

A OBRIGATORIEDADE DE SOLUÇÃO PRÉVIA DO CONFLITO COMO PRESSUPOSTO PROCESSUAL E A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR FRENTE AO NEOLIBERALISMO PROCESSUAL

Paulo José Pereira Carneiro Torres da Silva  

Heres Pereira Silva  

Wilson Tadeu de Carvalho Eccard  

Contextualização: A doutrina atual tem se debruçado na pesquisa de soluções que importem em maior eficiência do sistema de justiça. Dentre os objetos das referidas pesquisas está aquele que alerta sobre o excessivo número de processos que tramitam no Poder Judiciário brasileiro. Assim, buscam-se alternativas para criar condições gerais de acesso à justiça sob a ótica de um acesso à ordem jurídica justa, o que implica numa justiça célere e eficaz. A solução deste segmento da doutrina é a realização de uma releitura do conceito de jurisdição, do interesse de agir como condição da ação e do próprio conceito de acesso à justiça.

Objetivo: Este artigo tem como objetivo discorrer sobre este segmento doutrinário de um ponto de vista crítico, analisando se as propostas sugeridas atendem ao direito fundamental de acesso à justiça, como direito social básico.

Metodologia: Quanto à metodologia empregada, na fase de investigação utilizou-se a pesquisa bibliográfica, bem como o levantamento de dados, especialmente do Conselho Nacional de Justiça, no tocante aos números do Poder Judiciário tratados a partir de uma abordagem dedutivo-dialética a fim de verificar as tendências neoliberais no que concerne ao acesso à justiça.

Resultados: O trabalho se desenvolveu a partir de um critério que identificou a evolução do processo sob a ótica da evolução do próprio conceito de Estado, deste modo, verificou-se que a fase política pela qual o Estado brasileiro passa, isto é, sob os influxos do neoliberalismo, o processo vem tendendo também a ser desenvolvido sob uma legislação neoliberal, muito próxima do processo civil dos oitocentos e novecentos, limitando assim o direito fundamental social de acesso à justiça.

Palavras-chave: Acesso à justiça; Condições da ação; Modelos de processo.

THE OBLIGATION OF PRIOR RESOLUTION OF THE CONFLICT AS A PROCEDURAL ASSUMPTION AND CONSUMER PROTECTION AGAINST PROCEDURAL NEOLIBERALISM

Contextualization: Current doctrine has focused on the search for solutions that imply greater efficiency in the justice system. Among the objects of these researches is the one that warns about the excessive number of cases that are being processed in the Brazilian Judiciary. Thus, alternatives are sought to create general conditions of access to justice from the perspective of access to a fair legal order, which implies a speedy and effective justice. The solution for this segment of the doctrine is to carry out a reinterpretation of the concept of jurisdiction, the interest in acting as a condition of action and the very concept of access to justice.

Objectives: This article aims to discuss this doctrinal segment from a critical point of view, analyzing whether the suggested proposals meet the fundamental right of access to justice, as a basic social right.

Methodology: As for the methodology used, in the investigation phase, bibliographic research was used, as well as data collection, especially from the National Council of Justice, regarding the numbers of the Judiciary analyzed from a deductive-dialectical approach in order to verify neoliberal trends concerning access to justice.

Results: The work was developed from a criterion that identified the evolution of the process from the perspective of the evolution of the very concept of State, in this way, it was verified that the political phase through which the Brazilian State passes, that is, under the Influences of neoliberalism, the process has also tended to be developed under neoliberal legislation, very close to the civil procedure of the 1800s, thus limiting the fundamental social right of access to justice.

Keywords: Access to justice; Action's conditions; Process models.

LA OBLIGACIÓN DE SOLUCIÓN PREVIA DEL CONFLICTO COMO SUPUESTO PROCESAL Y LA DEFENSA DEL CONSUMIDOR FRENTE AL EL NEOLIBERALISMO PROCESAL

Contextualización del tema: La doctrina actual se ha centrado en la búsqueda de soluciones que impliquen mayor eficiencia en el sistema de justicia. Entre los objetos de estas investigaciones está la que advierte sobre el excesivo número de casos que están siendo procesados en el Poder Judicial brasileño. Así, se buscan alternativas para generar condiciones generales de acceso a la justicia desde la perspectiva del acceso a un orden jurídico justo, lo que implica una justicia pronta y eficaz. La solución para este segmento de la doctrina es realizar una reinterpretación del concepto de jurisdicción, el interés de actuar como condición de la acción y el propio concepto de acceso a la justicia.

Objetivos: Este artículo tiene como objetivo discutir este segmento doctrinal desde un punto de vista crítico, analizando si las propuestas sugeridas atienden al derecho fundamental de acceso a la justicia, como derecho social básico.

Metodología: En cuanto a la metodología utilizada, en la fase de investigación se utilizó la búsqueda bibliográfica, así como la recolección de datos, especialmente del Consejo Nacional de Justicia, respecto a los números del Poder Judicial analizados desde un enfoque deductivo-dialéctico para verificar las tendencias neoliberales en lo que respecta al acceso a la justicia.

Resultados: el trabajo se desarrolló a partir de un criterio que identificó la evolución del proceso en la perspectiva de la evolución del propio concepto de Estado, de esta manera, se verificó que la fase política por la que pasa el Estado brasileño, o sea, bajo las influencias del neoliberalismo, el proceso también ha tendido a desarrollarse bajo una legislación neoliberal, muy cercana al procedimiento civil del siglo XIX, limitando así el derecho social fundamental de acceso a la justicia.

Palabras clave: Acceso a justicia; Condiciones de la acción; Modelos del proceso.

INTRODUÇÃO

O presente artigo visa realizar um estudo acerca da exigência prévia de resolução do conflito surgido quando uma das partes é reconhecida como consumidor.

Para tanto, partimos da análise doutrinária do movimento de descodificação do direito civil, o que tornou possível a busca do legislador por códigos específicos para grupos de vulneráveis, na toada do que propõe o modelo legislativo da pós-modernidade.

Assim, verificamos que o Código de Defesa do Consumidor (CDC) nasce nesse ambiente de reconhecimento de sua pessoa como parte vulnerável da relação jurídica.

Como o nosso estudo tem uma ótica processual, já que visa falar sobre a defesa do consumidor em juízo, foi oportuno criar uma sessão para falar sobre o modelo de processo socializante e inserir o CDC nesta categoria, uma vez que ele possui normas no sentido de proteção a determinado grupo, chamado consumidores e reconhecidos legalmente como vulneráveis.

Depois desta colocação, acerca do nosso modelo de processo na ótica socializante, nos sentimos mais confortáveis para avançar no conteúdo e propor uma análise, ainda que rápida das normas de defesa do consumidor em juízo, traçando um panorama das suas prerrogativas judiciais.

O capítulo 2 vai ser um lugar em que vamos trabalhar os métodos de solução de conflitos na seara consumerista. Ora, se estamos a falar da defesa do consumidor em juízo, é lugar-comum remetermo-nos ao conceito de acesso à justiça, o que, conseqüentemente, nos levar a falar sobre os ditos MASC's.

Assim é que nos valem de conceitos trazidos até ali ao longo do texto para afirmar que o acesso à justiça é o fundamento dos métodos adequados de solução de conflitos, para só depois entrar no mérito da utilização destes métodos no bojo de uma relação jurídica envolvendo o consumidor.

