

FACULDADE AUTÔNOMA DE DIREITO – FADISP

Thiago Rebellato Zorzeto

JUSTIÇA LÍQUIDA E OTIMIZAÇÃO DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL:

Uma proposta de graduação do direito de ação

São Paulo

2022

THIAGO REBELLATO ZORZETO

JUSTIÇA LÍQUIDA E OTIMIZAÇÃO DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL:

Uma proposta de graduação do direito de ação

Tese apresentada como exigência parcial para obtenção do título de Doutor à Faculdade Autônoma de Direito - FADISP, na área de concentração Função Social do Direito, sob a orientação do Professora Doutora Talita Pimenta Félix.

São Paulo

2022

Thiago Rebellato Zorzeto

**JUSTIÇA LÍQUIDA E OTIMIZAÇÃO DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL:
Uma proposta de graduação do direito de ação**

Tese apresentada como exigência parcial para obtenção do título de Doutor à Faculdade Autônoma de Direito - FADISP, na área de concentração Função Social do Direito, sob a orientação do Professora Doutora Talita Pimenta Félix.

São Paulo, ____ de _____ de 2022.

Banca examinadora:

Prof.^a Dr.^a Talita Pimenta Félix – FADISP (Orientadora)

Prof. Dr. _____

Prof. Dr. _____

Prof. Dr. _____

Prof. Dr. _____

Dedico este trabalho a toda minha família, em especial minha esposa Meiriele, meu filho Jairzinho, e meus pais Jair e Gizela, que tanto acreditam em mim, e não envidam esforços para fazer desse autor um melhor profissional e acadêmico do direito.

Dedico também a todos os meus alunos e ex-alunos da graduação e pós-graduação.

Agradeço a minha família, nas pessoas de minha esposa Meiriele, meu filho Jairzinho e meus pais Jair e Gizela, que sempre acreditaram na conclusão deste doutorado.

Agradeço a FADISP, nas pessoas dos Professores Lauro Ishikawa e Ricardo Castilho, pelos riquíssimos momentos vividos na academia, pelos conhecimentos transmitidos e experiências valiosas compartilhadas.

Agradeço a minha orientadora Professora Talita Pimenta Félix, pelos incentivos fundamentais na finalização desse trabalho.

“O bom músico, exímio na interpretação dos mais avançados compositores de nossos dias, não hesita em retornar de vez em quando ao repertório tradicional e tocar uma peça de Mozart ou Beethoven. Apenas, provavelmente, sua execução já não será a mesma: ele há de ler a partitura com outros olhos. Assim também possamos nós outros, processualistas, revisitando lugares veneráveis, divisar na paisagem cores até então desapercibidas, e escolher as tintas adequadas para revelar novas tonalidades.”

José Carlos Barbosa Moreira

RESUMO

A presente tese analisará o momento presente do Poder Judiciário enquanto prestador da tutela jurisdicional e sua relação com uma sociedade tipicamente de consumo, própria do momento social denominado por Zygmunt Bauman como Modernidade Líquida. Será observado que em razão do gigantismo do Poder Judiciário há uma grande insatisfação com o tempo de duração de processos e a qualidade das decisões judiciais, de modo que é preciso buscar novas ideias para a prestação jurisdicional, posto que as modificações implementadas ao longo do tempo, e 03 (três) códigos de processo civil federalizados, não foram capazes de neutralizar com eficiência o problema da insatisfação popular com a prestação jurisdicional. Para tanto, será sugerida a adoção de um modelo de graduação de acesso à justiça, baseado em premissas práticas já existentes, mormente o interesse processual de agir, e o dever de renegociar, como formas de estimular os meios consensuais e extrajudiciais de solução de conflitos, de maneira que o Poder Judiciário tenha um função otimizada, com menos demandas ingressantes, e melhor resultado prático em suas decisões.

Palavras-chave: Acesso à justiça. Modernidade Líquida. Interesse de agir. Dever de renegociar.

ABSTRACT

This thesis will analyze the present moment of the Judiciary as a provider of judicial protection and its relationship with a typically consumer society, typical of the social moment called by Zygmunt Bauman as Liquid Modernity. It will be observed that because of the gigantism of the Judiciary, there is a great dissatisfaction with the duration of processes and the quality of judicial decisions, so that it is necessary to seek new ideas for the judicial provision, since the changes implemented over time, and 03 (three) federalized civil procedure codes, were not able to efficiently neutralize the problem of popular dissatisfaction with the jurisdictional provision. To this end, it will be suggested the adoption of a graduation model of access to justice, based on existing practical premises, especially the procedural interest of action, and the duty to renegotiate, as ways to stimulate consensual and extrajudicial means of conflict resolution, so that the Judiciary has an optimized function, with fewer incoming demands, and better practical results in its decisions.

Keywords: Access to justice. Liquid Modernity. Interest of action. Duty to renegotiate.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

| | |
|----------------|----|
| Figura 1 | 36 |
| Figura 2 | 37 |
| Figura 3 | 40 |

SUMÁRIO

| | | |
|--------|---|----|
| 1 | INTRODUÇÃO..... | 12 |
| 2 | LINHA HISTÓRICA: DO DIREITO PROCESSUAL ORIGINÁRIO À JUSTIÇA LÍQUIDA. | 15 |
| 2.1 | Direito primitivo – da concepção do direito como forma de delimitação de condutas..... | 15 |
| 2.2 | Das regras processuais como direito de segunda geração..... | 19 |
| 2.3 | Da assunção do Estado como titular do poder jurisdicional e do poder de <i>juris dicere</i> | 22 |
| 2.4 | Do gigantismo do Poder Judiciário como causa de má prestação de justiça | 25 |
| 2.5 | Análise do Poder Judiciário à luz da teoria da modernidade líquida de Zygmunt Bauman | 29 |
| 2.6 | Justiça Líquida..... | 36 |
| 2.7 | Os prejuízos operacionais de uma justiça líquida | 39 |
| 3 | A CRISE DO PODER JUDICIÁRIO E A NECESSIDADE DE OTIMIZAR A PRESTAÇÃO JURISDICIONAL..... | 44 |
| 3.1 | Por que precisamos constantemente pensar em melhorar a Justiça?..... | 44 |
| 3.2 | Há uma crise no Judiciário? | 47 |
| 3.3 | Das modificações na lei processual civil para se buscar celeridade na Justiça..... | 52 |
| 3.3.1 | Tutela antecipada..... | 53 |
| 3.3.2 | Ação monitória..... | 54 |
| 3.3.3 | Julgamento liminar de improcedência..... | 56 |
| 3.3.4 | Processo sincrético – junção das fases de conhecimento e execução em um único processo | 58 |
| 3.3.5 | Julgamento monocrático pelo Relator..... | 60 |
| 3.3.6 | Desjudicialização de procedimentos jurisdicionais..... | 62 |
| 3.3.7. | Juízo 100% Digital | 65 |
| 3.4 | Arbitragem, conciliação e mediação | 68 |
| 3.5 | Ainda não é o suficiente, temos de ir além..... | 72 |

| | | |
|----------|--|-----|
| 4 | DO DIREITO DE AÇÃO E SUA REPRESENTAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA..... | 75 |
| 4.1. | Definição de acesso à justiça..... | 75 |
| 4.1.1. | Da evolução do direito de acesso à justiça: As ondas de Cappelletti e Garth, e a superação de obstáculos do direito de ação..... | 77 |
| 4.1.1.1. | Primeira onda: assistência judiciária aos pobres..... | 78 |
| 4.1.1.2. | Segunda onda: representação dos interesses difusos..... | 80 |
| 4.1.1.3. | Terceira onda: do acesso a representação em juízo..... | 82 |
| 4.1.2. | Feixes do direito de acesso à justiça..... | 85 |
| 4.2. | Do direito de ação..... | 88 |
| 4.2.1. | Teorias da ação..... | 89 |
| 5 | DA GRADUAÇÃO DO DIREITO DE AÇÃO: FILTRO JURISDICIONAL APTO A PERMITIR A OTIMIZAÇÃO DA PRESTAÇÃO DA JUSTIÇA. | 97 |
| 5.1. | Da possibilidade jurídica de criação de filtro processual a obrigar o interessado a buscar a solução extrajudicial anteriormente ao processo judicial..... | 97 |
| 5.1.1. | Hipóteses constitucionais de graduação do direito de ação. | 99 |
| 5.1.1.1. | Convenção de arbitragem..... | 99 |
| 5.1.1.2. | Convenção de mediação..... | 102 |
| 5.1.1.3. | Justiça Desportiva..... | 103 |
| 5.1.1.4. | <i>Habeas data</i> | 106 |
| 5.1.1.5. | Ações previdenciárias e o julgamento do RE nº 631.240/MG pelo Supremo Tribunal Federal.. | 110 |
| 5.2. | Do dever de se buscar uma solução extrajudicial prévia ao ingresso da ação baseada no interesse processual de agir. | 116 |
| 5.2.1. | Legitimidade das partes..... | 118 |
| 5.2.2. | Do interesse de agir..... | 119 |
| 5.2.2.1. | Dos diferentes graus do interesse-necessidade..... | 122 |
| 5.2.2.2. | Do momento de se verificar a presença do interesse-necessidade..... | 124 |
| 5.2.3. | Da efetiva demonstração da necessidade para satisfação do interesse de agir: processo civil como a <i>ultima ratio</i> | 127 |
| 5.3. | Do dever de renegociar no direito civil..... | 137 |
| 5.3.1. | Base normativa do dever de renegociar. | 139 |

| | |
|---|-----|
| 5.4. Do cotejo dos elementos processuais e materiais apresentados a demonstrar a possibilidade jurídica da graduação do direito de ação e sua função otimizadora..... | 144 |
| CONCLUSÃO..... | 149 |
| REFERÊNCIAS | 153 |

1- INTRODUÇÃO.

