

**O leviatã navegando nas ondas da consensualidade:
descriptando a política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos**

**The leviathan sailing on the waves of consensuality:
decrypting the national judicial policy for the proper handling of conflicts**

Maria Theresa Duarte Reis*
Alexandra Clara Ferreira Faria**

RESUMO

O judiciário está em crise? O objetivo desta pesquisa é descriptar os métodos consensuais de resolução de litígios, a partir do marco teórico e metodológico da Teoria da Encriptação do Poder e a partir de pesquisa empírica, com a compilação e análise de dados secundários publicados no Relatório Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Identificou-se ao longo da pesquisa que a emergência do movimento *Alternative Dispute Resolution (ADR)* ou Métodos Adequados de Solução de Controvérsia (MARC) está atrelada à expansão da política neoliberal como resultado da globalização e, sendo o direito um canal de colonialidade, a institucionalização destes métodos se apoiou no argumento da crise do judiciário, pautada em critérios de eficiência, enquanto um fundamento retórico, que mascara uma nova configuração de mundo, em que o Estado, cuja soberania é porosa, perdeu sua força cogente e passou a ser permeado com técnicas voltadas para o mercado, dentre elas, as que visam despolitizar o conflito e criar um estado de hegemonia. Portanto, esta pesquisa não busca analisar a efetividade/inefetividade deste movimento, mas sim propor uma reflexão sobre o discurso que sustentou a promoção dos métodos consensuais em contraposição à atividade judicante do Estado, contribuindo para que o consenso passe a ser compreendido no plano da contingência e não da imanência, e, assim, para que a discussão se pautar no procedimento enquanto um espaço de expressão da diferença imanente, seja para a formação de consensos ou seja para a formação de dissensos.

Palavras-chave: Métodos Adequados de Resolução de Conflitos; consenso; Teoria da Encriptação do Poder; política neoliberal.

ABSTRACT

Is the judiciary in crisis? The aim of this research is to decrypt the consensual methods of dispute resolution, based on the theoretical and methodological framework of the Theory of the Encryption of Power and on empirical research, with the compilation and analysis of secondary data published in the Justice in Numbers Report of the National Council of Justice (CNJ). Throughout the research, it was identified that the emergence of the Alternative Dispute Resolution (ADR) movement or Appropriate Methods of Dispute Resolution (MARC) is linked

Artigo submetido em 29 de maio de 2024 e aprovado em 12 de junho de 2024.

* Mestranda em direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, na linha de pesquisa Desenvolvimento e Políticas Públicas, bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) e pesquisadora do Núcleo Jurídico de Políticas Públicas (NUJUP). E-mail: mariatheresadreis@gmail.com

** Doutora e Mestre em Direito. Professora Adjunta IV da Faculdade Mineira de Direito da PUC/Minas. Professora da Pós-Graduação Lato-Sensu do Instituto de Educação Continuada - IEC e da PUC/Virtual. Pesquisadora do Núcleo Jurídico de Políticas Pública (NUJUP). Advogada. E-mail: alexandraclara.bharquivo@gmail.com

to the expansion of neoliberal politics as a result of globalization and, since law is a channel of coloniality, the institutionalization of these methods was based on the argument of the crisis in the judiciary, based on efficiency criteria, as a rhetorical foundation that masks a new world configuration in which the state, whose sovereignty is porous, has lost its cogent force and has become permeated with market-oriented techniques, including those that aim to depoliticize conflict and create a state of hegemony. Therefore, this research does not seek to analyze the effectiveness/ineffectiveness of this movement, but rather to propose a reflection on the discourse that has supported the promotion of consensual methods in opposition to the judicial activity of the State, contributing to the understanding of consensus on the plane of contingency and not immanence, and thus to the discussion being based on the procedure as a space for the expression of immanent difference, either for the formation of consensus or for the formation of dissent.

Keyword: Alternative Dispute Resolution; consensus; Theory of the Encryption of Power; neoliberal politics.

1 INTRODUÇÃO

Tradicionalmente, o judiciário, como uma das facetas do Estado soberano, reservou para si o papel central na solução de conflitos, detendo o monopólio de “dizer o direito”, em outras palavras, de dar a interpretação final da norma. Porém, o mundo está conectado em rede (Latour, 1996). O fenômeno da globalização marca a emergência de organismos nacionais e supranacionais (privados, híbridos ou públicos) dotados de poder político e econômico. Neste mundo, portanto, o poder não é algo que se detém, mas que flui entre os atores sociais e o Estado é só mais um, dentre esses atores.

Vivenciamos, pois, uma nova forma de soberania do Estado: a soberania porosa (Méndez-Hincapié; Sanin-Restrepo, 2018), em que não há outra saída, senão compartilhar poder.

Nessa perspectiva, verificamos que nos últimos 50 anos, mais especificamente a partir da década de 70, não coincidentemente, no mesmo período de ascensão do pensamento neoliberal, surgiram os movimentos da justiça multiportas e das ondas renovatórias da justiça que estabeleceram, desde então, uma oposição ao paradigma da atividade jurisdicional estatal como a única capaz de resolver conflitos sociais de forma eficiente.

Mas de acordo com o relatório Justiça em Números de 2023 do CNJ, de 2010 a 2022 as despesas do judiciário aumentaram 32%, e desses gastos, 90,22% foram com despesas de pessoal, revelando o agigantamento das estruturas do judiciário; e de 2009 a 2024, o tempo médio entre o início do processo e o primeiro julgamento foi de 2 anos e 1 mês, e o tempo médio do início do processo até a primeira baixa foi de 2 anos 9 meses. Diante desses dados, verifica-se que, se a busca é pela eficiência, a mudança de discurso da sanção para a consensualidade não promoveu mudanças significativas nos parâmetros de eficiência ao longo dos anos. Então, será que “desafogar” o judiciário é de fato o real motivo para a promoção dos métodos consensuais?