Embora o trabalho tenha ganhado forte desenvolvimento no capítulo 2 é no terceiro e último capítulo que o foco do trabalho ganha ainda mais nitidez.

No capítulo 3, portanto, fazemos uma análise do modelo neoliberal de processo e demonstramos na prática como o governo atual, especialmente no Poder Legislativo já se movimenta no sentido de criar reformas pontuais que vão inserir no CPC legislações nitidamente neoliberais.

Para tanto, analisamos algumas propostas de emendas à uma medida provisória, que tendiam a alterar o CPC para exigir a constituição de controvérsia jurídica, em outras palavras, tais propostas dificultavam o acesso à justiça, com o claro objetivo de criar

contenções nos números que se agigantam no Poder Judiciário, mas não com a intenção de racionalizar o processo ou trazer celeridade — típica apropriação do discurso socializante de processo —, mas sim levar o Brasil a uma melhor colocação em rankings mundiais de economia.

Isto é, demonstramos que o intuito é trocar a proteção ao consumidor por um lugar melhor ao sol no mundo econômico. Vale dizer, em detrimento dos que nada tem se enriquece quem já tem tanto.

O presente trabalho, em última análise é um alerta sobre o uso dos meios de solução de conflitos, focado no interesse neoliberal e o bloqueio e diminuição do direito fundamental de acesso à justiça.

Justifica-se o tema, portanto, a partir de um cenário político fincado no paradigma neoliberal de Estado em oposição a um direito fundamental social básico que é o acesso à justiça.

1. A DESCODIFICAÇÃO DO DIREITO CIVIL E SURGIMENTO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. A PROTEÇÃO DOS VULNERÁVEIS E O ACESSO À JUSTIÇA

1.1 O movimento de descodificação do direito civil e o surgimento do CDC com amparo constitucional. A era pós-moderna como ambiência da proteção de grupos específicos.

Em 1996, Francisco Amaral publica na Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas um texto chamado “a descodificação do direito civil brasileiro”, no qual discute a real necessidade de um novo código civil, mesmo não tendo sido o primeiro trabalho sobre o tema, é notório que o autor estava bem à frente do seu tempo.

O eminente civilista pondera que a codificação é um “processo de sistematização de regras sobre determinados campos da matéria jurídica, realizado na época moderna¹”

Por sua vez, Tartuce e Neves, asseveram que o Código de Defesa do Consumidor tem o seu conteúdo normativo adaptado “à realidade contemporânea da pós-modernidade jurídica”. Esclarece, então, os autores que “a expressão pós-modernidade é utilizada para simbolizar o rompimento dos paradigmas construídos ao longo da modernidade, quebra ocorrida ao final do século XX²”.

¹ AMARAL, Francisco. **A descodificação do direito civil brasileiro**. Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, n. 13-14, p. 123, 1996, p. 123.

² TARTUCE, Flávio e NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor: direito material e processual**. 3ª ed. São Paulo: Método, 2014, p. 5.

No mesmo sentido, Francisco Amaral, no texto já citado, após mencionar as características do direito civil na era da modernidade, passa a identificar o direito civil da pós-modernidade como “marcado por um processo de transformação nos seus valores e nas suas principais instituições³”. Ademais identifica como concretização dessa transformação operada pela pós-modernidade “a configuração dos microssistemas jurídicos, leis autônomas em relação ao Código Civil, com princípios e interpretação própria (...) como o Código de Defesa do Consumidor⁴”.

O Código Civil que era o anteparo das propostas liberais e positivistas era visto como dentro de um sistema unitário e pretensamente fechado. Isto é, o direito caberia em um código. Daí que o rompimento com este pensamento liberal e individualista acarreta na fragmentação do Direito, a formar microssistemas legislativos.

Essa desfragmentação irá operar um interessante efeito: a perda da posição central ostentada pela codificação e a alocação desse poder à Constituição.

Com Paulo Luiz Netto Lôbo compreendemos que no modelo liberal — era de surgimento das codificações — [o constitucionalismo e a codificação cumpriram o papel de] “limitar profundamente o Estado e o poder político (Constituição), a outra, o de assegurar o mais amplo espaço de autonomia aos indivíduos nomeadamente no campo econômico (codificação)⁵”.

Desta forma, percebe-se que constituição e codificação eram coisas apartadas, uma se propunha a tão somente limitar o poder do Estado, em plena eficácia vertical, por outro lado, a codificação era a constituição privada.

Com o advento do Estado Social — que em substituição do movimento político e ideológico anterior, vem para correção das falhas deixadas pelo modelo liberal de estado — a codificação perde a sua força ao sofrer os influxos do constitucionalismo, que passa a prever normas com vistas à justiça social.

Ainda trilhando os rumos da pós-modernidade, é possível afirmar que uma norma pós-moderna tem o compromisso com a globalização e com o pluralismo. Neste sentido é que se intensificam a “valorização dos direitos humanos e das liberdades” com “preocupações legais em se tutelar os vulneráveis, a fim de se valorizar a pessoa humana, nos termos do que consta do art. 1º, III, da Constituição Federal⁶”.

³ AMARAL, Francisco. **A descodificação do direito civil brasileiro**. Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, n. 13-14, p. 123, 1996, p. 118.

⁴ AMARAL, Francisco. **A descodificação do direito civil brasileiro**. Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, n. 13-14, p. 123, 1996, p. 119.

⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do direito civil**. Revista de informação legislativa, v. 141, p. 99-109, 1999, p. 101.

⁶ TARTUCE, Flávio e NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor: direito material e processual**. 3ª ed. São Paulo: Método, 2014, p. 6.

Assim, grupos vulneráveis ganham maior destaque, já que os códigos não alcançam os critérios de igualdade material e justiça social proposto pelo constitucionalismo social. É pertinente a colocação precisa de Paulo Lôbo, para quem

A Revolução Industrial, os movimentos sociais, as ideologias em confronto, a massificação social, a revolução tecnológica, constituíram-se em arenas de exigências de liberdade e igualdades materiais e de emersão de novos direitos, para o que a codificação se apresentou inadequada⁷.

É nesse ambiente que o Código de Defesa do Consumidor surge: a partir da insuficiência na proteção dos direitos desse grupo vulnerável e não por acaso, a confecção de um “código⁸” para proteção desta classe surgiu de um mandamento constitucional (ADCT, art. 48).

Assim é que se tem como direito fundamental a defesa do consumidor (art. 5º, XXXII); a proteção informacional do consumidor quanto aos impostos incidentes em mercadorias (art. 150, §5º) e; como princípio geral da atividade econômica (art. 170, V).

Toda essa normatização material, porém, não parece suficiente, sendo clara a colocação de Cavalieri Filho, no sentido de que “sem essas garantias processuais, os direitos materiais tornam-se normas programáticas sem maior contato com a realidade e o cotidiano dos cidadãos⁹”.

As garantias processuais, porém, devem ser garantidas, em um primeiro momento, perante o Poder Judiciário e é sob o enfoque do acesso à justiça que devemos nos debruçar a partir de agora.

1.2 A socialização do processo e o direito fundamental de acesso à justiça.

É longa a discussão na teoria geral do processo acerca do desenvolvimento do processo civil ao longo do tempo. Passando por um caráter privatista, como coisa das partes, o direito processual sofreu alterações teóricas que lhe deram autonomia, sendo a partir da obra de Büllow que se ingressa na fase científica do processo, trazendo-o para o publicismo.