É redundante pensar como a prestação de justiça é ruim no Brasil.

A gestão jurisdicional do Poder Judiciário encontra-se marcada por uma crise profunda¹ e antiga, amplamente reconhecida e vivenciada pelos operadores do direito.

Sobram críticas ao modelo implementado pelo Poder Judiciário para analisar e julgar os milhares processos que se acumulam nos fóruns de todo o país, tanto em processos físicos quanto eletrônicos. Extrema morosidade, má qualidade das decisões², interpretações cada vez mais subjetivas, e a incerteza na satisfação das sentenças nos processos de execução são algumas das muitas reclamações que se ouve tanto dos jurisdicionados quanto dos operadores do direito.

Não obstante seja consenso os defeitos de prestação aqui referidos, o Poder Judiciário continua recebendo, ano após ano, centenas de milhares de processos para julgamento, o que demonstra também existir uma crise social, pela qual as pessoas não conseguem se afastar desse modelo de resolução de conflitos.

O que temos na atualidade, portanto, é um circuito de crises que se retroalimentam. Por um lado, a população continua despejando suas crises pessoais e insatisfações ao Poder Judiciário, enquanto este, continua gerindo mal o enorme quantitativo de processos, apresentando grande letargia na solução dos conflitos, e má qualidade das decisões.

Essas características nos permitem observar elementos de uma sociedade líquida na relação da população com o Poder Judiciário, tal qual o sociólogo polonês Zygmunt Bauman

¹ “O Poder Judiciário, que sempre foi bem visto por sua diligência e cuidado para com os direitos dos cidadãos, passa hoje, de forma muito severa, por uma crise real e muito perigosa, que já trouxe problemas, e que sabidamente poderá trazer muito mais, o que poderá causar ainda mais prejuízos a toda a comunidade que depende das decisões dos magistrados para conseguir a efetividade de seus direitos e a solvência dos conflitos.” (THAMAY, 2013, s/p).

² “Que o Judiciário não desempenha mais suas funções da forma que se espera não há dúvida, é um fato. Os processos com tramitação demasiadamente demorada – muitas vezes acabam perdendo o objeto –, carência de fundamentação das decisões judiciais, eis que “a qualidade passou a ser acessório da produção jurisdicional, prevalecendo a mentalidade da quantidade”, insuficiência de recurso humano para desempenhar as funções exigidas pelo aumento do número de ações ajuizadas, enfim, são apenas algumas constatações que atestam a crise funcional do órgão jurisdicional.” (SAID FILHO, 2017, p. 188/189).

verificou nas relações sociais consumeristas e amorosas em suas obras. É bastante nítido, em verdade, analisar que vivenciamos hoje um verdadeiro modelo de Justiça Líquida, e que sem as devidas correções no eixo central dos sistema, dificilmente nos soergueremos da crise jurisdicional há tanto tempo vivenciada.

Nesse sentido, o sistema processual civil já passou por 03 (três) diferentes códigos de processo federalizados (1939, 1973 e, o vigente de 2015), e mais de uma centena³ de modificações e alterações em seus textos, sempre no intuito de promover uma melhora na prestação jurisdicional.

Entretanto, o que se observa é que a despeito dos esforços legislativos, a realidade da justiça estatal ainda é aquém do esperado, e o tempo de tramitação dos processos, bem como a má qualidade das decisões judiciais, contribuem para a formação de um forte sentimento negativo da sociedade para com o sistema judiciário, conforme demonstram pesquisas discorridas ao longo deste trabalho.

É preciso, portanto, irmos além dos ajustes técnicos e buscar uma mudança realmente de impacto na prestação jurisdicional, modificando a estrutura de maneira que ela possa administrar com eficiência o número de processos recebidos. E isso passa pela ideia de que muitos dos processos existentes poderiam não ser processos, se as partes tivessem agido de maneira ativa a solucionar seu problema por conta própria.

Numa sociedade líquida, que descarta seus problemas com a mesma facilidade com quem trocam de canal na televisão, manter o acesso à estrutura do Poder Judiciário sem uma prévia análise das demandas significa manter o alto fluxo de novas ações, motivo pelo qual acreditamos que a alteração em prol de uma gestão eficiente de justiça passa pelo fracionamento do direito de acesso ao Judiciário.

Não se tratar de limitar o acesso à Justiça como forma impeditiva de exercício do heroico direito constitucional, mas, de uma maneira eficiente, detalhar melhor as condições da ação para que as lides a serem julgadas sejam, realmente, lides dignas da atividade judicante,

³ Melhor demonstrado no Capítulo III, item 3.3, deste trabalho.

incentivando as lides mais simples, fulcradas em singelos conflitos sociais, a serem resolvidas por meios menos invasivos e mais adequados⁴ à sua natureza.

Partindo dessa relação social moderna, graduar o acesso mediante filtros jurisdicionais, como interesse de agir e a obrigatoriedade do dever de renegociar, elementos jurídicos já presentes em nosso universo jurídico, forçará às pessoas a buscarem a solução de seus problemas por meios próprios, posto que não terão a Justiça disponível num primeiro momento, mas somente em um caráter subsidiário, acessível após o preenchimento dessa condição.

Dessa maneira, acreditamos que problemas facilmente solucionáveis e de baixa complexidade, como demandas oriundas do direito do consumidor e de família, deixarão de se tornar processos judiciais, diminuindo o fluxo de demandas ingressantes, aumentando a celeridade jurisdicional e a qualidade das decisões.

⁴ O termo “adequado”, aqui utilizado, é uma referência à política pública implementada pelo Conselho Nacional de Justiça, a partir da conhecida Resolução nº 125/2010, voltada aos chamados “Meios Adequados de Solução de Conflitos”, em que técnicas de mediação e conciliação, por exemplo, foram expressamente reconhecidas como formas de solução de controvérsias mais propícias. Embora entendemos louvável a atitude do CNJ em destacar as formas autocompositivas no contexto do Poder Judiciário o termo, por vezes, recebe críticas, por sugerir, ainda que indiretamente, ser o meio judicial uma forma inadequada de se resolver problemas. Nesse sentido: “Na ponderação entre as críticas e as convicções em relação ao processo judicial e aos meios consensuais, defende-se aqui que a autocomposição deve ser considerada como opção à acomodação dos meios de resolução às demandas conflitivas e subjetivas das partes, e como necessidade de absorver o protagonismo exigido pelos contornos da cidadania contemporânea, ativa, participativa, pautada em maior autonomia dos sujeitos, em todas as esferas. A adequação do meio de resolução ao tipo de demanda parte da busca pela tutela dos direitos tempestiva, efetiva e também condizente ao direito que se pretende e à inclinação das partes em aceitar uma abordagem dialógica. Com esses vieses, a justiça estatal imperativa dá espaço para a aplicação da justiça coexistencial, nas palavras de Didier e Zaneti (2018, p. 39), uma “mending justice (uma justiça capaz de remendar o tecido social), focada na pacificação e na continuidade da convivência das pessoas, na condição de indivíduos, comunidade ou grupos envolvidos”. O que não quer dizer que o modelo processual tradicional não seja adequado e que a adjudicação deva ser congelada, ou que os meios consensuais sejam sempre mais eficientes. Ao contrário, o que se defende é que, ao lado dos modelos judiciais tradicionais, a reorientação do sistema de jurisdição deve acomodar as demandas contemporâneas, oferecendo aos cidadãos opções de métodos para a resolução delas. Assim, o núcleo e o escopo do modelo adjudicatório devem ser preservados para aquelas demandas que de fato necessitam de uma coercibilidade, do peso da mão do Estado ou de uma eficácia da decisão que seja erga omnes ou que gere precedentes.” (SALLES, 2021, p. 152).

2- LINHA HISTÓRICA: DO DIREITO PROCESSUAL ORIGINÁRIO À JUSTIÇA LÍQUIDA.

Neste primeiro capítulo pretendemos detalhar as circunstâncias históricas que motivaram a concepção de um Poder Judiciário tutelado pelo Estado, com poderes para intervir e solucionar conflitos privados, inclusive com a força coercitiva estatal, capaz de expropriar bens particulares para garantir o cumprimento de uma obrigação descumprida (princípio da substitutividade jurisdicional). A ideia central dessa exposição é demonstrar o contexto histórico do direito processual, e como ele, que deveria servir de suporte ao direito material, tornou-se o protagonista da relação do cidadão com o Poder Judiciário. A análise dessa relação revelará elementos que fomentam o fenômeno de um Poder Judiciário gigantesco, assoberbado de processos que demandam anos no aguardo de um julgamento final. Formatadas essas premissas, adentraremos ao questionamento de como a sociedade moderna se relaciona com o Poder Judiciário, e como este responde às expectativas sociais num mundo predominante de relações líquidas, onde o medo e a angústia se traduzem numa baixa confiança para com os resultados de uma justiça puramente líquida.

2.1. Direito primitivo – da concepção do direito como forma de delimitação de condutas.

O início da demonstração pretendida neste capítulo passa por identificarmos a origem do direito nas relações sociais primitivas, para verificarmos que as primeiras normas jurídicas tinham por escopo delimitar as condutas do homem em favor de um bem maior coletivo, tipo normativo hoje conhecido como direito material.

Para isso, utilizaremos de guia, como de praxe nas aulas introdutórias de direito processual civil ministradas por este Autor em sua carreira docente, o mote principal de um romance internacionalmente popular, *Robinson Crusoé*, de autoria do escritor inglês Daniel Defoe, o que seria a autobiografia fictícia de um naufrago que sobreviveu solitário em uma ilha deserta por vários anos.