O fato é que a consensualidade é uma tendência que corrobora com a corrosão da especificidade de um Estado sancionador, pois, em um contexto de compartilhamento de autoridade (Castells, 2001, p. 406-407) e de soberanias porosas (Sanín-Restrepo, 2016, p. 199), em que as relações são multipolares, ao superar a dicotomia governantes versus governados, a negociação corre lado a lado com comando e controle e os processos de tomada de decisão são substituídos ou acompanhados por procedimentos que buscam a horizontalização, transferindo

o poder de resolver conflitos do Estado para os próprios envolvidos nesse conflito como resposta à crescente complexidade dessas relações (Cassese, 2012).

Entretanto, essa tendência deve ser analisada sob a perspectiva da Teoria da Encrptação do Poder (TEP), cuja premissa fundante é a de que o Estado Democrático de Direito, calcado em bases neoliberais, simula o seu conteúdo democrático em diferentes níveis (Sanín-Restrepo, 2018, p. 151-174). Talvez com a adoção de métodos consensuais de solução de conflitos não seja diferente: Assim, será que os métodos consensuais são mais democráticos (plurais e dialógicos) que a função jurisdicional do Estado? Será que de fato existe uma crise do judiciário que fundamente a necessidade de métodos consensuais?

Para desenvolver essas reflexões, esta pesquisa se valerá da Teoria da Encrptação do Poder (TEP), enquanto uma metodologia que consiste na identificação de quem se beneficia com determinada modelagem de direito a partir do tripé conceitual: Soberanias Porosas, Sujeitos Ocultos e Simulacro, sendo este o eixo metodológico comum de um conjunto de pesquisas interdisciplinares e transdisciplinares desenvolvida no âmbito do Núcleo Jurídico de Políticas Públicas (NUJUP), que propõe uma produção coletiva de conhecimento.

2 O JUDICIÁRIO ESTÁ EM CRISE?

A adoção do movimento *ADR* (*Alternative Dispute Resolution*), no exterior, ou *MARC* (Métodos Adequados de Resolução de Controvérsias), no Brasil, se deu sob o argumento de expansão do Acesso à Justiça e como resposta à atual crise do judiciário, que, em grande medida, está caracterizada pela morosidade, sendo este um argumento universal que se inicia nos Estados Unidos e se espalha além-mar, modificando os sistemas legais de tratamento de conflito ao redor do mundo, com o objetivo de desafogar o judiciário com sistema multiportas e promover uma cultura da paz. Mas em que medida essa crise existe ou existiu?

Desde a década de 90, no Brasil, as ciências jurídicas vêm edificando a ideia de crise do Judiciário, sendo este tido como ineficiente, monetariamente custoso, moroso e, por vezes, autoritário. Paralelamente, são apresentados como substitutos perfeitos, adequados e legítimos os métodos de soluções consensuais de conflitos, *Alternative Dispute Resolution* (*ADR*), que chegam junto com as políticas neoliberais.

Diante dessas críticas à atividade jurisdicional, para avaliar esta “crise” do judiciário, foram coletados dados do relatório Justiça em Número do CNJ sobre o número de processos novos ano a ano; sobre a média de tempo de tramitação dos processos em primeiro grau da justiça comum e em primeiro grau no âmbito dos juizados especiais; sobre as despesas no âmbito do judiciário ao longo dos anos e sobre a taxa de congestionamento processual. Todos os dados tiveram como recorte temporal o período anterior e posterior a 2015, ano de institucionalização dos métodos consensuais no Brasil, veja-se:

Tabela 1. Número de processos novos por ano

Ano	Quantidade
2010	23.990.659
2012	28.021.189
2014	29.009.308
2016	29.168.273
2018	28.241.304
2020	26.514.901
2022	31.985.896

NUJUP (2024)

Nesta tabela n.º 1, verifica-se que não houve uma redução significativa de processos judiciais novos ano a ano, os quais, a partir de 2010, só tiveram a menor redução em 2020, ano

da pandemia do COVID-19, mas logo voltou a aumentar significativamente. Em geral, o número de processos novos a cada ano é relativamente estável, não apresentando grandes variações entre os períodos, não sendo, pois, possível identificar uma explosão de litígios que permite concluir que se trata de uma população litigante.

Ademais, observa-se que o ano de 2010, que foi o ano em que o CNJ consolidou a “política nacional de tratamento adequado de solução de conflitos”, justificando-a pela promoção de “pacificação social, solução e prevenção de litígios, e que a sua apropriada disciplina em programas já implementados no país tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses” (CNJ, 2010), foi o ano de menor número de processos novos, e após a implementação da política, o que se verifica na prática é um movimento contrário à proposta de redução da judicialização, representado pelo aumento do número de processos judiciais em cada ano subsequente.

Diante dos danos, é possível afirmar que os processos judiciais reduzem a judicialização?

Tabela 2. Tempo de Tramitação dos Processos Baixados por ano

Conhecimento 1º Grau		Conhecimento Juizados Especiais	
Ano	Tempo	Ano	Tempo
2015	11 meses	2014	1 ano 11 meses
2016	11 meses	2016	1 ano 7 meses
2017	1 ano	2017	1 ano 6 meses
2018	1 ano	2018	1 ano 6 meses
2019	1 ano	2019	1 ano 6 meses

NUJUP (2024)

No relatório emitido pelo CNJ, os dados do tempo de tramitação por ramo da justiça só foram contabilizados a partir de 2015. Nesta tabela n.º 2, verifica-se que o tempo de tramitação dos processos se manteve estável, inclusive aumentando ao longo dos anos. Assim, mesmo com a institucionalização dos métodos autocompositivos em 2015, não houve redução significativa no tempo de tramitação dos processos judiciais. Ademais, observa-se que nos Juizados Especiais, que são a expressão da política de implementação de métodos consensuais e de flexibilização procedimental, o tempo de tramitação dos processos, da sua distribuição à sua primeira baixa, é significativamente superior ao da Justiça comum.

Portanto, será que de fato existe uma crise de morosidade ante a estabilidade ao longo dos anos do tempo de tramitação?

Tabela 3. Comparação de 2010 a 2022 entre as despesas do Poder Judiciário, o número da Força de Trabalho e entre, nesta categoria, especificamente, do número de conciliadores.