Outra forma de avaliar a evolução processual é a partir do contexto histórico dos paradigmas estatais. Desta feita é que Dierle Nunes, Alexandre Bahia e Flávio Pedron¹⁰

⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do direito civil**. Revista de informação legislativa, v. 141, p. 99-109, 1999, p. 102.

⁸ Aqui tratamos de falar sobre a descodificação e é curioso notar que algumas legislações esparsas que fazem parte do movimento de descodificação ganham o nome de “Código”, talvez por uma mera questão de tradição jurídica.

⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 315.

¹⁰ NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flavio. **Teoria geral do processo**. 2. ed., ver., atual., ampl. Salvador: Jus Podivm: 2021, p. 85.

irão propor uma reconstrução da Ciência Processual em três fases: liberalismo processual; socialização processual e processualismo constitucional democrático.

Aqui ficaremos com os dois primeiros, em especial com a socialização processual e em momento oportuno avançaremos para o direito processual na ótica neoliberal.

Situamos, na sessão anterior, a fase da codificação do direito civil no modelo liberal de Estado. A burguesia francesa precisava de um Código para satisfazer as suas finalidades, isto é, assegurar o direito à livre contratação, prestigiando assim o *ter* sobre o *ser*. Daí se afirmar que o código de matriz liberal é um código individualista e patrimonial.

Igualmente vai apontar na legislação processual. O processo era tido como instrumento para alcance da resolução de seus conflitos e, por ser coisa das partes, o juiz somente agia mediante provocação (adoção rígida do princípio dispositivo).

Uma das características em comum do processo com o direito material era o formalismo. Como assevera Francisco Amaral sobre esta característica no direito Civil, o formalismo era tido como a “identificação da justiça com o direito, considerando-se a lei justa só pelo fato de ser lei, ou seja, o que é jurídico é a forma, não a matéria da relação social¹¹”.

É com Norberto Bobbio que identificamos um ordenamento lastreado pelo positivismo jurídico, típico do Estado Liberal, cuja característica fundamental é o formalismo, isto é, “a concepção formal do direito define, portanto, o direito exclusivamente em função da sua estrutura formal, prescindindo completamente do seu conteúdo — isto é, considera somente como o direito se produz e não o que ele estabelece¹²”.

E isso porque “qualquer tentativa de definir o direito em relação ao seu conteúdo estaria fadada ao fracasso, por que não existe matéria que o direito não tenha historicamente regulado ou não possa num eventual futuro regular¹³”.

Já no processo, o formalismo tem a ver com a “aplicação excessiva e desnecessária das regras e estruturas ligadas à forma”, “denota o respeito à forma como simples argumento de autoridade¹⁴”.

Assim, um processo civil de matriz liberal se coaduna com uma codificação de

¹¹ AMARAL, Francisco. **A descodificação do direito civil brasileiro**. Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, n. 13-14, p. 123, 1996, p. 105.

¹² BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995, p. 145.

¹³ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995, p. 145.

¹⁴ LAMY, Eduardo de Avelar. **Aproveitamento de meios no processo civil**. 2. ed., rev., atual., ampl. Salvador: Jus Podivm, 2021, p. 51.

direito material também liberal, vale dizer, a aplicação das normas individualistas e patrimonialistas exigia um juiz apegado às formas, que era um critério de segurança jurídica.

Vencida, porém, esta fase — superada que foi pelo modelo socializante de processo —, o juiz ganha papel mais relevante, de modo que poderá, a partir da legislação menos formalista e mais apegada aos direitos sociais, especialmente produtora de igualdade material, julgar aplicando a justiça, tido como um conceito que não cabe no conceito de lei ou direito.

Interessante observar que neste modelo socializante de processo, Franz Menger argumentava que o juiz era aquele que defendia o hipossuficiente. Já o seu discípulo, Franz Klein defendia a ideia de processo como instituição do bem-estar social e que busca a pacificação social.

Nessa perspectiva, é que no direito do consumidor, para a sua defesa, o juiz dispõe da possibilidade de inverter o ônus da prova, por exemplo, além também de conceder tutela específica da obrigação, algo que aparece pela primeira vez no Código de Defesa do Consumidor.

Passando por essas premissas, chega-se ao que se aproxima mais de nossos dias, que é o Projeto Florença de Acesso à Justiça, levado à cabo por Mauro Cappelletti e Bryant Garth.

A obra sobre acesso à justiça propõe o que se chamou de ondas renovatórias de acesso à justiça visando superar os obstáculos identificados a esse acesso por certo grupo de pessoas. Assim é que a primeira onda visa criar condições de acesso à justiça para os hipossuficientes; a segunda onda trata da tutela coletiva e a solução de conflitos coletivos; por fim, a terceira onda cuida da representação em juízo¹⁵.

Como atestam Aluísio Mendes e Larissa Clare Pochmann da Silva, “na época de desenvolvimento do projeto, eram frequentemente denegados o acesso à Justiça para o reconhecimento de direitos relacionados ao meio ambiente e aos consumidores¹⁶”.

Nesta obra, os consumidores são “atingidos”, em especial, pela segunda e terceiras ondas, pelas quais, os consumidores poderiam ter o seu acesso à justiça facilitado em escala coletiva, bem como o problema da representação judicial precisava ser resolvido, já que algumas causas consumeristas tinham valor tão baixo que não compensavam a contratação de advogados (óbice também mencionado na primeira onda, em relação aos

¹⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Elen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editora, 1988.

¹⁶ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro e SILVA, Larissa Clare Pochmann da. **Acesso à justiça: uma releitura da obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, a partir do Brasil, após 40 anos**. Revista Quaestio Iuris, vol. 08, nº 3, Rio de Janeiro, 2015, p. 1829.

hipossuficientes).

O Código de Defesa do Consumidor, portanto, como vimos até aqui se insere em uma legislação típica da pós-modernidade, em substituição da rígida codificação, nasce como um estatuto de proteção a um grupo vulnerável. É ainda, acompanhado por uma socialização processual, o que garante que dentro das suas normas estejam previstas normas processuais com características da fase socializante do processo. É o que veremos em seguida.

1.3 Normas processuais e as prerrogativas judiciais do consumidor. A defesa do consumidor em juízo

Tivemos a oportunidade de mencionar que as normas de direito processual deveriam acompanhar as normas de direito material, no tocante ao reconhecimento do consumidor como parte vulnerável.

Aqui é importante ainda, destacar o quanto dito na sessão anterior sobre a socialização do processo. É que um juiz do modelo liberal não é suficiente para o processo consumerista, no qual a igualdade deve ser garantida.

A igualdade formal, típica do modelo liberal de processo, não tem aplicação no processo consumerista, que deve receber os influxos do direito constitucional aplicando-se a igualdade material, para que o consumidor, parte vulnerável da relação jurídico-material-processual possa ter chances de êxito.

Em outras palavras, vem o escólio de Flavio Tartuce e Daniel Amorim Assumpção Neves:

O tratamento diferenciado destinado no plano do direito material ao consumidor é ainda mais justificável no plano do direito processual em razão da tradicional diferença entre as espécies de litigantes formadas por consumidores e fornecedores. Enquanto os primeiros são chamados de litigantes eventuais, porque não participam de processos judiciais com frequência, os segundos são chamados de litigantes habituais (ou contumazes), porque são frequentes clientes do Poder Judiciário, invariavelmente no polo passivo das demandas¹⁷.