Quando imaginamos uma pessoa vivendo solitariamente num local, sem a interferência direta ou indireta de outra forma de vida humana que configure um relacionamento social, temos um exemplo de liberdade verdadeiramente plena e ilimitada, afinal, conforme narrado no romance, *Robinson*, dentro das opções existentes naquela ilha, pode fazer tudo o

que lhe aprover sem ter o receio de estar causando algum tipo de mal a outrem. Não há, pois, nenhuma proibição legal a limitar o comportamento do único ocupante do lugar, sequer moral advinda da máxima de que o direito de alguém termina quando começa o do outro, simplesmente porque não há a figura do outro.

Portanto, não se vislumbra nesse cenário, qualquer limitação ao desejo de Robinson, qualquer obstáculo a censurar sua vontade e seu agir, tratando-se de um estado de ausência de direito⁵, posto nada haver para ser regulado ali.

No decorrer do romance, entretanto, a liberdade até então plena do protagonista é interrompida pela entrada em cena da figura de um novo personagem, o índio Sexta-Feira, que teria sido salvo por Robinson quando capturado por uma tribo canibal.

A despeito das diferenças culturais e de língua, o que vemos na sequência é o surgimento de um valoroso relacionamento social entre os personagens, o que, a despeito de estarem imbuídos no mesmo fim comum, faz criar a necessidade de ajustes na forma de se viver, e no surgimento de naturais divergências de opiniões⁶. É fácil notar, portanto, que a simples convivência entre 02 (duas) pessoas que desejam conviver é o suficiente para fazer surgir preceitos de limitação de vontades. Simplesmente nenhum dos envolvidos pode agir da maneira que melhor lhe aprover, pois, caso o faça, sempre haverá o risco de lesar o interesse do outro, criando animosidade, discussões e conflitos.

⁵ Dizemos ausência de direito pelo fato de entendermos ser possível compreender o direito, nessa forma primitiva da vida humana, como elemento limitador do agir do homem. Embora seja de difícil compreensão o significado de direito é possível extrair do trabalho de conceituação do direito de Hart (2001), a compreensão de uma de suas facetas como “regras de comportamento”. O direito posto, seja como norma escrita ou costume instituído, pretende que o homem possa conviver em sociedade de maneira pacífica e harmoniosa, e, inexistindo sociedade no exemplo, não há o que ser limitado.

⁶ À guisa de exemplo, em dado momento o índio acolhido por Robinson, embora tenha sido salvo de uma tribo canibal inimiga, também manifesta institutos antropofágicos, do que é prontamente repreendido pelo protagonista inglês e cristão: “Dormimos essa noite na gruta. Assim que amanheceu, levei-o comigo. Ao passarmos perto do local em que enterrara os dois homens, apontou-me para o sítio exato das covas, mostrando-me as mascas que deixara, para encontrá-las de novo. Fez-me sinais para que os desenterrássemos e comêssemos. Aparentei ficar muito zangado e procurei, ao mesmo tempo, exprimir-lhe a repulsa que me causava essa ideia, dando-lhe a entender que vomitaria se o fizesse. Acenei-lhe para que fôssemos embora, e ele, submisso, obedeceu imediatamente.” (DEFOE, 2018, s/p). Novamente, uma forte reprimenda quando o selvagem aparenta esmorecer diante do desejo de comer os restos de carne humana: “Mandeí Sexta-Feira fazer um monte de todos os ossos e pedaços de carne e, em seguida, reduzi-los a cinzas. Vi que a carne ainda lhe despertava o apetite de canibal. Eu mostrara, porém, tamanha repulsa só em pensar nisso que Sexta-Feira não ousou patentear esses desejos. Dera-lhe a perceber que o mataria se o fizesse.” (DEFOE, ob. cit.).

Os aqui ditos preceitos de limitação de vontades bem podem ser classificados como a forma mais rudimentar de direito, pois embora não exista numa relação simplória entre duas pessoas uma norma posta, há um natural consenso de limites entre si, os quais conduzem a um comportamento aguardado e seguro dentro dos valores comuns de ambos⁷. Essa limitação espontânea dos impulsos humanos certamente é o que nos diferencia, como homens dos demais seres vivos, e nos revela os indícios de um direito espontaneamente erigido a partir dessas premissas sociais instintivas⁸.

Nesse sentido é o registro de Araken de Assis:

O jurídico surge como um fenômeno particular no regramento da vida social. Toda vez que pauta de conduta, ocorrendo contestação no que tange à sua incidência em certa situação, comporta julgamento, a posteriori, ou seja, suscita intervenção, assume o aspecto peculiar de norma jurídica. (ASSIS, 2015, p. 12).

O surgimento do direito como um fenômeno natural remonta às mais primitivas representações de ordem legal, no sentido de que o homem na busca pela maior sobrevivência teve de aprender a socializar-se com outros homens, uma vez que a vida solitária, por ser mais difícil, representava uma baixa expectativa de vida diante das hostilidades existentes, enquanto a reunião de diversos membros tornava essa tarefa mais simples para todos.

⁷ Essa definição nos recorda os estudos de Freud (2013) ao analisar os comportamentos proibitivos (tabus) de diversas tribos aborígenes. Embora as tribos referidas por Freud estejam espalhadas dentre os continentes e nunca tenham relacionado entre si, fora possível observar semelhantes padrões de comportamentos restritivos entre elas, sobre os mesmos assuntos, inclusive. Essa identidade de condutas demonstra que a própria condição de seres humanos é o suficiente para existir, entre os homens, mesmo os mais rudimentares, o compartilhamento de um senso comum, o qual forma a base de um direito natural.

⁸ É possível observar aqui o direito enquanto fenômeno social autopoietico: “O termo “autopoiesis” foi utilizado em vários âmbitos científicos, da biologia ao direito. No campo da biologia, Maturana e Varela têm definido “autopoietico” como um sistema capaz de se reproduzir autonomamente, sejam os próprios componentes, sejam as relações que unem o conjunto. Com isso, as transformações de um organismo, mesmo as profundas, não colocam em discussão a sua identidade (se pensarmos nas contínuas e profundas mudanças que todo ser humano registra na passagem da própria vida). Obviamente o nível da autopoieticidade pode variar em um mesmo organismo, conforme o seu grau de complexidade, vale dizer, a sua capacidade de adaptar-se ao ambiente. No campo da biologia, pode-se distinguir entre sistemas autopoieticos mais simples – de primeira ordem –, similares às células e aos organismos unicelulares, e sistemas autopoieticos mais complexos – de segunda ordem –, como o organismo humano. A autopoiese foi utilizada no campo do direito pela teoria dos sistemas para resolver o fundamental problema de delimitar externamente um sistema nos confrontos do seu ambiente, sem excluir a própria capacidade de introduzir ao seu interno mudanças que assegurem a sua sobrevivência. Em particular, a teoria dos sistemas considera o sistema jurídico apto a gerir as relações entre os próprios elementos com diversos níveis de complexidade do ambiente e da específica normatividade capaz de atingir níveis de generalizações superiores aos dos outros sistemas normativos. Em suma, o direito como organismo vivo é capaz de produzir-se e de sobreviver mudando a si mesmo de modo autônomo para ser sempre mais adaptado a desenvolver a própria tarefa numa sociedade que muda. Os confins externos do sistema jurídico se ampliam se a sua complexidade crescer e se o seu horizonte ampliar a própria complexidade.” (FEBBRAJO, 2017, s/p).

Não obstante, ao mesmo tempo em que os homens se reuniam em povoações para aumentarem suas chances de sobrevivência, cresciam também as divergências e os conflitos próprios dentro dessa sociabilidade rudimentar, forçando, como de se esperar automaticamente a criação de normas delimitadoras de conduta a fim de que todos pudessem compartilhar das mesmas oportunidades⁹. O fenômeno jurídico observado então, hoje reconhecido como jusnaturalismo, reconhece a existência de uma ciência jurídica espontânea advinda da sociabilidade humana, pautada por valores transcendentais (em dado momento atribuída à divindades, ora atribuída à moral e à razão¹⁰) ligados essencialmente à sobrevivência dos homens. Surge daí a antiga máxima de ser o direito um instrumento de pacificação social e voltado à humanização das relações intersociais, polindo as tratativas dos homens e resguardando os interesses quando inobservadas as regras mínimas de convivência.

Em sendo fruto de um fenômeno espontâneo, o direito natural se preocupava em lidar com questões primárias e condutas que poderiam, eventualmente, colocar em risco algum dos membros do grupo ou de seus bens materiais (como os alimentos produzidos, e.g.), podendo

⁹ “O ser humano singulariza-se por possuir uma dignidade própria. Não só a espécie humana tem uma essência que a peculiariza em face de todas as demais espécies, como também cada ser humano é único, especial. Mas mesmo tendo sua individualidade com traço essencial, o homem é também e fundamentalmente um ser que vive em sociedade. A história da espécie humana é, em grande medida, a história da sua civilização, de sua vida social. Viver em sociedade implica viver em conflitos. Os bens disponíveis são limitados - ou assim parecem -, e as necessidades, aspirações, interesses e pretensões são ilimitadas. Daí as constantes disputas: dois sujeitos ou conjuntos de sujeitos pretendem o mesmo bem, ou um deles o pretende e o outro resiste em cedê-lo. O conflito de interesses ou litígio é esse embate: uma "pretensão resistida", conforme tradicional definição. Mas a dignidade humana - esse traço essencial do homem, que o faz viver não apenas conforme os seus instintos - levou-o, na vida em sociedade, a procurar modos de solução de seus conflitos que não fossem meramente instintivos. Nesse sentido, a história da civilização é, em grande medida, a história da evolução dos modos encontrados pelos homens para resolver seus conflitos. Freud dizia que a civilização verdadeiramente se iniciou no dia em que um homem das cavernas, pela primeira vez, apenas dirigiu um insulto ao inimigo em vez de o furar com uma lança... Essa evolução levou ao estabelecimento de uma estrutura política, o Estado, destinada a coordenar a vida e sociedade, de modo não só a evitar e resolver conflitos como também a permitir novas conquistas individuais e coletivas.” (WAMBIER, 2016, p. 12).