Ano	Valor em Bilhões	Força de Trabalho	Conciliadores
2010	84,52Bi	341.897	14.451
2013	102,92Bi	417.030	6.762
2016	114,85Bi	444.347	9.451
2019	121,93Bi	436.794	11.443
2022	116 Bi	438.419	10.403

NUJUP (2024)

Já na tabela n.º 3, verifica-se que as despesas com o judiciário aumentaram significativamente ano a ano, e dessas despesas 90% são com pessoal, de modo que se verifica também um aumento de 2010 a 2022 da força de trabalho, nestas incluídos servidores, estagiários, magistrados, conciliadores, juízes leigos, voluntários e terceirizados. Mas, apesar do aumento nos índices de despesas e de força de trabalho, verifica-se que dentre a força de

trabalho, o número de conciliadores reduziu significativamente de 2010 a 2022, passando de 14.451 conciliadores para 10.403.

Diante desses dados, será que de fato há um compromisso com os métodos autocompositivos para além do discurso?

Tabela 4. Taxa de Congestionamento

Ano	Valor em Bilhões
2010	72%
2013	71,8%
2016	73,4%
2019	68,7%
2022	72,9%

NUJUP (2024)

Por fim, a tabela n.º 4 nos indica a taxa de congestionamento, que mede o percentual de processos que ficaram represados sem solução, comparativamente ao total tramitado no período de um ano, de modo que, quanto maior o índice, maior a dificuldade do tribunal. Verifica-se que de 2010 a 2022, houve um aumento desta taxa e ao longo do período verifica-se uma pequena margem de oscilação. Assim, será que, conforme a justificativa apresentada, a implementação de política de tratamento adequado de conflitos em 2010 logrou êxito em melhorar os índices de eficiência do judiciário?

Não se pretende com este trabalho negar a necessidade de implementação de instrumentos de gestão no âmbito do judiciário para a melhora de seus indicadores de eficiência, pois, o que se pretende é iniciar uma reflexão crítica sobre as motivações, que repousam no discurso de crise de eficiência do judiciário, para promover, como um contraponto, os métodos consensuais. Portanto, também não se pretende avaliar a eficácia/ineficácia dos métodos autocompositivos, mas, tão somente, descriptar o discurso que os promove, verificando o verdadeiro sentido por trás de uma política voltada à pacificação social.

Há 32 anos, desde a década de 90, o discurso da “crise do judiciário sobre a morosidade e os custos permeiam o judiciário. Mas 32 anos depois, mesmo com a institucionalização dos métodos que seriam mais adequados e promoveriam o desafogo do judiciário com a implementação de uma cultura da paz, o discurso se mantém. Será então que a “crise” do judiciário é, realmente, de ineficiência?

Essa dissonância entre o discurso e a realidade não é coincidência, pois à luz da TEP, o discurso é instrumento de encriptação, a partir do qual cria-se o ambiente favorável para implementar uma cultura da harmonia que silencia a diferença a partir do consenso, ao estabelecer dualismos cartesianos universalizastes, em que, um método, o jurisdicional, é antagônico, o outro, o consensual, é não-antagônico; em um há confronto, insensibilidade, destruição da confiança e da cooperação e apenas perdedores, no outro produz apenas vencedores. Trata-se, portanto, de um pensamento próprio da modernidade, que visa a estabilidade de padrões hegemônicos.

Para Andrade, a “crise” do Judiciário “não é de velocidade, nem quantitativo, mas qualitativo, relativo às estruturas, às instituições e à cultura da modernidade” (Andrade, 2006, p.13), estaria, pois, relacionada, à reprodução das estruturas de exclusão. Isto porque o judiciário, em verdade, materializou a confortável separação liberal entre poder (o legislativo) e o Direito (o judiciário despolitizado), desta forma, emergiu, na modernidade vinculado ao pilar da emancipação (defesa de interesses e direitos, justiça, solução de conflitos), mas, ao mesmo tempo, é um poder que reproduz a estrutura social (capitalista e patriarcal) e, assim, reproduz em sua estrutura a negação do conflito, do antagonismo e dos movimentos contra-hegemônicos (Andrade, 2006).

O grande desafio, portanto, não seria resolver uma crise de eficiência do judiciário, uma vez que os indicadores estão estáveis ao longo dos anos, mas o desafio é garantir a qualidade de participação democrática nos processos judiciais, em um cenário de soberania porosa, em que os novos significados atribuídos pela tecnicidade jurídica partem de uma racionalidade neoliberal em que atores privilegiados organizam e controlam estes atos em prol do mercado, mesmos que outorgados em processo participativo. Em outras palavras, o desafio é: como criar consensos que nasçam da diferença e não da igualdade formal dos envolvidos em um conflito? Como ensinar a efetiva a participação, considerando as assimetrias e a diferença imanente das partes, nos procedimentos legais?

A hipótese deste trabalho é que a promoção dos métodos consensuais não nasce de uma constatação real de crise do judiciário, mas no fato de o Estado ter perdido a sua força cogente, na medida em que a Estrutura Kelseniana de Direito, em que o descumprimento da Lei, gera, automaticamente, uma punição, só funciona adequadamente enquanto a soberania é sólida. Mas, com ascensão de órgãos nacionais e transnacionais (privados, públicos ou híbridos), que são tão poderosos política ou economicamente com o Estado, a negociação não é mais uma opção, pois os métodos do mercado passam a permear as estruturas estatais e o direito como canal de colonização passa a reproduzir os modelos ideias advindos no atlântico norte.

Assim, a “crise” é só um fundamento no plano da tecnicidade para que a racionalidade neoliberal adentre as estruturas do estado, sobretudo, flexibilizando o monopólio jurisdicional, mas sem transparecer que se trata de um movimento que decorre de uma perda da centralidade política do estatal, pois, esse movimento ADR simula o consenso a partir de uma igualdade formal, tirando o foco para o verdadeiro problema: Garantir, em um ambiente de conflito, o diálogo e a participação das diferenças e das assimetrias.

3 SOBERANIAS POROSAS: DA BIPOLARIDADE À MULTIPOLARIDADE DO PODER ESTATAL

O Estado não está desaparecendo. Mas, certamente, este é um contexto de ressignificação do papel do Estado, que deixa de produzir, exclusivamente, poder político, passando a compartilhar este poder com as grandes corporações transnacionais, em um movimento de retroalimentação. Nesta perspectiva, observa-se que o Estado com poder político sólido está perdendo a centralidade e a solidez, e a soberania tem se mostrado porosa.