Assim, o Código fornece ao consumidor uma série de prerrogativas para que possa, deste modo, exercer a sua ampla defesa no bojo do processo.

A opção do legislador, no entanto, não foi a de criar um procedimento específico como ocorre com o alimentando, que, também vulnerável, possui um procedimento próprio e específico da Lei 5.478/68. Por outro lado, o consumidor tem a sua disposição a inversão do ônus da prova — que quando se tratar de caso envolvendo informação ou comunicação publicitária, esta inversão se opera *ope legis* —; o foro em seu domicílio; a

¹⁷ TARTUCE, Flávio e NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor: direito material e processual**. 3ª ed. São Paulo: Método, 2014, p. 474.

imposição de multa diária independentemente de pedido do autor nos casos de demanda com relevante fundamento, quando houver receio de justificado de ineficácia do provimento final, dentre outras prerrogativas.

Por outro lado, um ponto chama a atenção: o CDC não previu de forma pormenorizada ou sistematizada, a defesa do consumidor individualmente considerada. Na verdade, o legislador teve mais cuidado com as previsões de defesa dos interesses difusos e coletivos dos consumidores — que compõem o eixo central do microsistema de processo coletivo.

Assim, ao abrir o Capítulo I do Título III, no qual aborda a defesa do consumidor em juízo, o legislador já inicia no parágrafo único do art. 81 com a definição de interesses ou direito difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Quanto ao consumidor individualmente considerado, o art. 84 parece solitário. Sobre este dispositivo convém mencionar de início que representou verdadeira inovação na legislação pátria, sendo, posteriormente, inserido, o seu teor, no art. 461 do CPC/73, com correspondência nos art. 497 e 536, CPC/2015.

O dispositivo legal cuida da tutela jurisdicional específica, que busca que a “satisfação gerada pela prestação jurisdicional [seja] exatamente a mesma que seria gerada com o cumprimento voluntário da obrigação¹⁸”. Assim a tutela pelo equivalente será a exceção e somente será possível se for requerida pelo autor ou se impossível a tutela específica.

Não é nosso objetivo no presente trabalho e nem nesta sessão específica cuidar dos aspectos práticos ou até mesmo legais sobre o procedimento ou as possibilidades que o consumidor tem no processo jurisdicional. O que cuidamos cumpriu o objetivo.

Na verdade, é sobre o acesso do consumidor à justiça, como direito fundamental e as suas possíveis violações praticadas em decorrência de influências neoliberais nas reformas processuais, que nos interessam como ponto fulcral deste debate.

Antes, porém, importante assunto que tem no acesso à justiça o seu fundamento, são os métodos consensuais de solução de conflitos, que deverão ser tratados no próximo capítulo.

¹⁸ TARTUCE, Flávio e NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor: direito material e processual**. 3ª ed. São Paulo: Método, 2014, 492-3.

2. O USO DE MÉTODOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NA SEARA CONSUMERISTA

2.1 O acesso à justiça como fundamento dos MASC's

A doutrina moderna vem dando novas cores ao direito fundamental de acesso à justiça.

É preciso atualizar, de acordo com o momento histórico que vivemos, as disposições que estão na lei desde tempos modernos. A pós-modernidade, nada mais é que uma releitura ou ressignificação de conceitos modernos que vão se tornando obsoletos.

Antes de releituras, porém, é possível fazer leituras do significado do conceito de acesso à justiça.

Assim, Rodolfo de Camargo Mancuso entende que o enunciado do inciso XXXV do art. 5º da CRFB/1988 é, na verdade, endereçado para o legislador e não para o jurisdicionado, já que “este último [o jurisdicionado] não tem controle sobre a criação de norma legal futura que pudesse porventura excluir da apreciação judicial algum histórico de direito lesado ou ameaçado¹⁹”.

Desta feita, na visão do eminente autor, o legislador é quem é o destinatário da norma constitucional.

Outra, no entanto, é a perspectiva de Ingo W. Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. Segundo os autores, o inciso XXXV do art. 5º traz um direito fundamental à tutela adequada e efetiva, sendo o acesso à justiça uma das três perspectivas que este direito à tutela jurisdicional pode ensejar.

Para eles “o acesso à justiça diz respeito à amplitude da prestação da tutela jurisdicional, ao momento em que pode ser proposta a ação e ao custo financeiro do processo²⁰”. Prosseguem afirmando que “a tutela jurisdicional é a mais ampla possível no direito brasileiro²¹”.

Ao menos duas são as leituras possíveis como visto acima, todavia, é importante também identificar doutrinariamente as reconstruções que estão sendo realizadas no

¹⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça: condicionante legítimas e ilegítimas**. 3. Ed. Revista, atualizada e ampliada. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 235-6.

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 810.

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 811.

tocante ao acesso à justiça.

Ainda sob o escólio de Sarlet, Marinoni e Mitidiero, o acesso à justiça, na perspectiva temporal, quer dizer que a ação “pode ser proposta de forma imediata pela parte interessada. Vale dizer: a tutela jurisdicional não é condicionada à prévia instância administrativa — nem, *a fortiori*, ao seu prévio esgotamento²²”.

Em posição diametralmente oposta²³, Rodolfo de Camargo Mancuso, em outra obra, defende a utilização do Poder Judiciário de forma residual para dirimir conflitos, isto é, “tratar-se-ia, em última análise, da aplicação ao ambiente judiciário, da chamada reserva do possível, técnica reclamada também para os Tribunais da Federação — STF e STJ...²⁴”, vale dizer, o Poder Judiciário funcionaria como *ultima ratio* do jurisdicionado, que haveria de procurar, ainda, por outros meios, tais como a tolerância (quando se tratar de danos ínfimos); a autotutela, quando possível; a mediação; a arbitragem, dentre outros.

Toda essa discussão sobre o acesso à justiça tem uma interessante questão de fundo, que é a dificuldade do Poder Judiciário em lidar com o crescente aumento das demandas, de modo que Mancuso chega a afirmar que o acesso à justiça vem sendo confundido com manifestação de cidadania.

Assim, os métodos de solução de conflitos teriam a função de ampliar o acesso à justiça, na medida em que o Poder Judiciário não seria a única porta do sistema, que agora se entende por um sistema multiportas de solução de conflitos.

A divergência acontece em relação ao Judiciário ser mais uma opção ou ele ser a última opção que o jurisdicionado deve procurar.

É importante, então, a partir de agora, verificar quais os limites e as possibilidades da aplicação dos métodos de solução de conflitos na seara consumerista. É o que passaremos a fazer na sessão seguinte.

2.2 Limites e possibilidades da aplicação dos métodos de solução de conflitos na seara consumerista

A criação do Código de Defesa do Consumidor e o empoderamento desta figura, somando-se à facilitação na propositura da ação em decorrência da criação de Juizados Especiais de Pequenas Causas (substituídos em 1995 pelos Juizados Especiais Cíveis)

²² SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 811.