¹⁰ “Simplificando um difícil problema de interpretação do pensamento bobbiano, que requereria a análise e a comparação de um grande número de textos, escritos em épocas diferentes e também muito distantes entre si, se pode dizer em síntese que o jusnaturalismo – o conceito mesmo de jusnaturalismo como visão do mundo, reconstruída na riqueza das suas variantes através do estudo da vasta matéria das doutrinas jusnaturalistas – é considerado por Bobbio segundo dois aspectos, cada um dos quais, por sua vez, dúplice: como teoria e ideologia do “mundo das regras”, isto é, como concepção (teórica e ideológica) do direito, ou também “da moral” no sentido mais amplo do termo; e como teoria e ideologia do “mundo do poder”, isto é, como concepção (teórica e ideológica) da política. Enquanto visão do mundo das regras, o jusnaturalismo se resolve em última instância na tese que afirma a existência e a cognoscibilidade de leis “naturais” – não humanas, como os paradigmáticos agrapta nomima de Antígona – superiores às leis positivas, e como tal é contraposto ao juspositivismo; enquanto visão do mundo do poder, o jusnaturalismo se exprime em um modelo conceptual compartilhado pelos maiores filósofos políticos da modernidade, de Hobbes a Hegel “incluso-excluso”, que explica a origem e o fundamento da sociedade política a partir da hipótese do estado de natureza e através do contrato social, e é, por isto, contraposto a toda concepção naturalista ou historicista da convivência.” (BOVERO, 2019, p. 397/398).

ser classificadas, no entendimento presente, como meras normas de direito material. A primeira forma de direito, portanto, era de cunho essencialmente material.

Vale lembrar que o direito como fenômeno social fora concebido como ferramenta propagadora da paz social, a fim de afastar as formas violentas de solução de conflitos das relações sociais que prestigiava a antiga lei do mais forte em detrimento do mais fraco. Daí a importância, desde então observada, de se buscar formas pacíficas de solução das controvérsias.

Ocorre que o direito material por si só não consegue pacificar as relações sociais em todos os momentos, sobretudo quando o ofendido não possui meios próprios de restabelecer o estado anterior. Para tal desiderato é preciso outro tipo normativo que regule as regras do jogo jurídico, tipo normativo hoje conhecido como direito processual.

2.2. Das regras processuais como direito de segunda geração.

Considerando que o direito material é incapaz de resolver de forma organizada e pacífica as ofensas recebidas, permitindo que qualquer reação em sua defesa lhe seja útil, fora preciso conceber, num segundo momento histórico, posterior à primeira geração de normas, um regramento procedimental de como agir em caso de ofensa ao direito material, surgindo então o direito processual como regulador do jogo jurídico.

Isso porque se percebeu que seria insuficiente a existência de normas simplesmente delimitadores de condutas (direito material), porquanto de nada adiantaria a existência de um direito garantido sem a existência simultânea de uma forma pacífica e harmônica de alcançá-la¹¹. Afinal, a simples existência da pura norma de direito material não obsta que o lesado em um conflito se valha dos meios mais fáceis para cessar o injusto, nem que para isso extrapole os limites da lesão originária. Nesse sentido, o fenômeno da autotutela¹²

¹¹ “É tarefa primacial do direito, sem prejuízo das outras funções igualmente relevantes – por exemplo, a de outorgar legitimidade e organizar o poder social –, a de regular as relações sociais como elas devem ser. Essa função de imprimir orientação ao comportamento do homem e da mulher no seio da vida social mostrar-se-ia inútil sem a possibilidade de pôr em causa as condutas discrepantes e transgressoras, resolvendo o conflito daí originado. Para essa finalidade, há o processo, a via aberta aos que vivem em sociedade para dar aos seus conflitos ou às suas crises resolução mediante julgamento e, se for o caso, impor seu desfecho através do emprego da força.” (ASSIS, 2015, p. 12).

¹² “Seria a forma mais primitiva de resolução de conflitos. Utilizava-se da força física contra o adversário para

do direito, que representa justamente a autodefesa do ofendido, longe de representar uma forma justa de solução de conflitos, glorificava o mais forte em detrimento do mais fraco, impondo uma solução pela força ao invés da razão.

De se observar, portanto, que em um primeiro momento o direito material, concebido inicialmente pelos usos e costumes, foi capaz de propiciar a pacificação buscada pelo direito. No entanto, a partir do momento em que normas são descumpridas, sem a existência de um sistema de resolução de controvérsias, qualquer conduta praticada a fim de restabelecer a situação anterior (virtualmente justa) passa a ser admitida, mesmo que ela seja, por vezes, mais gravosa que a situação regulada pelo direito material. Ou seja, a ausência de um direito processual era suscetível de causar tanto ou mais conflito que a própria ausência do direito material.

Afinal, há um quantitativo proporcional direto entre o número de relações sociais perpetradas e o número de conflitos dali advindos. Assim, à medida que determinado núcleo social cresce, surgem cada vez mais conflitos carentes de uma resolução pacífica e razoável, sob pena de se colocar em xeque a própria segurança daquele núcleo, pois a existência irrestrita da autotutela depõe contra a coexistência harmônica de seus membros. Permitir a cada um fazer o que lhes bem aprouver é a marcha inicial para as ofensas, a extrapolação dos limites da propriedade e os descumprimentos das avenças. Sem uma força maior a obrigar os membros da sociedade seguirem uma linha mínima de convivência e respeito próximos estará instaurado um estado de anarquia, distante, inclusive, de qualquer regulamentação pelo direito.

E coube ao Estado, em sua fase consolidativa, a responsabilidade de resolução dos conflitos dos particulares, notadamente pela impossibilidade destes em resolverem seus problemas quase sempre sem apelarem para os meios violentos¹³. Temos ainda que a assunção da responsabilização dos julgamentos das lides particulares pelo Estado adveio juntamente com

vencer sua resistência e satisfazer uma pretensão. Remonta ao Código de Hamurabi, que consagrou a Lei de Talião – ‘olho por olho, dente por dente’ -, que impunha o revidar na mesma medida que a injustiça praticada, sendo utilizada, principalmente, no combate ao crime.” (PINHO, 2015, p. 43).

¹³ É como ensina o Prof. Luiz Rodrigues Wambier: “Mas somente muito depois, com o desenvolvimento e consolidação da noção de Estado e, conseqüentemente, com o nascimento das primeiras ideias a respeito daquilo que seria, bem mais tarde, o Estado de Direito, é que a tarefa de solucionar os conflitos (por conflito entenda-se aquela ‘parcela’ deste levada ao Judiciário, ou seja, a lide) entre as pessoas foi admitida como função do Estado, primeiramente atribuída ao soberano, de quem emanava todo o Direito e, mais tarde, numa fase mais desenvolvida, mediante o concurso dos organismos do Poder Judiciário, dotados de independência estrutural diante dos demais órgãos de gestão das atividades estatais.” (WAMBIER, 2016, p. 50)

a firmação do contrato social¹⁴ deste com o povo que lhe sustenta como ente soberano e responsável por propiciar os valores mínimos de convivência em sociedade, das quais destacamos a segurança.

A partir do momento, pois, em que o Estado passa a ser o garantidor da segurança pública, teve ele de proibir as retaliações particulares dos que se sentem injustiçados. Ou seja, a ideia de um Estado protetor não passa apenas pela proteção conferida contra invasores estranhos e criminosos em geral, mas também de um Estado que impõe, mediante o uso de seu poder de influência, limitações à vontade do cidadão, impedindo comportamentos que possam comprometer a paz social que pretende garantir, o que ocorre quando se permite o exercício da autotutela indiscriminadamente.

Porém, sem permitir à população a utilização da justiça privada, não poderia o Estado simplesmente ignorar o anseio da povo por justiça. O sentimento de justiça, juntamente com a fome e a segurança, são elementos indissociáveis de uma sociedade, por serem elementos vitais do convívio social. No momento de se firmar o pacto social, povo algum permitirá ser conduzido por líderes que não garantam o básico para a vida social, sendo a justiça, portanto, um elemento basilar desse movimento. A solução, por corolário, coube ao próprio Estado, que passou a atuar como substituto da vontade das partes, reservando para si o poder de dizer o direito¹⁵.

Temos, portanto, que na fase final de sua consolidação assumiu o Estado a titularidade inquestionável de detentor do poder jurisdicional, ou seja, dizer o direito diante dos particulares, visando com isso assegurar a resolução pacífica do conflito, garantido um resultado justo ao mesmo tempo em que garante o equilíbrio das relações sociais.

¹⁴ “Os seres humanos, assim, abdicam de suas liberdades individuais para adotarem o “contrato social”, estabelecido pela vontade geral e visando à realização do interesse comum. Os direitos civis surgem após o contrato social, enquanto os direitos naturais são anteriores a este. Nesse sentido, os direitos civis, para representarem uma ordem justa, legítima e fundada na igualdade, devem ser uma manifestação dos direitos naturais.” (GARCIA, 2015, p. 20).