Mas o que permeia esta soberania do Estado?

Tradicionalmente, a soberania é retratada na perspectiva de um poder sólido sobre um domínio, com absoluta capacidade regulatória sobre ele (Brown, 2010, p. 59-60), enquanto o exercício de uma autoridade superior. Nesse sentido, a soberania sólida é entendida como uma maneira de o Estado se impor sobre os demais poderes que se embatiam, para se tornar independente no plano interno e interdependente no externo (Pereira, 2009), a partir de dois elementos principais: territorialidade da obrigação política e centralização do poder.

Nesta perspectiva, as teorias da soberania surgem da tensão entre os poderes político e religioso, ante a necessidade de estabelecer fundamentos racionais capazes de legitimar a plena autoridade monárquica, seja para respaldá-la, em um primeiro momento, seja para contê-la, em um segundo momento (Silva; Morais, 2017), mas de modo a unificar práticas políticas e jurídicas, antes difusas, em torno de uma figura soberana, seja ela o próprio monarca ou, em contextos democráticos, o povo.

Deus, portanto, já não mais bastava para justificar as decisões dos governantes e, é neste contexto que os contratualistas, Hobbes, Locke e Rousseau, elaboram suas obras, que possuem como núcleo duro comum, ressalvadas aqui suas diferenças que não serão detalhadamente analisadas, uma tentativa racional de justificar a extensão do poder político, tanto na relação interna entre governantes e governados, quanto no plano externo, no trato entre países em franca

disputa por um crescente mundo colonial. Por outro lado, na construção da noção de soberania, Deus ganha vida em uma estrutura jurídica-política que o nega, ao estabelecê-la como um pressuposto absoluto e necessário à própria existência do Estado, dotada de um caráter metafísico.

O contratualismo é, pois, uma teoria que arquiteta a encriptação moderna, do que “Martel denomina de “arquismo” (“um modo de política que se envolve em hierarquia, ordem e taxonomização)” (Sanín-Restrepo e Araujo, 2020, p. 10), na medida em que o contrato social funciona como um modelo estático e sólido que se apresentam como a única forma de exercício de poder pelos indivíduos, a partir do qual as diferenças são reduzidas à noção de consenso, e o poder é retirado da seara do político, e transferido para o direito, na figura do Leviatã, o qual hierarquicamente, tem o poder de nomeação e, portanto, da constituição da realidade a partir do que é legal/ilegal.

A ideia de consenso é, pois, útil para a construção da soberania como uma verdade imanente (Hardt e Negri, 2010, p. 91). Nesse sentido, é preciso, pois, compreender que o leviatã de Hobbes não é uma autoridade absoluta, meramente coerciva, ele é fruto da autonomia dos indivíduos que legitimam esse poder absoluto. Portanto, nasce nesta teoria o terreno fértil para o desenvolvimento de teorias democráticas, em que o poder soberano depende da ação coletiva dos indivíduos enquanto corpo político (Martel, 2007), seja, em um primeiro momento para legitimar o poder do monarca, seja, em um segundo momento para legitimar a vontade do todo: o povo.

Mas com o “ajuste milimétrico do mecanismo da teoria do Estado contratual” (Hincapie e Sanín-Restrepo, 2012, p. 108), surge um novo modelo de Estado no qual o poder soberano popular, agora reduzido ao texto constitucional, assume o papel de fundamento último e indiscutível para todas as decisões políticas. Nasce, assim, o embrião ideológico do modelo constitucional que será implantado nas estruturas dos territórios e povos da América Latina, de modo que o projeto europeu de colonização do Sul global passa a ser suplantado pelo projeto americano de colonialidade globalizada (Hincapie e Sanín-Restrepo, 2012), em que os Estados Unidos se consagram no centro de gravidade jurídico da hegemonia mundial do capital e de um poder global sem precedentes.

A constituição dos Estados Unidos é, pois, uma norma que não se esgota em fronteiras nacionais precisas e extrapola essas fronteiras adentrando outras como um canal de colonialidade, moldando as estruturas jurídicas ao redor do mundo (Hincapie e Sanín-Restrepo, 2012). E como em toda a América Latina, se antes os europeus aqui chegaram com um plano de dominação, apropriação e de extensão do seu próprio território, os norte-americanos chegam com a promessa de liberdade e o sonho da democracia constitucional passa a permear o imaginário brasileiro, garantindo “as condições para reproduzir o capitalismo de 'livre mercado', ao mesmo tempo em que destrói a democracia (como multiplicidade e diferença) em seu próprio nome” (Sanín-Restrepo e Machado-Araujo, 2020, p. 43).

Portanto, se para a noção tradicional de soberania, de expansão imperialista do capitalismo, dependia da existência de um lado de dentro e de um lado de fora do território estatal, e também de seus interesses econômicos em contraponto com interesses de outros Estados (Hardt e Negri, 2010), para a soberania do império é cada vez menor a noção de lado de dentro e lado de fora, estando todas as nações submetidas a uma mesma lógica de expansão dos mercados, em que os Estados Unidos assumem o lugar indiscutível de uma soberania política global, que torna todas as soberanias além de suas fronteiras “porosas” e expostas a um “estado de exceção” sui generis permanente, no qual é imposto um único modelo de “vida boa” que repercute, inclusive, no modo de organização dos Estados (Hincapie e Sanín-Restrepo, 2012).

Isto porque, sob a perspectiva de soberania sólida, o *nómos* marca a aplicação da lei no tempo e no espaço, justificando, assim, tanto a soberania dentro dela (violência

institucionalizada), como a violência (não institucionalizada) fora dele, definindo o que Schmitt propõe como estado de exceção (Brown, 2010), mas com a globalização, essa definição clássica perde sentido, em relação ao Estados Unidos, todos os demais que passam pela colonização, estão do lado de fora, e perdem a centralidade do poder política e a referência territorial para a exercício de sua soberania interna.