²³ A posição de Marinoni e Mitidiero é no sentido apresentado no texto, todavia, na obra Curso de Processo Civil, os autores defendem que o acesso à jurisdição pode ser tratado como *ultima ratio*, mas isso quando os métodos de solução de conflitos se mostrarem mais adequados ao caso concreto, isto é, não desprezam a jurisdição *a priori*, mas apenas quando a técnica mais adequada se der a partir da utilização dos mecanismos alternativos de solução de conflitos.

²⁴ 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, p. 188.

acarretou um sem-número de ações no Poder Judiciário.

Dados do Conselho Nacional de Justiça dão conta de que as ações consumeristas ocupam boa parte dos escaninhos da justiça, especialmente nas Turmas Recursais²⁵.

A prática jurídica conta-nos, ainda, que as ações provenientes de relações de consumo envolvem, pontualmente, ações frívolas, produzindo o que já se convencionou chamar — exageradamente, diga-se — de *indústria do dano moral*.

Em que pese não haver ainda um estudo analítico acerca dos valores das condenações diante de cada caso concreto para saber ao certo se há mesmo essa indústria do dano moral, fato é que a jurisprudência, pelo menos no âmbito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro já se encaminha no sentido de reconhecer que o jurisdicionado preocupou-se, antes de resolver o problema, em quantificar o dano moral que poderia receber em determinada ação contra o fornecedor.

A despeito da falta de cientificidade neste ponto, vale o alerta de Anderson Schreiber, para quem “nada disso exclui, por óbvio, a validade da preocupação [com a formação de uma indústria do dano moral], ainda que limitada a um cenário futuro e eventual²⁶”, sugerindo, diante disso, “quatro recursos aptos à pronta aplicação no ordenamento jurídico brasileiro²⁷” que irão desestimular as chamadas demandas bagatelares, são eles “(i) a reparação não pecuniária dos danos extrapatrimoniais; (ii) a exigência de efetiva demonstração do dano; (iii) a repressão à litigância de má-fé; e (iv) a rejeição do caráter punitivo da reparação²⁸”.

Em texto interessante, Nelson Rosenvald cuida de falar sobre os limites da vulnerabilidade do consumidor. Neste texto, o autor questiona uma sentença proferida em favor de um consumidor que reclamara que a publicidade “all inclusive” em um cruzeiro não explicava que não estaria incluído o consumo de bebidas alcoólicas. A sentença do juízo mineiro, confirmada pelo TJMG foi no sentido de entender que o casal que adquiriu o pacote turístico teria direito a uma indenização de R\$ 12.000,00 (doze mil reais)²⁹.

Pois bem, é acerca dessas demandas que Mancuso menciona que estariam na faixa

²⁵ BRASIL, CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2022: ano-base 2021**. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/> Acesso em: 30.09.2022.

²⁶ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 194.

²⁷ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 195.

²⁸ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 195.

²⁹ ROSENVALD, Nelson. **O direito civil em movimento: desafios contemporâneos**. 2. ed. Revista e atualizada. Salvador: Jus Podivm, 2018, p. 108-10.

de tolerância e não deveriam movimentar a máquina judiciária, vale dizer, são aqueles danos de mínima dimensão ou interesses não judicializáveis, que cairiam melhor sendo resolvidos fora da estrutura do Poder Judiciário³⁰ (MANCUSO, 2020).

Assim, o autor indica a necessidade de um incremento da justiça paraestatal, cuja “proposta afina-se, outrossim, com o ideário de uma jurisdição compartilhada, que opera em paralelo à tendencial desjudicialização de conflitos³¹”.

Seguindo por essa linha, Humberto Dalla Bernardina de Pinho assevera textualmente que “a jurisdição, outrora exclusiva do Poder Judiciário, pode ser exercida por serventias extrajudiciais ou por câmaras comunitárias, centros ou mesmo conciliadores e mediadores extrajudiciais³²”.

Assim, compreendemos que não apenas o acesso à justiça irá sofrer esta releitura, mas também o conceito de jurisdição e neste sentido, forte nas lições de Leonardo Greco compreendemos que

A composição de litígios e a tutela de interesses particulares podem ser exercidas por outros meios, por outros órgãos, como os órgãos internos de solução de conflitos, estruturados dentro da própria Administração Pública, compostos de agentes dotados de efetiva independência, e até por sujeitos privados, seja por meio de arbitragem, seja pela justiça interna das associações³³.

Assim, certas demandas consumeristas poderiam ser canalizadas para outra seara que não o Poder Judiciário, por intermédio de seus Juizados Especiais, já tão abarrotados. Estes canais, paraestatais, serviriam como forma de desafogar a justiça estatal.

Contudo, devemos ter o cuidado para não cair em utilitarismos e, com isso, suprimir os direitos do consumidor, conquistados após diversos abusos por parte das empresas que se valiam da sua condição de superioridade econômica, técnica e informacional.

Assim é que existiriam limites para a aplicação de métodos alternativos de solução de conflitos na seara consumerista.

De início observamos que existem três espécies de equivalentes jurisdicionais: a autotutela, a autocomposição e a heterocomposição. Para o que nos interessa, a autocomposição inclui a transação, a renúncia e a submissão. Partindo diretamente para o que nos importa, a transação, como ato bilateral de manifestação de vontade, pode ser

³⁰ 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, p. 180.

³¹ 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, p. 186.

³² PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **A releitura do princípio do acesso à justiça e o necessário redimensionamento da intervenção judicial na resolução dos conflitos na contemporaneidade**. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/rilb/2019/3/2019_03_0791_0830.pdf. Acesso em 24.09.2022.

³³ GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**. Vol. I. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 69.

realizada por meio da negociação direta, da mediação ou da conciliação.

Aqui, porém, deve ser feito um destaque, para o qual preferimos as palavras de Tartuce e Neves, *ipsis literis*:

Ainda que se reconheça a natureza de ordem pública e interesse social das normas previstas pelo Código de Defesa do Consumidor, nos termos do art. 1º da Lei 8.078/1990, não parece haver resistência doutrinária séria a respeito da disponibilidade do direito do consumidor individualmente considerado. Dessa forma, qualquer forma de solução do conflito que dependa da vontade do consumidor é legítima³⁴.

Todavia, há um problema bastante sério aqui, que é a disparidade entre o consumidor e o fornecedor. Pense-se, por exemplo, que de um lado esteja uma humilde diarista que mal sabe ler, que adquire um celular para facilitação do contato com as suas clientes, ter que estar em uma mesa de negociação sem qualquer auxílio e de outro, pomposos advogados treinados em negociação. É com essa sensibilidade que Daniel Amorim ensina:

O problema, em meu entender, é a enorme disparidade existente na maioria das vezes entre fornecedor e consumidor, o que leva a distorções na transação e, por consequência, apesar de resolver o conflito jurídico, fica longe da pacificação social³⁵.

Já no tocante à arbitragem, também haverá um problema, que já foi, até mesmo identificado pelo STJ: a impossibilidade de instituição de cláusula arbitral prévia e compulsória em contratos de consumo.

A convenção de arbitragem é a manifestação bilateral que compreende a cláusula arbitral (art. 4º da Lei 9.307/96) e o compromisso arbitral (art. 9º da Lei 9.307/96). A primeira é prévia ao conflito, isto é, as partes comprometem-se a se submeter a arbitragem caso haja algum conflito futuro acerca daquele contrato. A segunda regula aqueles conflitos que já surgiram e as partes decidem submetê-lo ao árbitro.