¹⁵ Nos dizeres de Humberto Dalla Bernardina de Pinho: “Assim, à medida que o Estado, vedando a justiça privada, retira do indivíduo a possibilidade de buscar por suas próprias forças a resolução dos conflitos, assume, em contrapartida, o poder-dever de solucioná-los com justiça, uma vez que a perpetuação de pretensões insatisfeitas e controvérsias pendentes de resolução constituiria fonte de intensa perturbação da paz social.” (PINHO, 2015, p. 47).

Dessa forma, com a finalidade de garantir a pacificação social pretendida com a delimitação normatizada das condutas, fora preciso regulamentar, também via normatização, o *modus operandi* das discussões em torno das regras inobservadas, justamente para que tais discussões não fomentassem novos conflitos, o que criaria um círculo contencioso infundável.

2.3. Da assunção do Estado como titular do poder jurisdicional e do poder de *juris dicere*.

Conforme dito, de nada adiantaria uma decisão que dita o vencedor de uma disputa e estabelece medidas para retomar o *status quo ante* da lesão denunciada, se ela não viesse acompanhada de uma carga mandatória suficiente para compelir o vencido a cumprir com a decisão. Sem um elemento coercitivo minimamente satisfatório, a chance do comando jurisdicional se tornar inócuo é alta, afinal, se o vencido (presumido causador da lesão posta em debate) não tomou medidas para sanar o dano ao seu tempo, que garantias terá o lesado de que agora ele o fará, somente em razão de alguém ter assim determinado?!

De se perceber o quão duro tenha sido a migração de um sistema imanentista de resolução de controvérsias, onde o direito processual inexistia¹⁶, para um sistema onde o direito processual trabalha com uma solução heterocompositiva, onde um terceiro (representante do Estado) resolve o conflito. Essa migração, certamente, deve ter sofrido com a resistência dos jurisdicionados em aceitar a imposição de uma decisão por um terceiro que não tenha participado do conflito, e também em entender o resultado dessa decisão como algo de fato justo, sentimentos até na atualidade difíceis de serem conciliados.

O Estado, porém, novamente para permitir o exercício de sua função asseguradora dos interesses privados, é o detentor do poderio militar e bélico¹⁷, de maneira que

¹⁶ “Esta última etapa na evolução do procedimento romano termina com as publicações ordenadas pelo Imperador Justiniano, que tornaram conhecida a definição de ação, elaborada séculos antes por Celso e reproduzida, mais tarde, quase textualmente, por Ulpiano: *Actio autem nihil aliud est quam ius persequendi in iudicio quod sibi debeat*. Essa definição de Celso viria, séculos mais tarde, a constituir a base de uma doutrina, a qual teve a adesão dos juristas até meados do século XIX, que, identificando a ação com o direito subjetivo material, que através dela se fazia valer em juízo, ficou conhecida como doutrina civilista ou imanentista da ação. Era chamada de imanentista porque a ação era algo imanente ao próprio direito material, sem ter vida própria, do que resultou a clássica proposição: ‘Não há direito sem ação; não há ação sem direito; a ação segue a natureza do direito.’” (ALVIM, 2015, p. 560/561).

¹⁷ Aqui vale ressaltar, na atualidade, a evolução do poder coercitivo do Estado para impor suas decisões, o qual é exercido na maioria das vezes por comandos eletrônicos de indisponibilização e transferência de patrimônios (como as penhoras virtuais de dinheiro via sistema eletrônico Sisbajud, e também as penhoras virtuais de veículos automotores via sistema eletrônico Renajud) e os ofícios encaminhados para que os demais órgãos de controle patrimonial exerçam a função, como as averbações nos Registros de Imóveis, as ordens de transferência de

possui as ferramentas materiais para impor sua vontade. A soma dessas circunstâncias – Estado garantidor que precisa proibir a justiça privada (autotutela) e detentor de poderio bélico-militar (elementos coercitivos) – resulta na estatização da jurisdição, onde o Estado se torna o responsável direto pela solução dos conflitos privados e na imposição de sua vontade para cumprimento de sua decisão, advindo daí o vocábulo jurisdição, originado do latim *juris dicere*, algo próximo de “dizer o direito”.

Vale lembrar que nesse processo de migração, observou-se uma fase transitória onde o Estado, ainda em fase de consolidação, não tinha meios para garantir o efetivo cumprimento de suas ordens. Precisamente no direito romano, essa etapa intermediária de implementação de um Estado ativo exigia dos interessados a contratação da jurisdição pública¹⁸, em cujo contrato – intitulado de *litiscontestatio* – os contratantes previamente à instauração do processo aceitavam, primeiro, submeter seu interesse privado à solução por um terceiro indicado pelo Estado, e segundo, aceitar, de antemão, o futuro resultado a ser proferido¹⁹.

A consolidação do Estado Constitucional como forma política afastou os critérios facultativos da jurisdição que caracterizavam seu período inicial, de cunho eminentemente privatista, e trouxe contornos de interesse público para essa atividade:

A atuação da vontade da lei revela a preocupação em salientar que a jurisdição exerce um poder voltado à afirmação do direito objetivo ou do ordenamento jurídico. O objetivo da jurisdição, nessa linha, passa a ter, antes de tudo, uma conotação

semoventes aos institutos sanitários de controle animal, entre tantas outras possibilidades que tornam os magistrados agentes com superpoderes, e que são exercidos por simples comandos técnicos. No mais, ainda é possível visualizar em casos práticos específicos o exercício do poderio militar do Estado Jurisdicional, como, por exemplo, Mandados de Penhora com ordens de arrombamento de portas (art. 846, §1º, CPC), ordens de remoção de bens com apoio da Polícia Militar, e até mesmo a ordens mais severas como lacração de espaços para efetividade de decisões judiciais.

¹⁸ É o que nos apresenta Daniel Amorim Assumpção Neves: “Na tentativa de enquadrar o processo em fenômenos jurídicos privados, a teoria do processo como contrato teve muita força nos séculos XVIII e XIX, fundada em texto de Ulpiano. O fundamento principal dessa teoria tinha como ponto de partida em geral o direito romano formular, e em especial a *litiscontestatio*, que representava a concordância das partes em sofrer os efeitos da demanda. Em época na qual o Estado ainda não era forte suficiente para intervir na vida dos cidadãos, tudo dependia da concordância dos sujeitos envolvidos no conflito de se sujeitarem à tutela prestada, acatando o respectivo julgamento. Esse acordo de vontade das partes representado pela *litiscontestatio* romana fez com que os defensores da teoria ora analisada entendessem pela existência de um negócio jurídico de direito privado, concluindo-se a partir dessa premissa que o processo seria um contrato. Atualmente, a teoria guarda importância meramente histórica porque a ideia de sujeição das partes ao processo e a seus resultados é um dos princípios da jurisdição.” (NEVES, 2017, p. 158).

¹⁹ É bastante interessante notar semelhanças entre a antiga *litiscontestatio* do direito romano com as convenções de arbitragem atuais, a qual também é uma atividade jurisdicional (porém de cunho privado) e colocada à disposição das partes.

publicista, e não apenas um compromisso com a proteção dos particulares, isto é, um compromisso privatista. (MARINONI, 2016, p. 27).

Na fase publicista, que vigora até os tempos atuais, os poderes jurisdicionais passam ser mais bem visíveis e delineados, sobretudo com a firmação de 02 (duas) características que explicitam o subsunção do cidadãos ao império jurisdicional do Estado, a sujeição obrigatória e a vinculação automática.

Essa primeira característica denota que a sujeição do cidadão ao comando jurisdicional público não é uma opção, mas sim uma obrigação decorrente da firmação do contrato social. Deriva daí o slogan de que ninguém está isento da força da lei, em razão do princípio da igualdade trazido pelo texto constitucional. Para ser réu em uma ação judicial basta ser indicado como tal em uma petição inicial distribuída ao Poder Judiciário, não havendo a possibilidade de se ignorar o comando de citação sem sair ileso do poderio estatal. Mesmo para aqueles que entendem não serem os legitimados para responder ao pedido, é preciso comparecer formalmente nos autos e trazer sua versão de defesa, sob pena de sofrer os efeitos da presunção de veracidade em razão da revelia.

Esses elementos demonstram que toda pessoa, simplesmente pela singela situação de cidadão que ostenta, traz consigo o ônus de ter de responder à Justiça quando instada para tanto, sendo essa sujeição uma consequência do Estado Democrático de Direito que outorga ao Poder Judiciário a titularidade do poder jurisdicional.

O mesmo se diga quanto à vinculação do cidadão às decisões proferidas pelo Poder Judiciário. É obrigatório o cumprimento de ordens judiciais, sob pena de, em não o fazendo, ter sua vontade substituída pela força estatal, a fim de atingir a situação determinada porém não cumprida voluntariamente.

É bastante nítido que as características da fase publicista da jurisdição não poderiam ser facilmente exercidas por entes que não dispusessem da influência e poder coercitivo suficientes para impor sua decisão, poderes estes que apenas o Estado detêm. Vale recordar que numa demanda sempre teremos a parte sucumbente discordante do resultado proferido, e sem essa força estatal as chances da sentença proferida se tornar meras palavras vazias é significativa.

É o Estado, portanto, o legítimo titular do poder jurisdicional, uma vez que sendo o responsável por propiciar segurança (de todas as espécies) à sociedade, deve reger a jurisdição pública, garantindo que os conflitos particulares sejam solucionados de forma a se preservar a pacificação social, garantido seu cumprimento através de seu poder de império.