Isto porque para definir interior e exterior, necessariamente, há de existir limites bem delineados. Assim, a proposição de que o Estado é constituído por um povo soberano em um determinado território, precisa de algumas reflexões: Trata-se de um território perfeitamente delimitado? Trata-se em regra de um território físico? Essas reflexões impactam sobremaneira a forma como se dá a jurisdição, pois como é possível uma efetiva regulação sobre um território cujos limites não se conhece ou sobre organismos que não são territorialmente limitados?

Essa perda de limites territoriais, denominado de desterritorialização, é uma marca do mundo globalizado e conectado pela internet, elemento que acarretou o rompimento de limites temporais e espaciais (Latour, 1996), em especial, para os agentes econômicos, que se movimentam globalmente, apoiados por novas tecnologias, sem limitação de fronteiras físicas. A globalização, portanto, transformou a forma através da qual as relações sociais e econômicas têm operado em contexto nacional ou global e, por conseguinte, enfraqueceu as noções tradicionais de soberania (Hardt e Negri, 2010), sobretudo, pautada do poder jurisdicional do estado, enquanto capacidade regulatória e decisória, seja pela diluição de fronteiras físicas, seja pela propagação da racionalidade neoliberal.

Assim, tratar da realidade de um mundo globalizado, quando se refere ao estudo de soberania porosa, é ultrapassar a discussão sobre fronteiras físicas, pois o que se ressalta é a adoção, em escala global, da racionalidade neoliberal, que impõe um único padrão de vida boa e a financeirização do mercado (Noce, 2018),

Diante desse quadro, a soberania, vista como poder decisório do Estado em se articular interna e externamente, resta reduzida a conformações locais da estrutura imperial, sobretudo, com a existência de órgãos internacionais, sejam humanitários, econômicos, ou mesmo empresariais, que afastam a preponderância impositiva do poder soberano estatal. Sendo assim, os eixos decisórios são alterados, com o consequente enfraquecimento das possibilidades estatais de decisão. O Estado, portanto, perde a sua força cogente, em especial, perante agentes econômicos e organismos transnacionais. É nesta perspectiva que afirmamos que a soberania do Estado-Nação, antes sólida, tem se mostrado porosa, permeável a centros de poder vinculados à racionalidade neoliberal (Sanín-Restrepo, 2018, p. 199), que impõe conteúdos e influenciam decisões sobre marcos jurídico-legais nos Estados.

Soberania, portanto, é poder. É dominação. Porém, esse poder pode ser entendido pela perspectiva hierárquica e linear. Ou pode ser entendido como algo fluido.

Tendo como referência a soberania sólida, o poder é concebido como uma dominação linear ou piramidal em um espaço delimitado. Assim, nesta perspectiva, o Estado estaria no topo da pirâmide social, estabelecendo com a sociedade uma relação entre governantes e governados. Porém, a soberania do Estado atual é porosa, chama-se atenção para o fato de que o Estado perdeu a centralidade do poder político e está em constante interação com outros atores que operam tanto poder quanto, em outras palavras, estamos afirmando que o Estado não detém o poder, que, ao contrário, flui entre o Estado e outros atores com os quais possui interação em rede (Latour, 1996).

Assim, a centralidade do Estado é uma ilusão de ótica, pois ele se submete aos sistemas regulatórios globais que possuem função de coordenação, promoção da cooperação, harmonização e padronização de políticas públicas internas, de modo que os agentes econômicos, se posicionam como outros centros de poder que se relacionam com o Estado, não em uma lógica de hierarquia, estabelecendo uma relação bipolar (piramidal), mas em uma lógica de rizomas e, portanto, estabelecendo uma relação multipolar (Cassese, 2012). Assumir,

portanto, que o Estado está inserido em uma rede de atores só é possível em um contexto de globalização e de emergência da internet, que corroem a soberania, tornando-a porosa e, assim, resultam em uma série de causas conflitantes que ensejam o fim do monopólio jurisdicional do Estado, que podemos compilar, a partir dos estudos de Cassese (2012):

A primeira é o crescimento de Poderes Ultranacionais e Intranacionais, e a desterritorialização da produção econômica, de modo que o Estado vinculado a outros poderes de dimensão transnacional, global e local, que criam uma série de regulamentos e regras, que impossibilita a aplicação da norma local; A segunda é a diluição da divisão público/privado, que tem como resultado o fato de que, em decorrência da globalização, espalhou-se além-mar técnicas jurídicas criadas e voltadas para o mercado, mas que são empregadas pelo Estado; A terceira é a fragmentação do executivo em uma pluralidade de órgãos públicos autônomos que abarcam uma série de interesses privados conflitantes, em especial, com a transferência da exploração de bens e serviços públicos para a iniciativa privada e a reserva da figura estatal como regulador dessa atividade exploratória (Cassese, 2012).

Essa influência de Poderes Ultranacionais e a fragmentação do executivo em diversas Agências Reguladoras, marcam a década de 90, como o auge da implementação de políticas neoliberais, que foram introduzidas como instrumentos a favor do liberalismo capitalista como um “paraiso perdido” do *laissez faire* de Adam Smith” (Clark, 2009, p. 11), a partir das premissas de uma mínima ação do Estado, em todas as suas facetas, incluindo o judiciário.

Sob a perspectiva das soberanias porosas, fica, pois, fácil compreender que os Estados nacionais modernos, como reprodução do modelo constitucional norte americano, foram criados para possibilitar o desenvolvimento do mercado e o fortalecimento do capital (Aguillar, 2006), ficando evidente que o direito privado invade, substancialmente, o espaço do direito público e corrói sua especificidade, e o foco da atividade pública, muda para medidas destinadas a financiar benefícios por meio do mercado, pois grande parte do bem-estar social, tornou-se uma atividade lucrativa, privatizada, comercial e com fins lucrativos.

Consequentemente, dessa intensa interação entre as agências estatais e os agentes privados, o Estado passa a ser permeado por uma série interesses privados conflitantes, como indústria versus meio ambiente, bancos versus seguros, seguros versus assistência médica (Cassese, 2012), que se apoiam no argumento de preservação da atividade econômica e da resolução consensuada de conflitos.