O STJ encampou o entendimento (Cf. Recursos Especiais 1.854.483/GO e 1.169.841/RJ) de que é uma cláusula abusiva e, portanto, na linguagem consumerista, nula de pleno direito, a convenção de arbitragem inserida no contrato previamente ao conflito e de forma compulsória — a cláusula arbitral. Mas possibilita que o consumidor submeta ao árbitro o conflito com o fornecedor, por meio do compromisso arbitral.

Desta feita, os métodos de solução de conflitos devem ser olhados com parcimônia pela doutrina, que no afã de encontrar soluções para um judiciário em crise (visão utilitarista) deve observar a igualdade material, que pode ficar seriamente comprometida

³⁴ TARTUCE, Flávio e NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor: direito material e processual**. 3ª ed. São Paulo: Método, 2014, p. 481.

³⁵ TARTUCE, Flávio e NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor: direito material e processual**. 3ª ed. São Paulo: Método, 2014, p. 482.

em um ambiente de negociação entre pessoas desiguais.

Este parece ser o maior interesse dos grupos voltados à ideologia neoliberal, mas o tema deve ser visualizado sob uma ótica mais extensa, de modo que deixaremos para o próximo capítulo as colocações sobre este ponto.

3. A NECESSIDADE DE PRÉVIA TENTATIVA DE SOLUÇÃO. ATENDIMENTO AOS DITAMES NEOLIBERAIS

Em linhas anteriores mencionamos que a teoria geral do processo pode vislumbrar a evolução processual sob o aspecto da evolução dos paradigmas do próprio Estado de Direito.

Assim é que partimos de uma ótica liberal de processo, passando pela visão socializante, especialmente a partir da obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth.

Compete agora, tentar enxergar o processo e, conseqüentemente, a defesa do consumidor em juízo a partir da ótica neoliberal e as influências que ela exerce nas reformas legislativas e isso porque após um período de mais de uma década sob o regime de um partido que se pretendia de esquerda como era o Partido dos Trabalhadores, estamos, desde o impeachment da Presidenta Dilma Rousseff, dentro de um governo reconhecidamente neoliberal.

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. Hecktheuer e Assis (2022), em um ponto de vista muito mais auspicioso do que o do presente artigo sugerem uma tendência à desjudicialização até mesmo da fase executiva do processo, sustentando ser esta uma tendência mundial:

Diversos ordenamentos jurídicos estrangeiros adotam o procedimento da desjudicialização da execução como forma de contribuir para a redução de demandas que possuem grande potencial de ineficiência e ineficácia, existindo na maioria dos países europeus a figura do agente de execução com status privado, tal como na Holanda, Bélgica, Escócia, França e Portugal³⁶.

Dentre essas reformas queremos destacar algumas aqui, pelo curto espaço destinado a tratativa do tema. Curioso notar, porém, que tais reformas não chegaram a ser reformas, mas sim emendas parlamentares em medida provisória, que sequer chegaram a ser aprovadas. Em defesa, porém, falar sobre elas tem uma grande importância, uma vez que refletem exatamente tudo quanto se tratou até aqui.

³⁶ HECKTHEUER, Pedro Abib; ASSIS, Ana Claudia Miranda Lopes. **A desjudicialização da execução civil: uma tendência universal a ser seguida pelo Brasil**. Revista Eletrônica Direito e Política, [S. l.], v. 17, n. 1, p. 296–313, 2022. DOI: 10.14210/rdp.v17n1.p296-313. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/rdp/article/view/18663>. Acesso em: 17.07.24.

Pois bem, a medida provisória nº 1040/2021 exarada da Presidência da República, 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 Civil³⁷.

Num primeiro momento, a leitura da ementa acima transcrita não revela nada sobre o tema que estamos tratando aqui, mas as emendas parlamentares propostas na Câmara do Deputados, sim.

Merece destaque no nosso texto, as emendas 67, 94 e 160, de autoria do Dep. Fed. Cel. Tadeu, do PSL/SP; Dep. Fed. Heitor Freire, do PSL/CE e; Dep. Fed. Soraya Thronicke, do PSL/MS, respectivamente.

A primeira e a segunda emenda proposta, as de nº 67 e 94, têm o mesmo teor, em que pese propostas por Deputados diferentes. Preveem alteração no CPC com o acréscimo do §1º no art. 17, que determina a necessidade de que seja comprovada que a pretensão é resistida, isto é, exigiria a tentativa prévia de solução do conflito e, também, o acréscimo do §2º no mesmo dispositivo, para tratar especificamente da ação que veicule pretensão consumerista. Vale a transcrição da redação proposta.

§2º Tratando-se de ação decorrente da relação de consumo, a resistência mencionada no §1º poderá ser demonstrada pela comprovação de tentativa extrajudicial de satisfação da pretensão do autor diretamente com o réu, ou junto aos órgãos integrantes da Administração Pública ou do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, presencialmente ou pelos meios eletrônicos disponíveis³⁸.

O §2º deixa muito clara a opção do seu autor pela necessidade de que o consumidor demonstre a tentativa prévia de solução de seu conflito, o que já era bem perceptível pela redação do §1º.

A proposta prossegue e acrescenta um §3º também ao art. 491, para dizer que o juiz a extensão da obrigação seria definida pelo juiz, usando-se como critério o esforço do consumidor em tentar resolver o conflito administrativamente.

O caráter neoliberal da proposta, como se já não bastasse saltar aos olhos pelo teor da disposição legal sugerida, coloca uma pá de cal em qualquer dúvida que possa pairar na cabeça do leitor. Veja-se a transcrição:

³⁷ BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. **Medida Provisória 1040/2021**. Disponível em <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8948194&disposition=inline>. Acesso em 24.09.2022.

³⁸ BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. **Medida Provisória 1040/2021**. Disponível em <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8948194&disposition=inline>. Acesso em 24.09.2022.

Como é sabido, o ambiente jurídico brasileiro é um dos principais entraves para a melhoria do ambiente de negócios, devido aos seus mecanismos que incentivam o cidadão a procurar o Judiciário, antes de qualquer tentativa via administrativa³⁹.

Para o Deputado proponente é o Poder Judiciário, como *locus* de justiça que representa um entrave para o ambiente de negócios no país e não a deficiência na prestação de serviços pelos fornecedores. Aqui fica evidente que a legislação consumerista fruto de um pensamento socializante respeita e que consumidor como parte vulnerável da relação fica desmantelada e fora de conexão a partir de tal proposta reformista.

A segunda emenda, de nº 94, embora tenha o mesmo teor, a sua justificativa é diferente. Para o Deputado Federal Heitor Freire, as soluções extrajudiciais não estão sendo utilizadas, gerando assim uma sobrecarga ao Poder Judiciário.

Por fim, a proposta nº 160, da Dep. Fed. Soraya Thronicke também mexe no art. 17, mas acrescentando o art. 17-A que definirá a existência do interesse de agir quando houver a prévia constituição de controvérsia jurídica, o que significa, em outras palavras em pretensão resistida. Determina ainda a necessidade de que haja uma notificação extrajudicial à outra parte e, somente depois, da resposta negativa ou silêncio é que seria possível acessar às portas do Poder Judiciário.

A proposta tornaria, ainda, 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).

Ainda propõe alteração no Código de Defesa do Consumidor para afastar a necessidade de notificação para constituição de controvérsia jurídica quando ele utilizasse a plataforma de autocomposição credenciada ao Sistema Nacional de Direito do Consumidor.