2.4. Do gigantismo do Poder Judiciário como causa de má prestação de justiça.

Na atualidade é notório dizer que a Justiça Pública brasileira, representada pelo Poder Judiciário dos Estados e o Federal, presta um serviço jurisdicional bastante deficiente e aquém das expectativas de quem dele se socorre. Entre os operadores do direito, e mesmo entre os jurisdicionados, é consenso o descontentamento, principalmente, com a extrema morosidade na persecução dos processos judiciais, e a superficialidade com que os conflitos são tratados quando submetidos à julgamento.

Através das breves linhas históricas traçadas acerca da jurisdição e do direito de ação nas primeiras linhas deste trabalho, é possível constatar que seu surgimento manteve estreita ligação com a pacificação social, numa era em que sociabilidade era sinônimo de espadas e batalhas, a fim de se evitar a aplicação da Lei de Talião e outras formas de autotutela que não agregariam valores à sociedade ainda em formação. Daí porque a intervenção estatal nos conflitos privados se mostrou como necessária e salutar à época, posto que ao exercer a tutela de forma imparcial e justa passou-se a dar aos conflitos a solução mais razoável possível, e a exigir o cumprimento das partes sem que alguma das partes tivesse que se indispor diretamente com a outra.

Não olvidemos, portanto, que as circunstâncias fáticas, e, sobretudo, os ideais da época justificaram e muito esse modelo, que por tempos mostrou-se eficiente e competente o bastante para entregar à população resultados justos aos conflitos, mantendo a sociedade harmônica e pacificada.

Os problemas começaram a surgir, porém, na inexistência de outros modelos a satisfazer conflitos para os quais a tutela jurisdicional absolutista se mostrava ineficiente. É dizer, a partir de dado momento histórico as relações humanas adquiriram sociabilidade de maneira autônoma e natural, sem que isso fosse colhido a partir da imposição de força. O

respeito ao próximo, e a convivência pacífica mesmo diante das divergentes opiniões, então, passaram a ser premissas mínimas de convivência social.

Ocorre que, a despeito da evolução social nesse sentido, o Estado manteve para si o monopólio da jurisdição, sendo o único capaz de intervir em conflitos para resolvê-lo, mesmo não sendo, por vezes, necessária tamanha intervenção para um conflito diminuto. Em outras palavras, embora a sociedade tenha evoluído como um todo, ainda mantêm um formato unidimensional (e arcaico) de solução de conflitos, concentrado unicamente na jurisdição pública.

Esse monopólio, não por acaso, resultou em um fenômeno conhecido por gigantismo do Poder Judiciário, caracterizado pela discrepância entre o número de processos que são levados ao Poder Judiciário e a real capacidade de julgamento por parte da estrutura judiciária, sobrecarregando o sistema com infindáveis ações judiciais de todas as espécies.

Nesse sentido, números recentes do CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (2021) mostram que no Poder Judiciário Brasileiro, ao final de 2020, tramitavam mais de 75 (setenta e cinco) milhões de processos. São 75 (setenta e cinco) milhões de conflitos submetidos à decisão do Estado.

E a reação natural de um sistema que recebe mais volume de ações do que consegue processar e julgar é a morosidade e lentidão processual. Como numa via congestionada onde existem mais carros que o fluxo permite, está o Poder Judiciário congestionado de processos à espera de uma decisão.

Nesse ponto, interessante ponto de vista é trazido por Rodolfo de Camargo Mancuso quando analisa a primeira solução dita por muitos diante do problema do gigantismo do Judiciário:

São múltiplas as causas do que hoje se vai chamando a crise numérica de processos judiciais, preocupante quadro, a tal ponto completo e disseminado, que o seu efeito direto – o gigantismo da máquina judiciária – acaba por integrar a própria etiologia do problema, de tal modo que o vezo de se ofertar mais do mesmo (mais fóruns, juízes, serventuários, informática, enfim, mais recursos humanos e materiais) além de não apresentar o resultado esperado – ou ao menos não satisfatoriamente em face dos custos incorridos – tem retroalimentado a demanda, fechando assim um perverso círculo vicioso. (MANCUSO, 2015, p. 9).

Fazemos coro à opinião de Mancuso, salientando que o contexto aqui narrado, somado às falsas impressões acerca da ampliação da estrutura judiciária como solução dos problemas apresentados, resulta em situações prejudiciais à quem submete seu conflito ao Poder Judiciário atual, mormente a frustração ante a total inversão das expectativas. É dizer, quem busca o Poder Judiciário possui a legítima expectativa de ver o problema em que está envolvido resolvido. A extrema morosidade do Judiciário, porém, possui o condão de agravar o problema, pois além deste permanecer até a solução ainda não avistada, cria um sentimento de angústia pela demora²⁰.

Ainda segundo o CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (2021), o tempo médio de tramitação de um processo na justiça comum (federal e estadual) é superior a 05 (cinco) anos, tempo por si só incrivelmente alto para se ter uma solução para um problema. Há que se ter em mente, porém, tratar-se de uma média aritmética, certamente puxada para baixo em razão de processos sentenciados rapidamente (como homologações de acordo), não sendo raro nos depararmos com ações judiciais com tempo de tramitação superior a 10 (dez) anos.

Tudo isso torna a tutela jurisdicional distante da agilidade normalmente aplicada nas gestões pessoais, fazendo com que a Justiça brasileira caia em descrédito com os cidadãos. Nessa senda, recente pesquisa (ROCHA, 2021) promovida pelo Instituto Ranking Pesquisa demonstrou que dentre as instituições do país, o Poder Judiciário fora apontado como a de maior credibilidade por apenas 8,30% dos entrevistados.

A morosidade atrai, por consequência, outro problema que será debatido com maior detalhamento adiante, atinente à superficialidade das decisões. Não fosse bastante o grande tempo de tramitação das ações, o resultado final ainda tende a decepcionar aos envolvidos, com decisões que não exploram todas as nuances do caso, gerando a sensação de que os argumentos postos nas razões sequer foram apreciados como deveriam.

²⁰ Não seria fora de propósito recordar a clássica assertiva de Rui Barbosa: “Mas justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes, e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade. Os juízes tardinheiros são culpados, que a lassidão comum vai tolerando. Mas sua culpa tresdobra com a terrível agravante de que o lesado não tem meio de reagir contra o delinquente poderoso, em cujas mãos jaz a sorte do litígio pendente.” (BARBOSA, 2019, p. 58).

Não obstante exista um sentimento coletivo de que o Poder Judiciário preste um serviço ruim e não goze de relevante prestígio com a sociedade, é certo que a Justiça continua sendo continuamente acionada em larga escala, demonstrando existir um comportamento de alta litigiosidade²¹. Embora soe aparentemente contraditório, é certo que no Brasil, embora a Justiça seja alvo de constantes críticas, continua ela sendo a principal ferramenta de solução de conflitos dos brasileiros.

Essa contradição aparente fora bem demonstrada por SEMER (2021), que comparou o crescimento dos litígios com o populacional, e não encontrou uma métrica proporcional, evidenciando que a alta litigiosidade não advém apenas do crescimento populacional experimentado nas últimas décadas:

Em 1990, houve um ingresso de 3.617.064 novos processos; doze anos depois, o volume de entrada tinha quase multiplicado por três: 9.764.616. Um acréscimo de 270% para um crescimento populacional de não mais do que 20%, no mesmo período. Como resume Maria Tereza Sadek, pesquisadora do Poder Judiciário e uma das cronistas da Reforma de 2004: ‘trata-se de um serviço público com extraordinária procura’. (SEMER, 2021, p. 21).

Portanto, temos que uma das causas dos problemas do Judiciário se encontra na alta litigiosidade presente em nossa sociedade²², que faz com que o Poder Judiciário receba mais demandas que consegue julgar, criando um gargalo de casos judiciais no aguardo de uma solução, e que, no afã de ser resolvida rapidamente, termina por ser rasa e incompleta.

²¹ Embora tenha se observado um pequeno retrocesso na relação entre demandas ingressas e julgadas, há de se notar que na série histórica é muito maior o número de ingressos de novas ações que de processos baixados, demonstrando que historicamente a justiça brasileira recebe mais causas que consegue julgar: “O ano de 2017 foi marcado pelo primeiro ano da série histórica em que se constatou freio no acervo, que vinha crescendo desde 2009 e manteve-se relativamente constante em 2017. Em 2018, pela primeira vez na última década, houve de fato redução no volume de casos pendentes, com queda de quase um milhão de processos judiciais. Em 2019, a redução foi ainda maior, com aproximadamente um milhão e meio de processos a menos em tramitação no Poder Judiciário. Em 2020, foi constatada na série histórica a maior redução do acervo de processos pendentes, com a redução de cerca de dois milhões de processos, confirmando a contínua tendência de baixa desde 2017. A variação acumulada nesses três últimos anos foi na ordem de -5,2%. Até 2019, esse resultado derivava do crescente aumento do total de processos baixados, que atingiu o maior valor da série histórica no ano de 2019, valor bem superior ao quantitativo de novos processos no Poder Judiciário, conforme observado nas figuras 53 e 54. Em que pese esse percentual tenha abaixado em 2020, ainda assim se encontra com uma diferença de dois milhões de processos entre a diferença de casos baixados (27,9 milhões) e casos novos (25,8 milhões), o que significa que, em 2020, o judiciário permaneceu julgando mais do que o número de casos novos. Assim, o Índice de Atendimento à Demanda (IAD), que mede a relação entre o que se baixou e o que ingressou, no ano de 2020 foi de 108,2%.” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2021, p. 102/103).

²² “O tempo atual é marcado por este propósito, pois o cidadão tornou-se dependente dos Tribunais. Um templo, que exerce um magnetismo colossal, como se fosse o único local apto a promover um encontro com a Justiça.” (PINHO, 2014, p. 2).