4 A CONSENSUALIDADE E A DESPOLITIZAÇÃO DO CONFLITO COMO ELEMENTOS DA RACIONALIDADE NEOLIBERAL

Celeridade, eficiência, efetividade, tecnicidade. São esses os compromissos das formas denominadas alternativas/consensuais de resolução de conflitos, que se alinham aos anseios de um mundo dominado pelo mercado, que abomina a burocracia estatal, acusada de ineficiente e inefetiva.

Inicialmente, a construção teórica dos métodos alternativos de resolução de litígios se deu no âmbito da atividade jurisdicional, enquanto técnicas. Assim, a sua introdução no sistema jurídico, em específico no sistema processual, se deu nos Estados Unidos, a partir dos estudos de Frank Sander, em 1970, que cunhou o termo "Justiça Multiportas" (Johnson, 2012) recorrendo a uma metáfora para se opor ao sistema clássico de justiça, que antevê a atividade jurisdicional estatal como a única capaz de solver conflitos, e introduz um sistema de Justiça Multiportas cuja estruturação conta com diferentes mecanismos de tutela de direitos, sendo cada método adequado para determinado tipo de disputa, dentre eles a jurisdição.

Ainda na década de 70, Mauro Cappelletti e Bryan Garth (1988) divulgaram um trabalho amplamente estudado denominado as três primeiras ondas renovatórias de acesso à Justiça, no qual, os autores analisaram os obstáculos que dificultam ou obstam o efetivo acesso à Justiça.

Dentre as ondas renovatórias, destaca-se a terceira onda que propõe um novo paradigma ao acesso à justiça: técnicas processuais efetivas e meios alternativos de solução de conflitos, nos quais se enquadraram a conciliação, a mediação e a arbitragem.

E o que mais marcou a década de 70? A ascensão do pensamento neoliberal.

O neoliberalismo se difunde como uma racionalidade. Isso significa que a sobreposição do mercado se dá em relação à esfera pública estatal, mas também no âmbito da família, do trabalho, da ciência e do Direito, diluindo a dicotomia público e privado, de modo que o indivíduo e o Estado se veem submersos à lógica da eficiência, entendida como a melhor alocação de recursos disponíveis a partir do binômio custo/benefício. Nesta perspectiva, o judiciário se reestrutura para que as decisões judiciais produzam resultados maximizados.

Mas, em um mundo globalizado, essa estruturação Estatal pautada em boa governança com práticas consensuais, regulatórias e gerenciais, passa a ser um canal de colonialidade (Dardot; Laval, 2016) dos modelos tradicionais do atlântico norte, que se espalham pelos países do sul, em especial por dependências teóricas e financeiras, associadas à pressão exercida por organizações como o Banco Mundial, o Fundo Monetário Internacional (FMI) e a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).

Nesse contexto, sobressai a publicação da nota técnica nº. 319, emitido pelo Banco Mundial, que possui feição neoliberal, ao visar, sobremaneira, a alta produtividade da função jurisdicional, notadamente pela circunstância de trazer recomendações relativas à assistência jurídica gratuita e integral, à diminuição dos custos com os processos judiciais, ao estímulo à solução consensuais dos litígios, seja judicial ou extrajudicialmente, à simplificação dos procedimentos judiciais, principalmente em relação à diminuição do lapso temporal para o deslinde final do processo, orientando, assim, ajustes estruturais na América Latina e no Caribe.

E como exposto no capítulo anterior, o Direito funciona como canal de colonialidade, de modo que as perspectivas neoliberais vêm sendo expressamente recepcionadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, com a alteração do texto constitucional, por meio das Emendas Constitucionais 19 e 45, resultando nas recepções normativas dos princípios da eficiência administrativa, no artigo 37; da razoável duração do processo, no artigo 5º, inciso LVIII; da condição de promoção de magistrados ao cumprimento de metas quantitativas, no artigo 93, inciso II, alínea “c”.

Essas alterações, evidenciam a expansão de uma lógica mercadológica no seio Estatal (Pinheiro, 2021), em que a eficiência econômica/quantitativa passa a ser o principal critério aferidor da qualidade do serviço público prestado pela função jurisdicional, de modo as práticas processuais e decisórias “começam a delinear-se como serviços prestados ao consumidor-jurisdicionalizado, considerado como um cliente que deve ter a sua disposição uma prestação rápida e com baixo custo econômico” (Bolzan de Moraes, 2017, p. 193).

Essa alteração tem, pois, como origem as construções teóricas da década de 70, que anunciaram a necessidade de implementação dos métodos alternativos/consensuais de resolução de conflitos, mas a novidade reside no resgate de métodos pré-jurisdicionais, mas pautada na “repugnância pelos processos antagônicos confrontantes, pelos tribunais como forma de lidar com os problemas das massas, pela justiça feita através de quaisquer métodos de vencer ou perder” (Nader, 1994, p. 20). É, pois, uma tendência que nega o conflito, difundida pelo neoliberalismo, política que avançou no direito processual nos últimos 30 anos, refletindo nas leis e nos códigos a ideologia política do Estado (Pinheiro, 2021).

No Brasil, as políticas de cunho neoliberal foram difundidas com a reforma do Estado da década de 90 encabeçada por Bresser-Pereira. Portanto, o movimento de incentivo às soluções consensuais de conflitos jurídicos em substituição às decisões adjudicadas vivenciado no Brasil desde os anos de 1990 não é aleatório e despropositado. Nesta perspectiva, ainda sob vigência de políticas neoliberais, a reforma do Código de Processo Civil de 2015, consolidou a “política nacional de tratamento adequado de solução de conflitos”, já posta em regulamentação

administrativa pelo Conselho Nacional de Justiça por meio da vanguardista Resolução nº 125/2010, e que restou ainda mais consolidada com a Lei de Mediação nº 13.140/2015, marcando, assim, uma reforma em prol da instrumentalização e flexibilização dos procedimentos, ressaltando os negócios jurídicos processuais e o consenso.