Na justificativa a Deputada indica que “a positivação 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.

As propostas foram rejeitadas pelo relatório final a ser submetido ao plenário da Câmara e que efetivamente foi aprovado sem as emendas e enviado ao Senado (cf. STF,

³⁹ BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. **Medida Provisória 1040/2021**. Disponível em <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8948194&disposition=inline>. Acesso em 24.09.2022.

ADI 5127).

Vistas e analisadas essas propostas, parece clara a demonstração do teor das normas legais neoliberais e aqui é que alertamos o leitor sobre o argumento utilitarista que paira nos métodos alternativos de solução de conflitos. Queremos dizer com isso que os MASC's podem e devem ser utilizados, mas sempre observando os limites e as possibilidades que encaramos linhas atrás.

Marinoni, Arenhart e Mitidiero, à propósito da jurisdição no estado contemporâneo e a jurisdição na arbitragem, escrevem

A ausência de controle estatal, até mesmo sobre a regulação dos conflitos, caracteriza o projeto neoliberal. Ou melhor: o projeto neoliberal deseja a mínima interferência possível do Estado e, assim, certamente pressupõe as ideias de autor-regulação e autorresolução dos conflitos, tendo a arbitragem como mecanismo próprio para tanto e, dessa maneira, como parte da engrenagem para o desenvolvimento livre do mercado⁴⁰.

Assim, se se pensar nos MASC's tão somente como um instrumento de desafogo do Poder Judiciário, estaremos com os olhos voltados apenas para a consequência e para atingir consequências vale tudo, até violar garantias constitucionais. Nesta toada é o escólio de Nunes, Bahia e Pedron que asseveram:

No Brasil, no entanto, tradicionalmente esquece-se da finalidade maior e se fixa apenas na consequência, o que leva a que, se o que está em jogo é apenas diminuir-se o número de causas, quaisquer medidas podem ser utilizadas, mesmo que vulnerem direitos fundamentais⁴¹.

Vale, também, para pôr em prática um projeto neoliberal toda a força coercitiva. É o que se tem com a mediação e a conciliação obrigatórias, bem como a noção de que o Poder Judiciário se abriria às partes de forma residual — ora, se for para falar em métodos adequados de solução de conflitos, o Poder Judiciário não pode ser o método mais adequado para aquele caso?

É importante destacar que algumas equivalentes jurisdicionais, como a mediação, por exemplo, possuem objetivos que transcendem a mera solução pragmática da questão de direito material que enseja o litígio e que o processo, por sua formalidade e características, não comporta este tipo de função específica, conforme nos recorda Pilati:

Em contraste com o processo judicial, no qual um terceiro, geralmente um juiz, decide o resultado da disputa com base em uma perspectiva externa ao conflito, a mediação oferece às partes a oportunidade de recuperar seu poder de decisão.

(...)

Isso abre espaço para que elas abordem questões que normalmente não seriam tratadas no âmbito da jurisdição convencional, como, por exemplo, temas como

⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 184.

⁴¹ NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flavio. **Teoria geral do processo**. 2. ed., ver., atual., ampl. Salvador: Jus Podivm: 2021, p. 263.

reconhecimento emocional, expressão de afeto, promoção do respeito mútuo e até mesmo fortalecimento dos laços afetivos, incluindo o amor, podem ser considerados.⁴²

Renê Francisco Hellman toca bem nesse ponto. Ao abordar a obrigatoriedade da audiência de conciliação/mediação à luz da noção de processo como garantia de liberdade, é taxativo

Essa compreensão de que o processo é para as pessoas e não para o Judiciário é fundamental para compreender que o sistema instituído pelo CPC/2015, art. 334, com a obrigatoriedade da audiência de mediação ou de conciliação, não se adequa ao modelo constitucional de processo⁴³.

O autor faz esta análise como base no art. 5º LIV, segundo o qual o processo não seria um instrumento para realização de justiça, mas sim para proteção de garantias fundamentais.

Com agudeza de espírito o autor prossegue na análise da finalidade da norma. Vale acompanhar:

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 Judiciário⁴⁴.

A conclusão a que chegamos é: a obrigatoriedade da mediação (ou harmonia coercitiva) é uma proposta de projeto neoliberal de processo, que se vale de discursos do modelo socializante para implantar as suas ideias.

Esse discurso neoliberal é muito bem projeto no artigo de Rocha e Miranda, na Revista Conjur, especialmente no trecho em que denunciam que:

Quando um problema causa incômodo, busca-se uma saída mágica para solucioná-lo. Ou melhor, para silenciá-lo. Sob a alegação de elevado número de processos judiciais envolvendo relações de consumo, a fácil saída é impedir que essas

⁴² PILATI, Adriana Fazolo; ROCHA, Cristiny Mroczkosk.; ALVES, Paulo Roberto Ramos. A mediação nos conflitos envolvendo as pessoas jurídicas de direito público como medida democrática. **Revista Eletrônica Direito e Política**, [S. l.], v. 18, n. 3, p. 600–615, 2023. DOI: 10.14210/rdp.v18n3.p600-615. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/rdp/article/view/20028>. Acesso em: 17.07. 24.

⁴³ 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 de processo como garantia de liberdade**. Coluna Garantismo Processual. Empório do direito. Disponível em: <https://emporiododireito.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 24.09.2022.

⁴⁴ 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 de processo como garantia de liberdade**. Coluna Garantismo Processual. Empório do direito. Disponível em: <https://emporiododireito.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 24.09.2022.

reclamações cheguem ao Judiciário, numa lógica equivocada pela qual os "culpados" são os que ousam criticar (e processar) os maus prestadores de serviço⁴⁵.

Assim é que é nesse ambiente neoliberal que se propõe que o consumidor tente previamente resolver o seu conflito, fechando as portas do Judiciário e inclusive penalizando o consumidor que não realizar o contato prévio.

De fato, em um ambiente de litigiosidade excessiva, a busca por meios alternativos de solução de controvérsias é o ideal, mas nunca devemos ter isso em mente com o fundamento de que se busque menores números de processos. Essa visão utilitarista é típica de um neoliberalismo que transforma pessoas em instrumentos para a riqueza. É o ter sobre o ser, na seara processual.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A defesa do consumidor está pautada antes de tudo no reconhecimento de sua vulnerabilidade, não somente no tocante às normas de direito material do consumidor, mas também em relação ao aparato normativo que o insere no ambiente judicial.

Neste sentido, imperioso é o levantamento bibliográfico e a visão doutrinária que amplia os limites do acesso à justiça.

A ampliação deste conceito atende, em princípio, o direito fundamental que garante a proteção das garantias fundamentais dos cidadãos, no caso do consumidor os seus direitos básicos, legalmente previstos e amparados numa igualdade material, cujo espeque é constitucional.

No entanto, não se pode perder de vista que certo setor visa a superação do modelo social de processo para a implantação de um modelo neoliberal, cuja proposta se apropria do discurso socializante para lançar mão dos direitos consumeristas em prol de uma justiça mais ágil e célere.

Usa-se até mesmo os métodos de solução de conflitos para realizar o seu desiderato de colocar o país em boa situação com organismos de economia mundial.