Mas de onde vem o nosso espírito combativo que fomenta a alta litigiosidade aqui mencionada?

2.5. Análise do Poder Judiciário à luz da teoria da modernidade líquida de Zygmunt Bauman.

O sociólogo polonês Zygmunt Bauman cunhou, na segunda metade do século XXI, a expressão *modernidade líquida* para se referir ao período social pós-moderno. Em sua obra, diversos segmentos da sociedade foram revistos sob a ótica da fluidez das relações sociais, qualidade esta, diz o autor, tornava referidas relações cada vez menos intensas e mais rápidas, como se não transpusesse os limites da superficialidade aparente. Embora não tenha sido objeto de um estudo específico, é bastante interessante extrairmos de suas análises determinados atributos para nos auxiliar a entender como o modelo de gestão do Poder Judiciário, e a forma como os jurisdicionados enxergam e provocam o mesmo, tem o transformado num prestador de justiça líquida, justamente por funcionar como um Poder solucionador dos problemas particulares.

Uma das características mais notáveis da teoria da modernidade líquida de Bauman é a importação de conceitos outrora de difícil vinculação à Sociologia. Nesse sentido, ao adjetivar as novas relações sociais como líquidas, o autor traz para as Ciências Humanas elementos da física e química, como fluidez, solidez, além da própria liquidez que intitula seu trabalho. Em visita aos conceitos técnicos das ciências exatas, verificamos que fluidez é uma característica típica de líquidos e gases incapazes de resistir à investida de um objeto pesado, de modo que se deformam com esse encontro, adquirindo novos formatos²³. Imagine um recipiente de material transparente com líquido ou gás colorido dentro. Ao despejarmos um corpo nesse espaço será possível observamos tanto o líquido quanto o gás deformarem-se enquanto o objeto se move no seu interior, amoldando-se ao seu contorno.

Por outro lado, os sólidos possuem características de resistir a esses encontros, neutralizando os impactos ao encontrar-se com o corpo. Permanecem firmes, rígidos, imutáveis,

²³ “‘Fluidez’ é a qualidade de líquidos e gases. O que os distingue dos sólidos, como a Enciclopédia britânica, com a autoridade que tem, nos informa, é que eles ‘não podem suportar uma força tangencial ou deformante quando imóveis’ e assim ‘sofrem uma constante mudança de forma quando submetidos a tal tensão’. (BAUMAN, 2001, p. 6).

tal qual antes, possuindo, portanto, uma qualidade duradoura²⁴ e insuscetível a influências corriqueiras, diferentemente dos líquidos, os quais não mantêm sua forma com facilidade²⁵.

Os sólidos se ocupam do preencher o espaço, sendo que, caso uma força maior não o mova, permanecerá preenchendo um determinado espaço de forma permanente. Por outro lado, líquidos não podem ser associados com espaço, mas sim com o tempo. Essa característica se deve ao fato de mudarem constantemente de forma, mesmo com a mais singela influência (como um sopro), preenchendo os espaços apenas momentaneamente.

Transportando esses conceitos às Ciências Humanas, temos que liquidez/fluidez é uma característica observada na sociedade moderna, a qual apresenta comportamento altamente transitório, ansiando por novidades e estímulos. É facilmente observável em nosso meio comportamentos tendentes a perderem o interesse por coisas presentes com extrema velocidade, tornando-se essas um tipo de incômodo, do que nos livramos sem maiores dificuldades.

Um dos pontos mais comentados por Bauman para exemplificar essa nova sociedade é a forma com que ela se relaciona com o seu consumo. É inegável observar que as pessoas têm alimentado e exercido o desejo de consumirem bens materiais em um ritmo acelerado, bem como estarmos inseridos em ambientes presenciais²⁶ e virtuais altamente convidativos ao consumo exacerbado.²⁷

²⁴ “Os fluidos se movem facilmente. Eles ‘fluem’, ‘escorrem’, ‘esvaem-se’, ‘respingam’, ‘transbordam’, ‘vazam’, ‘inundam’, ‘borrifam’, ‘pingam’ são ‘filtrados’, ‘destilados’ diferentemente dos sólidos, não são facilmente contidos — contornam certos obstáculos, dissolvem outros e invadem ou inundam seu caminho. Do encontro com sólidos emergem intactos, enquanto os sólidos que encontraram, se permanecem sólidos, são alterados — ficam molhados ou encharcados. A extraordinária mobilidade dos fluidos é o que os associa à idéia de ‘leveza’.” (BAUMAN, 2001, p. 7)

²⁵ “Os líquidos, uma variedade dos fluidos, devem essas notáveis qualidades ao fato de que suas ‘moléculas são mantidas num arranjo ordenado que atinge apenas poucos diâmetros moleculares’, enquanto ‘a variedade de comportamentos exibida pelos sólidos é um resultado direto do tipo de liga que une os seus átomos e dos arranjos estruturais destes’. ‘Liga’, por sua vez, é um termo que indica a estabilidade dos sólidos — a resistência que eles ‘opõem à separação dos átomos’.” (BAUMAN, 2001, p. 6).

²⁶ “Nos dias de hoje, os shopping centers tendem a ser planejados tendo-se em mente o súbito despertar e a rápida extinção dos impulsos, e não a incômoda e prolongada criação e maturação dos desejos. O único desejo que pode (e deve) ser implantado por meio da visita a um shopping é o de repetir, vezes e vezes seguidas, o momento estimulante de ‘abandonar-se aos impulsos’ e permitir que estes comandem o espetáculo sem que haja um cenário predefinido”. (BAUMAN, 2004, p. 14).

²⁷ Como resultado desse consumo voraz, é extremamente alto, e preocupante, o índice de brasileiros com o CPF negativado em bancos de dados de proteção ao crédito. Nesse sentido, interessante pesquisa promovida pelo SPC Brasil, mostra que em janeiro, por exemplo, mês seguintes às tradicionais festividades de fim de ano, mais de 90% da população não consegue quitar as contas assumidas no período com seu próprio salário. (SOMENTE, s/d).

Em uma sociedade líquida, as conexões sociais são contaminadas por um movimento egocentrista cada vez mais presente, adquirindo uma qualidade transitória, tornando-se efêmeras e volúveis. Essas características decorrem de uma transformação social que torna o homem moderno um indivíduo cada vez mais solitário e amparado quase que exclusivamente em valores individuais²⁸.

Esse movimento substituiu os valores preservados de outrora. Se antigamente era valoroso cultivar relacionamentos de longo prazo e manter bens de consumo duráveis, temos que hoje o valoroso é justamente o oposto. O cultivo de relações aprofundadas e longevas deu lugar à instantaneidade da vida²⁹, o que também fora observada por Han (2017) quando se reporta à sociedade acelerada.

Essa transitoriedade típicas dos laços pessoais líquidos tem, como etapa final, o descarte do objeto dada a perda de sua utilidade. Conforme dito, os reflexos desse novo cenário social foram estudados por Bauman, sobretudo com ênfase nas relações de consumo e amorosas³⁰. Nelas, os produtos que não mais interessam aos consumidores ávidos por novas versões de um mesmo item são facilmente descartados no lixo, enquanto os relacionamentos amorosos são esquecidos e rejeitados como se nunca tivessem ocorridos.

²⁸ “Daí, podemos considerar que as principais características da sociedade líquido-moderna, é o egoísmo e o exagero do consumismo, que, podem ser traduzidos em uma única palavra, qual seja, individualismo. Este individualismo traz em seu bojo, como principal característica, a superavaliação e importância do bem-estar individual, sobrepondo-se ao coletivo. Não basta ao Estado assegurar a felicidade plena de seus indivíduos, como coletividade, até porque, a cada um deles cabe a incessante busca pelo sucesso individual, o que, claramente, faz surgir novos tipos de conflitos que acabam, por conseguinte, as portas do Poder Judiciário.” (ALVES JUNIOR, 2017, p. 168).

²⁹ “A instantaneidade (anulação da resistência do espaço e liquefação da materialidade dos objetos) faz com que cada momento pareça ter capacidade infinita; e a capacidade infinita significa que não há limites ao que pode ser extraído de qualquer momento — por mais breve e ‘fugaz’ que seja. O ‘longo prazo’, ainda que continue a ser mencionado, por hábito, é uma concha vazia sem significado; se o infinito, como o tempo, é instantâneo, para ser usado no ato e descartado imediatamente, então “mais tempo” adiciona pouco ao que o momento já ofereceu. Não se ganha muito com considerações de ‘longo prazo’. Se a modernidade sólida punha a duração eterna como principal motivo e princípio da ação, a modernidade ‘fluida’ não tem função para a duração eterna. O ‘curto prazo’ substituiu o ‘longo prazo’ e fez da instantaneidade seu ideal último. Ao mesmo tempo em que promove o tempo ao posto de contêiner de capacidade infinita, a modernidade fluida dissolve — obscurece e desvaloriza — sua duração.” (BAUMAN, 2001, p. 118/119).

³⁰ “Em nossa era, a premissa de que tudo que é sólido desmancha no ar vem despojada de ilusões, a partir de um desenvolvimento desenfreado, na busca pelo acúmulo de riquezas e desregulamentação da vida e das instituições, que colocam em questão a crença de que a modernidade esteja pautada unicamente pela certeza e estabilidade. Para Bauman, na modernidade em sua versão líquida, tudo é volátil, as relações humanas e a vida em conjunto (como as relações familiares, de casais, de grupos de amigos, de afinidades políticas e assim por diante), perdem consistência e estabilidade.” (SILVA, 2015, p. 250).