Sobre essas políticas, necessário resgatar os estudos de Laura Nader (1994) sobre a harmonia coerciva, segundo a qual, as ADRs se constituem num movimento contrário às históricas conquistas de reconhecimento de direitos humanos, direitos ambientais, direitos das mulheres e direitos dos consumidores, pois, a partir dos anos 60 nos Estados Unidos, período em que referidos direitos começaram a ser jurídico e judicialmente reconhecidos, percebeu-se intensa preocupação e estímulos às soluções consensuais (mediação e arbitragem), como se fossem a substituição perfeita, adequada e harmoniosa às decisões adjudicadas, de modo que o país passou de uma preocupação com a justiça para uma preocupação com a harmonia e a eficiência, de uma preocupação com a ética do certo e do errado para uma ética do tratamento (Nader, 1993).

No Brasil, percebe-se um movimento parecido, a década de 90 marca ambigualmente, um período de reconhecimento de um rol extensos de direitos sociais e fundamentais, mas também de privatização de serviços e bens públicos e de estímulo às soluções consensuais, sobretudo no trato dos conflitos no âmbito de serviços privatizados, fazendo propagandear os meios consensuais como naturalmente bons e isso em detrimento dos meios jurídicos-judiciários oficiais de tratamento de conflitos (Nader, 1994).

Essa contradição apontada por Laura Nader, é lida sob a ótica da TEP como funciona a encriptação da constituição, em que há a inclusão dos excluídos (mulheres, consumidores), reduzidos às agências legais, mas ao mesmo tempo há uma absoluta rejeição da legalidade do sistema, com a flexibilização dos direitos e a procedimentalização, onde a exclusão ocorre no nível da forma sob a guarida das normas processuais e procedimentais.

Mas a implementação destes métodos se dá sob uma pretensa ausência de legitimidade das decisões judiciais. Mas sob a ótica da TEP, essa ausência de legitimidade se dá em razão da arquitetura do direito de matriz Kelseniana, que forma uma tradição em que a metodologia de interpretação da constituição se reduz à interpretação da constituição política como se fosse um conjunto de normas jurídicas convencionais, interpretação, esta, de cunho elitista, pois apenas os especialistas (juízes), podem operar dando sentido à constituição que perdeu todos os seus matizes políticos.

O problema é que a procedimentalização dos métodos consensuais, alheios à atividade judicante do Estado, não resolvem o problema da legitimidade, primeiro porque a procedimentalização aprisiona esses métodos à conformação legal, cujo sentido é atribuído, monopolicamente, pelo judiciário. Segundo, porque a ideia de promoção do diálogo, por si, não garante a emancipação política e a democratização da resolução de conflitos, pois pressupõe a garantia de uma igualdade e autonomia, que é construída sob uma matriz liberal.

Autonomia não é liberdade, e está vinculada à ideia de legalidade, ou seja, de atuação dentro dos limites legais, novamente, cujo sentido é construído para excluir. A igualdade liberal é uma igualdade formal, assim, conceber o diálogo como condição para o exercício democrático é retomar a razão comunicativa de Habermas, cujo objetivo principal seria definir parâmetros e procedimentos legitimadores do discurso, que neutralizam as assimetrias materiais (Lobo; Notaro, 2014), para que os sujeitos sociais possam produzir consensos capazes de integrar socialmente as expectativas dos cidadãos, inclusive para a solução de conflitos, a partir dos sistemas legais de capacidade.

Porém, essa procedimentalização do discurso proposta por Habermas, apresenta uma problemática importante, na medida em que a racionalidade desses procedimentos, não produzem consenso a fim de promover inclusão, ao contrário, esconderiam processos sofisticados de dominação e exclusão social, que neutralizam desequilíbrio de poder (Lobo e

Notaro,2014). Portanto, a teoria de Habermas que serve como fundamento da autocomposição como modelo emancipatório da participação cidadã pelo discurso, pode ser definida como uma teoria institucional transcendente, na medida em que busca um consenso racional, procedimentalizado e embasado em princípios universais, por meio de uma deliberação que alcance uma decisão unânime, mas que se dá pela hierarquização, pela imposição e pela exclusão.

Isto porque um sujeito autônomo para o liberalismo só o é quando a Lei assim o qualifica, trata-se, portanto, de uma simulação igualitária que pressupõe a igualdade entre seres politicamente assimétricos, enquanto uma igualdade legalmente forçada entre incluídos e excluídos como ponto de partida para a proteção de direitos e de inclusão ao sistema (Méndez-Hincapié; Sanin-Restrepo, 2018). Assim, como promover de fato um diálogo efetivo entre iguais que não são materialmente iguais?

A partir das premissas da TEP é importante considerar, portanto, que a normatização de métodos consensuais, seria uma tentativa do Direito de eliminar o antagonismo do conflito, o que é, justamente, o objetivo máximo da teoria discursiva habermasiana, que, particularmente, atende a uma sociedade capitalismo, de modo que a racionalização do diálogo a partir dos modelos transcendentais de métodos consensuais, é papel crucial do direito a serviço do mercado, pois despolitiza o conflito, codificando-o, e, assim, possibilita formar consenso.

Assim, torna-se necessário compreender se, em nome desta pacificação social, há real comprometimento com o diálogo, ou apenas com a própria forma de operacionalização para resultados meramente eficientes, a partir dos quais não se almeja reconhecer direitos, nem efetivar os já reconhecidos pelo ordenamento jurídico, mas simplesmente solucionar conflitos, mesmo que isto signifique o silenciamento da diferença.

5 CONCLUSÃO

Ao assumir que a soberania do Estado não sólida, mas porosa, verifica-se que o movimento de incentivo às soluções consensuais de conflitos jurídicos em substituição às decisões adjudicadas vivenciado no Brasil, desde os anos de 1990, não é aleatório e despropositado, mas, ao contrário, mostra-se alinhado ao avanço da política neoliberal do Estado.

Assim, o Estado assume para si, a partir do direito enquanto um canal de colonialidade, a incumbência de promover a pacificação social e a harmonia por meio de métodos consensuais de solução de litígios, partindo de uma retórica pautada na própria crise do judiciário, enquanto uma das facetas no Estado sancionador, baseado em critérios técnicos mercadológicos: eficiência que se traduz na morosidade e no alto custo. Porém, 32 anos depois, os indicadores de eficiência, segundo o Relatório Justiça em Números de 2023 do CNJ, se mantêm estáveis, mas o discurso da crise se mantém, demonstrando que a institucionalizações dos métodos consensuais não se prestaram a solução de uma crise de eficiência.