Assim é que se faz necessário rejeitar também a coercitividade na solução consensual, não se pode obrigar alguém a conciliar ou mediar. Daí que a exigência de tentativa prévia de solução viola os direitos fundamentais do jurisdicionado.

Certamente é dever do Estado promover políticas públicas de solução pacífica de conflitos, visto que já superada a ideia de que a jurisdição teria como escopo a pacificação

⁴⁵ ROCHA, Amélia Soares da; MIRANDA, Luiz Fernando Baby. **Se é para reduzir judicialização, o foco é a mudança da postura do fornecedor**. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jun-30/garantias-consumo-reduzir-judicializacao-foco-mudanca-postura-fornecedor>. Acesso em 24.09.2022.

social, porém, esta deve lidar no aspecto cultural e não é a lei que vai cuidar de resolver isso.

Os MASC's podem ser uma solução ideal, mas uma solução de pacificação e não uma solução para a crise judicial. Esta última é ideia de um modelo que se deve rejeitar.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AMARAL, Francisco. **A descodificação do direito civil brasileiro**. Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, n. 13-14, p. 123, 1996.

BOBBIO, Noberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. **Medida Provisória 1040/2021**. Disponível em <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8948194&disposition=inline>. Acesso em 24.09.22.

BRASIL, CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2022: ano-base 2021**. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>. Acesso em: 24.09.22.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Elen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1988.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**. Vol. I. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

HECKTHEUER, Pedro Abib; ASSIS, Ana Claudia Miranda Lopes. **A desjudicialização da execução civil: uma tendência universal a ser seguida pelo Brasil**. Revista Eletrônica Direito e Política, [S. l.], v. 17, n. 1, p. 296–313, 2022. DOI: 10.14210/rdp.v17n1.p296-313. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/rdp/article/view/18663>. Acesso em: 17.07.24.

HELLMAN, René 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**

de processo como garantia de liberdade. Coluna Garantismo Processual. 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 24.09.2022.

LAMY, Eduardo de Avelar. **Aproveitamento de meios no processo civil.** 2. ed., rev., atual., ampl. Salvador: Jus Podivm, 2021.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do direito civil.** Revista de informação legislativa, v. 141, p. 99-109, 1999.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça: condicionante legítimas e ilegítimas.** 3. Ed. Revista, atualizada e ampliada. Salvador: Juspodivm, 2019.

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, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil.** Vol. I. 3. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro e SILVA, Larissa Clare Pochmann da. **Acesso à justiça: uma releitura da obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, a partir do Brasil, após 40 anos.** Revista Quaestio Iuris, vol. 08, nº 3, Rio de Janeiro, 2015.

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

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flavio. **Teoria geral do processo.** 2. ed., ver., atual., ampl. Salvador: Jus Podivm: 2021.

PILATI, Adriana Fazolo; ROCHA, Cristiny Mroczkosk.; ALVES, Paulo Roberto Ramos. **A mediação nos conflitos envolvendo as pessoas jurídicas de direito público como medida democrática.** Revista Eletrônica Direito e Política, [S. l.], v. 18, n. 3, p. 600–615, 2023. DOI: 10.14210/rdp.v18n3.p600-615. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/rdp/article/view/20028>. Acesso em: 17.07.24.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **A releitura do princípio do acesso à justiça e o necessário redimensionamento da intervenção judicial na resolução dos conflitos**

na contemporaneidade. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/3/2019_03_0791_0830.pdf. Acesso em 24.09.22.

ROCHA, Amélia Soares da; MIRANDA, Luiz Fernando Baby. **Se é para reduzir judicialização, o foco é a mudança da postura do fornecedor**. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jun-30/garantias-consumo-reduzir-judicializacao-foco-mudanca-postura-fornecedor> Acesso em 24.09.22.

ROSENVALD, Nelson. **O direito civil em movimento: desafios contemporâneos**. 2. ed. Revista e atualizada. Salvador: Jus Podivm, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2018.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

TARTUCE, Flávio e NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor: direito material e processual**. 3ª ed. São Paulo: Método, 2014.

COMO CITAR:

SILVA, Paulo José Pereira Carneiro Torres da; SILVA, Heres Pereira; ECCARD, Wilson Tadeu de Carvalho. A obrigatoriedade de solução prévia do conflito como pressuposto processual e a proteção do consumidor frente ao neoliberalismo processual. **Revista Direito e Política**. Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, vº 19, nº2, 2º quadrimestre de 2024. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/rdp> - ISSN 1980-7791. DOI: <https://doi.org/10.14210/rdp.v19n2.p199-223>

INFORMAÇÕES DOS AUTORES:**Paulo José Pereira Carneiro Torres da 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 na linha de Acesso à Justiça (2021); Mestre em Direito Constitucional pelo Programa de Pós Graduação em Direito Constitucional - PPGDC/UFF (Bolsista) na linha de Teoria e História do Direito Constitucional e Direito Constitucional Internacional e Comparado (2017); Pesquisador do Laboratório de Estudos Interdisciplinares em Constitucionalismo Latino Americano (LEICLA) e do Observatório de Acesso à Justiça em Ibero América (OAJIA)

Heres Pereira Silva

Mestre em Direito na Linha de Pesquisa Acesso à Justiça e Efetividade do Processo da Área de Concentração Direito Público e Evolução Social no Programa de Pós-graduação Stricto Sensu da Universidade Estácio de Sá - PPGD-UNESA (CAPES 5). Pós-graduando (lato sensu) em Direito Processual Civil pela UERJ (2022). Pós-graduado em Direito Constitucional pela UNESA (2011). Possui graduação em Direito pela Universidade Estácio de Sá (2010). Advogado, militante no Estado do Rio de Janeiro. Foi Professor Coordenador do Núcleo de Práticas Jurídicas da Universidade Estácio de Sá, Campus Sulaca. Atualmente é Coordenador de Curso de Direito do Campus Via Brasil e Professor na Universidade Estácio de Sá (Grupo YDUQS), onde leciona nas disciplinas de Direito e Processo Civil; Métodos Adequados de Solução de Conflitos e Prática Simulada nas áreas Cível Conhecimento; Recursos e Constitucional. Tem interesse em Direito Processual, Direitos Fundamentais e Novos Direitos, Acesso à Justiça e Efetividade do Processo, bem como nas relações entre Direito e Meio Ambiente e Direito e Tecnologia. É Integrante do grupo de pesquisa Observatório da Mediação e da Arbitragem e do Grupo de Pesquisa Observatório da Governança Ambiental na contemporaneidade, ambos certificados pelo CNPQ.

Wilson Tadeu de Carvalho Eccard

Doutorando pela Universidade Federal Fluminense. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense (UFF), na linha de Teoria e História do Direito Constitucional e Direito Constitucional Internacional e Comparado; Pesquisador do Laboratório de Estudos Interdisciplinares em Direito Constitucional Latino Americano (LEICLA). Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Estácio de Sá - UNESA e graduação em Direito pela Faculdade Mackenzie - Rio. Professor da graduação na Universidade Estácio de Sá, na Universidade Carioca - Unicarioca e professor da pós-graduação na Universidade Veiga de Almeida. Já atuou como Coordenador do Núcleo de Prática Jurídica da UNESA. Formação em Tutoria Online do Ensino à Distância pela Fundação Getúlio Vargas.

Recebido em: 06/10/2022
Aprovado em: 17/07/2024

Received: 06/10/2022
Approved: 17/07/2024