruturar os fundamentos conceituais e operacionais da processualidade para além da jurisdicionalidade, ainda que não haja concordância sobre a rigidez e a funcionalidade propostas.

Conforme instiga Humberto Ávila⁴⁰, a Ciência do Direito pode adquirir foros de reconfigurada cientificidade na medida em que não se limite a reescrever sentidos, mas também *reconstruir significações* e *adscrever* sentidos, com intersubjetividade discursiva, limitada pelos sentidos mínimos dos dispositivos e pela coerência sistemática. Este é um dos desafios que se impõe à Processualidade na efetiva solução ou transformação de conflitos.

37. DANTAS, Miguel Calmon. Direito fundamental à processualização. *Constituição e processo*. Luiz Manoel Gomes Jr., Kuiz Rodrigues Wambier e Fredie Didier Jr (org.). Salvador: Editora JusPodivm, 2007, p. 418. Cf. ainda, do mesmo autor, a tese “Direito Fundamental ao Máximo Existencial” apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/bitstream/ri/8703/2/MIGUEL%20CALMON%20DANTAS%20-%20V.%202%20-%20TESE.pdf> Acessado em: 20/05/2022.

38. FARIA, Juliana Cordeiro. NETO, Edgard Audomar Marx. *Op. Cit.*

39. VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria Geral do Direito Civil*. 8.ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 372.

40. Em prefácio da obra de DIDIER JR., Fredie. *Teoria geral do processo, essa desconhecida*. 5ª. Ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

2.1. O MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO COMO PREMIS- SA DA PROCESSUALIDADE ESTRUTURANTE DOS DIVERSOS MEIOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS. INSTRUMENTALIDADE METODOLÓGICA DE CARLOS ALBERTO SALLES E ADA PEL- LEGRINI GRINOVER COMO HORIZONTE METODOLÓGICO

Não há dúvida de que, no paradigma⁴¹ atualmente vigente, a Constituição é filtro⁴² por meio do qual se condiciona a validade de todo o ordenamento jurídico-social. Nessa perspectiva, embora a constitucionalização das normas infraconstitucionais não signifique a “inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios”⁴³, preconiza-se a 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 crivo⁴⁴.

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

Conforme apontado anteriormente, e calcado no escólio de Andolina e Vignera⁴⁵, o modelo constitucional de processo é um esquema geral que detém três características estruturantes: **expansividade**, **variabilidade** e **perfectibilidade**. A expansividade assegura a idoneidade para que a norma processual possa ser expandida para microsistemas específicos de processo, desde que mantenha a conformidade com o modelo geral. A variabilidade autoriza a especialização de determinados preceitos gerais para um deter-

41. Convém destacar para o leitor 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 à 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).

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

43. BARROSO, Luís 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*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 11.

44. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da constituição*. Coimbra; Almedina, 1991, p. 45.

45. ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. *I fondamenti costituzionale della giustizia civile: il modello costituzionale del proceso civile italiano*. 2. ed. Torino: G. Giappichelli, 1997, p. 09-10.

minado microsistema; 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, quicá impossível e, conforme célebre manifestação do juiz Frankfurter⁴⁶ da Suprema Corte Norte-Americana é desnecessária:

(...) *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, Abelha⁴⁷ sustenta-se que deve haver total observância dos meios de solução de conflitos 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, culmina 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 eles, de forma a alcançar um resultado que possa ser tido como “justo”.⁴⁸

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

47. ABELHA, Marcelo. *Processo civil ambiental*. 4. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 94.

48. MITIDIERO, Daniel. O direito fundamental ao processo justo. Disponível em: <http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20130419164953.pdf>. Acesso em 10/02/2016. De acordo com Zaneti: “(...) um modelo constitucional do processo civil brasileiro voltado para a tutela das pessoas e dos direitos, no qual o próprio direito processual é constituído por direitos fundamentais voltados para a tutela de mérito,

Como o vocábulo “justiça” evoca inexoravelmente sentidos subjetivos, e a palavra “processo” tradicionalmente vem sendo utilizada para nominar o procedimento em contraditório encerrado na jurisdicionalidade, entende-se preferível denominar o *giusto proceso* como *processualidade adequada*.

A definição do modelo geral de processo constitucional ou do núcleo essencial da processualidade se dará não de maneira estática e apriorística, mas sim proveniente de um movimento “de dentro para fora”⁴⁹ 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, estruturas sociais, nuances do conflito e seus impactos sobre o indivíduo e a sociedade, de modo a prover soluções mais adequadas possível, por intermédio desta “integração da realidade”⁵⁰, como diria Häberle.

Para Häberle – autor do célebre conceito de *sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*⁵¹ – 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.⁵² 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 controvertido⁵³ entre constitucionalistas e filósofos do

adequada, tempestiva e efetiva, a proteção das pessoas e solução de conflitos com justiça”. ZANETI, Hermes. *A constitucionalização do processo: do problema ao precedente*. Da teoria do processo ao Código de Processo Civil de 2015. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 20.

49. HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2003
50. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. In DPU nº 60 – Nov-Dez/2014 – Assunto Especial – Textos Clássicos. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2353>> Acessado em: 26.10.2019.
51. HÄBERLE, Peter. *op. cit.* 2014.
52. *Ibidem*.
53. 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 indi-

Direito, havendo quem defenda que as limitações ao núcleo essencial de uma garantia devem partir “de dentro” dela própria e lhe são intrínsecos (teoria interna⁵⁴) e outros que defendem que as limitações ao núcleo essencial de um direito fundamental venham da colisão com outros direitos (teoria externa⁵⁵) e de uma atividade de ponderação e sopesamento. No caso do presente estudo, independentemente da forma de se abordar a questão e de eventuais condicionantes que *a priori* poderiam transparecer limitação ao

vidualmente, 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 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-protacao-ao-nucleo-essencial-do-direito-fundamental-no-direito-brasileiro-aplicacao-e-delimitacao/10163>> Acessado em: 31.12.2019.

54. HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2003.
55. 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.

judiciário, cumpre frisar que o objetivo é (e deve ser) expandir soluções de justiça com uma processualidade adequada.

Häberle⁵⁶ – 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 tempo⁵⁷. Não só os direitos fundamentais em seu conteúdo sofrem modificações, mas também seu núcleo essencial⁵⁸, 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.⁵⁹ Logo, trabalhar e transformar o conflito antes de sua chegada ao judiciário é expandir a justiça e não limitá-la; implantar novos meios tecnológicos⁶⁰ que ampliem a porta de entrada, eliminem ou minimizem tempos mortos do processo e facili-

56. HÄBERLE, Peter. *op. cit.*

57. HÄBERLE, Peter. *op. cit.* p. 7.

58. HÄBERLE, Peter. *op. cit.* pp. 203/204.

59. É preciso olhar o direito fundamental de acesso à justiça e o devido processo legal por meio 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 com o uso dos métodos alternativos, isso é uma forma dar efetividade e substrato da realidade social à própria garantia de acesso à justiça.

60. Atendendo-se para a necessária inclusão digital, face ao analfabetismo geral e funcional infelizmente ainda existente no país e que dificulta, e por vezes, impede o exercício de direitos e do acesso à justiça. RODRIGUES MOREIRA, Tássia; GOETTEMES DOS SANTOS, Karinne Emanoela. Acesso à Justiça e Tecnologia. *Revista Em Tempo*, v. 20, n. 1, nov. 2020. ISSN 1984-7858. Disponível em: <<https://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/3259>>. Acesso em: 12 mar. 2022. doi: <https://doi.org/10.26729/et.v20i1.3259>. SPENGLER, Fabiana Marion; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A mediação digital de conflitos como política judiciária de acesso à justiça no Brasil. *Rev. Fac. Direito UFMG. Belo Horizonte*, n. 72, pp. 219/257, jan./jun. 2018. NUNES, Dierle. Inteligência artificial e direito processual: vieses algorítmicos e os riscos de atribuição de função decisória às máquinas. *Revista de Processo*. V. 285, n. 2018, p. 421-447, 2018. NUNES, Dierle. Jurimetria e tecnologia: diálogos essenciais com o direito processual. *Revista de Processo*. V. 299, n. 2020, p. 407-450, 2020. PIMENTEL, Alexandre Freire; MEDEIROS, Pablo. Diagnóstico empírico sobre a inclusão digital dos

tem a interação dos sujeitos processuais é expandir a justiça e não limitá-la; formatar as condicionantes prévias para o adequado e efetivo exercício do direito fundamental é expandi-lo e não inviabilizá-lo.

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 atualização⁶¹, visando à sua expansão. E essa conexão-expansiva com a realidade se daria por meio das conformações do exercício do direito fundamental, obviamente, por intermédio de pressupostos legítimos e cientificamente testáveis tais como o interesse de agir, necessidade e utilidade, adequação do procedimento, que pode ser judicial ou extrajudicial, e outros conceitos processualmente construídos ao longo da história.

Na visão de Häberle, as limitações, ao contrário de restringir as liberdades individuais, proporcionariam substrato de realidade social,⁶² 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).⁶³ 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 consonância com o todo social (...) pois “oferece ao indivíduo o acesso ao parâmetro vigente de valores”⁶⁴.

Os direitos fundamentais seriam condicionados pela comunidade, e vice-versa, sendo também imprescindíveis para a existência dessa.⁶⁵ 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 de o legislador “realizar” os direitos fundamentais.⁶⁶ A sintonia

vulneráveis cibernéticos no sistema de processo eletrônico (PJe). Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro, Belo Horizonte, ano 25, n. 100, p. 13-32, out/dez.2017.

61. *Ibidem.* p. 50.

62. *Ibidem.* pp. 116-120.

63. 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. *op. cit.*, 2003., pp. 128/129.

64. *Ibidem.* pp. 29-30.

65. *Ibidem.* pp. 18.

66. *Ibidem.* 115.