O que se concluiu é que a institucionalização de métodos consensuais, é resultado de um mundo que está sendo reconfigurado, em que o Estado não mais está no centro do poder político-jurídico, pois com a perda de controle sobre os limites do próprio território, tanto fisicamente, tanto em relação aos padrões de comunicações e de vida, a atividade jurisdicional também está mudando de mãos convergindo as esferas do público e do privado. Nesta perspectiva, a emergência de métodos consensuais, não se dá para resolver um problema do Estado, mas sim para alinhar o Estado aos anseios capitalistas pautados, sobretudo, na neutralização da diferença, mas sob o discurso da harmonia/pacificação social, que visa, em verdade, a despolitização do conflito.

Por fim, se é possível, apontar um desafio, este não seria o de perseguir um consenso, mas seria o de permitir no âmbito dos procedimentos que a diferença imanente das partes

litigantes sejam consideradas e que, assim, o próprio procedimento contribua para a formação legítima tanto do consenso, portanto, não como imanência, mas como contingência, quanto do dissenso, sem perder de vista o processo de reconhecimento de direitos.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A colonização da justiça pela justiça penal: potencialidades e limites do Judiciário na era da globalização neoliberal. **Revista Katálysys**. v. 9 n. 1 jan./jun. 2006 Florianópolis SC 11-14. Disponível em:

<https://www.scielo.br/j/rk/a/Mx4DHxgJKgJwY5ttmPyWWzQ/?lang=pt#ModalTutors>.

Acesso em: 29 abr. 2024.

BOLZAN DE MORAIS, José Luiz; MOURA, Marcelo Oliveira de. O neoliberalismo “eficientista” e as transformações da jurisdição. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 13, n.º. 1, mar. 2017, p. 193.

BROWN, Wendy. **Walled States, Waning Sovereignty**. New York: Zone Books, 2010, pp. 210.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução: Ellen Gracie Northleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CASSESE, Sabino. Administrative Law without the state? The challenge of global regulation. In: **NYU Journal of International Law and Politics** (2005), v. 37, p. 663-694.

CASSESE, Sabino. New paths for administrative law: A manifesto. **International Journal of Constitutional Law**, Volume 10, 2012, p. 603–613. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/icon/mos038>

CASTELLS, Manuel. **A era da informação: a sociedade em rede**. 5. ed. 2001. São Paulo: Paz e Terra, 2001. v. 1, p. 406-407.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Justiça em Números 2023**. Brasília: CNJ, 2023. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2024/02/justica-em-numeros-2023-16022024.pdf>. Acesso em: 05 mai. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Resolução nº125 de novembro de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. 2010. Brasília: CNJ. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2016/03/resolucao_125_29112010_11032016150808.pdf. Acesso em: 10 mai. 2024.

CLARK, Giovanni. O neoliberalismo de regulação como intervenção do Estado - A regulação e a Constituição Brasileira de 1988. **Lusíada. Economia e Empresa**, v. 09, p. 10-30, 2009.

DARDOT, Pierre. LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal**. Tradução de Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2016. p. 33-34.

JOHSON, Earl. The Pound Conference Remembered. **Dispute resolution magazine**: appreciating frank sander. v. 19, n°. 1, 2012, p.6-8. Disponível em: http://franksander.com/wpcontent/uploads/2018/10/DRM_Fall12_Sander_Final.pdf. Acesso em 30 ago. 2021.

LATOURE, Bruno. 1996. On actor-network theory: A few clarifications plus more than a few complications. **Soziale Welt**, vol. 47, p. 369-381, 1996.

LOBO, Bárbara Natália Lages e NOTARO, Camila Antunes. LINGUAGEM E DIREITO: A OPOSIÇÃO DE RICARDO SANÍN RESTREPO AO PROCEDIMENTALISMO DE JÜRGEN HABERMAS. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 30, n. 1: 203-220, jan./jun. 2014, 18p.

MARTEL, James. **Subverting the Leviatan**: Reading Thomas Hobbes as a Radical Democrat. Columbia University, [E-book], Press: New York, 2007, 240p.

NADER, Laura. Harmonia Coercitiva: a economia política dos modelos jurídicos. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, n° 29, ano 9, 1994, p. 18-29. Disponível em: <https://acervo.racismoambiental.net.br/2011/05/09/harmonia-coercitiva-a-economia-politica-dos-modelos-juridicos>. Acesso em: 02 mai. 2024.

NOCE, Umberto Abreu. **O simulacro do interesse público na regulação estatal da economia**: por uma Condução Democrática da Ordem Econômica. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, p.130. 2018. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_NoceUA_1.pdf. Acesso em 5 mai. 2023.

PEREIRA, Bruno Yepes. **Soberania Interna e a Integração no Cone Sul**: aspectos do processo de integração econômica regional que revelam redução do conceito do nacionalismo com a integridade da soberania. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.

PINHEIRO, Guilherme César. As Soluções Autocompositivas de Litígios Coletivos: Análise Crítica dos Projetos de Lei Nº 4.441/2020 e Nº 4.778/2020. **Revista ANNEP de Direito Processual**. Vol 2, No. 1, Art 57, 2021.

SANIN-RESTREPO, Ricardo; ARAUJO, Marinella Machado. A Teoria da Encriptação do Poder: Itinerário de uma ideia (Editorial). **Revista Da Faculdade Mineira De Direito**, V. 23, P. 1-17, 2020.

SANÍN-RESTREPO, Ricardo; MÉNDEZ-HINCAPIÉ, Gabriel. The encrypted constitution: new ways of emancipation from global power. In: SANÍN-RESTREPO, Ricardo. **Decrypting power**. Londres/Nova Iorque: Rowman & Littlefield International, 2018.

SILVA, Adriana Campos; MORAIS, Ricardo Manoel de Oliveira. As teorias da soberania: Uma análise a partir de Foucault. **Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI**, Itajaí, v.12, n.1, 1º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica. Acesso em: 2 mai. 2024.