Ainda que Bauman não tenha se debruçado sobre o funcionamento do Poder Judiciário, é possível identificarmos pontos de contato de sua obra no relacionamento dos cidadãos com a Justiça, evidenciando um padrão de conduta próximo ao ocorrido nas searas analisadas pelo sociólogo.

No mundo líquido, onde podemos (e convém) descartar aquilo que não mais nos interessa, o jurisdicionado passa ver o Poder Judiciário como o destinatário de suas relações negociais (e pessoais) falhas e não conclusivas, alimentando-o cada vez mais com demandas, das mais complexas às mais singelas. Há, hodiernamente, uma excessiva judicialização da vida, e a extrema litigiosidade brasileira decorre desse cenário.

Conforme dito, é notório que a sociedade pós-moderna descarta aquilo que não lhe é mais útil. Trocamos de celulares e carros o tempo todo. Experimentamos novos relacionamentos em um intervalo de tempo cada vez menor. Fica-se descontente, depressivo e angustiado com a estabilidade de um emprego, demonstrando sentimentos de desestímulo em posições meramente burocráticas.

Calha registrar, inclusive, a metáfora da *sociedade de controle remoto*, que de modo sintético induz o seguinte questionamento seguido de pronta-resposta: Não está bom?! Troque o canal! As pessoas de nosso tempo, portanto, não sabem lidar como incômodo. Não há paciência, tampouco tolerância. As pessoas simplesmente têm escolhido não sofrer.

Sob outro enfoque, porém com a mesma conclusão, pontua Byung-Chul Han:

A sociedade positiva tampouco admite qualquer sentimento negativo. Desse modo, esquecemos como se lida com o sofrimento e a dor, esquecemos como dar-lhes forma. Para Nietzsche, a alma humana deve sua profundidade, grandeza e fortaleza precisamente ao demorar-se junto ao negativo. Também o espírito humano é um nascimento doloroso: “aquela tensão da alma na infelicidade, que nela acende a fortaleza [...], sua inventividade e valentia no suportar, perseverar, interpretar, explorar a infelicidade e a tudo aquilo que só é presenteado a ela em profundidade, mistério, máscara, espírito, astúcia, grandeza não lhe foi presenteado sob o sofrimento, sob a disciplina do grande sofrimento”. A sociedade positiva está em vias de reorganizar a alma humana de uma maneira totalmente nova. No curso e empuxo de sua positivação, também o amor é nivelado em um arranjo de sentimentos agradáveis e de excitações complexas e sem consequências. (HAN, 2017, p. 12).

Novamente surge no debate o fato de as empresas, notadamente as eletrônicas, perceberem esse novo modo de comportamento e se posicionam de forma a instigar ainda mais

essa face líquida da vida humana, pois tratam de criar mecanismos que favoreçam o descarte de seus próprios produtos, lançando novas versões em poucos meses, e, numa jogada quicá criminosa, impedindo a atualização dos antigos dispositivos. O mesmo ocorre no âmbito dos relacionamentos, sendo que a grande oferta de aplicativos de encontros casuais e programas televisivos do tipo *reality show* incitam como é muito mais vantajoso acumular relacionamentos rápidos e rasos, que longas e íntimas relações.³¹

Diante dessa perspectiva tenebrosa surge o questionamento: Qual a estratégia para se viver nesse mundo? Uma das possíveis respostas para essa indagação é que para se viver nesse modelo de vida atual é preciso aprender a se livrar das coisas:

A liberdade de tratar o conjunto da vida como uma festa de compras adiadas significa conceber o mundo como um depósito abarrotado de mercadorias. Dada a profusão de ofertas tentadoras, o potencial gerador de prazeres de qualquer mercadoria tende a se exaurir rapidamente. Felizmente para os consumidores com recursos, estes os garantem contra conseqüências desagradáveis como a mercantilização. Podem descartar as posses que não mais querem com a mesma facilidade com que podem adquirir as que desejam. Estão protegidos contra o rápido envelhecimento e contra a obsolescência planejada dos desejos e sua satisfação transitória. (BAUMAN, 2001, p. 86).

O ser humano é assim e age dessa forma em suas relações pessoais e profissionais. A felicidade idealizada é atingida quando nos deparamos com situações que podemos rapidamente utilizar e descartar na menor manifestação de conveniência. Outra possível resposta seria que devemos viver na plenitude, mas não na eternidade. Não precisamos viver a eternidade para gozar dos prazeres, porque temos demonstrações constantes de que é possível comprimir os prazeres e desejos para serem vividos numa única vida.

O desafio é compreender que a vida em tempos líquidos é uma vida de consumo, inclusive no sentido recíproco, pois nossos valores também são medidos na proporção de utilidade para outrem. Assim só obtemos aquilo que desejamos porque também somos mercadorias aos olhos do objeto desejado. Se não formos úteis para alguém não teremos como consumir o que é útil para nós. E assim o é porque, igualmente, se não representarmos alguma

³¹ “O problema é que tal processo estará atravessado por valores de uma sociedade marcada pelo consumo, na qual o trabalho e aquisição de bens são vistos e experienciados com dependência. Nesse sentido, se é o que se tem. Isso é sustentado, por exemplo, pelos meios de comunicação que criam um mundo de imagens voláteis, na qual o modo de vida que sobressai é a individualização, que tem uma íntima ligação com a incerteza segurança. Dessa forma, a vida na sociedade líquida configura-se como sendo cheia de armadilhas que, possui com um desdobramento, o medo.” (SILVA, 2015, p. 257).

utilidade para alguém igualmente seremos descartados tal qual descartamos aquilo que não nos é útil. Por tais motivos queremos constantemente agregar valor para nós mesmos, a fim de não sermos substituídos.

Nesse cenário caótico, os conflitos jurídicos se tornam elementos desagradáveis para os cidadãos. Ninguém gosta de lidar com problemas, de ter de resolver problemas. É desgastante, complexo, e aborrecedor. Sem falar que não há certeza³² se, ao final, será possível ter resolvido o conflito. E ao mesmo tempo que temos de lidar com essas celeumas, quando olhamos adiante vemos novas opções mais aprazíveis para desfrutar.

A solução imediata, como ocorre nos demais ramos da vida analisados por Bauman, é descartar o conflito. Ou melhor, terceirizar a solução para o Poder Judiciário. Com essa percepção, o que vemos é a Justiça como o destino final das relações que não deram certo para os cidadãos. Tal qual consumimos bens e serviços em demasia, e transitamos por novos relacionamentos amorosos de maneira volúvel, a fim de suprir nossa ânsia por novos estímulos, nos tornamos consumidores da Justiça. E como tal somos igualmente por ela tratados como consumidores.

Logo, o Judiciário é o depósito das coisas que não deram certo para o homem. O ser humano, despido de talento, para administrar suas frustrações e solucionar seus incômodos, envia para a justiça as relações e produtos que não deseja mais, delegando para o Estado a devida resolução. Não é nada diferente da lógica com que tratamos os demais assuntos da vida³³.

³² “Todos nós estamos acostumados com ocasiões desagradáveis e desconfortáveis em que as coisas ou pessoas nos causam preocupações que não esperaríamos, e certamente não desejaríamos, que causassem. O que torna essas adversidades ("golpes do destino", como às vezes as chamamos) particularmente incômodas é que elas chegam sem aviso - não esperamos que elas cheguem, e com muita frequência não acreditamos que possam estar perto. Elas nos atingem, como dizemos, "como um raio em céu azul" - de modo que não podemos tomar precauções e evitar a catástrofe, já que ninguém espera que caia um raio quando o céu está sem nuvens... A surpresa desses golpes, sua irregularidade, a detestável capacidade de virem de qualquer direção - tudo os torna imprevisíveis e nos deixa indefesos. Enquanto os perigos permanecem eminentemente flutuantes, inconstantes e banais, nós somos seus alvos fixos - há muito pouco que possamos fazer, se é que há alguma coisa, para evitá-los. Essa falta de esperança é assustadora. Incerteza significa medo. Não admira que sonhemos, continuamente, com um mundo sem acidentes. Um mundo regular. Um mundo previsível. Não um mundo de rosto impenetrável - ainda que alguns filósofos, como Leibniz, estejam certos ao afirmarem que mesmo um "mundo perfeito" não seria perfeito se não contivesse alguma dose de aflição, ao menos que esta aflição seja confinada a recintos confiavelmente cercados, bem mapeados e estritamente vigiados e guardados, de modo que se possa saber o que é o quê, onde as coisas estão e quando deve-se esperar que alguma coisa aconteça - e estar pronto para enfrentá-la quando vier. Em suma, sonhamos com um mundo no qual possamos confiar e acreditar. Um mundo seguro.” (BAUMAN, 2007, p. 99/100)

³³ Nesse sentido, relevante apontamento é feito pelo desembargador paulista Marcelo Semer, ao referir-se ao Poder Judiciário como o “guardião das promessas”, demonstrando ser a situação social uma observação mundial e não

Analisando essa relação sob a vertente psicanalítica, não seria exagero dizer que o Poder Judiciário exerce, inclusive, uma influência paternalista sobre a sociedade, corrigindo comportamentos e criando uma realidade imposta na solução dos problemas que surgem. Aparentemente, o ser humano no mundo líquido tem sérias dificuldades em produzir sua própria narrativa, criando carência para a realidade imposta pelos juízes. Nos dizeres de MAUS (2000), a Justiça tem agido como administradora da moral pública.

As unidades judiciárias tornaram-se, nessa realidade, verdadeiras estações de tratamento dos resíduos da vida social por nós descartados. Para alimentar o sistema o Estado tem criado mais varas jurisdicionais, efetivado mais contratação de servidores e juízes, e criado mais procedimentos (mediação, arbitragem). Criamos mais conflitos para resolver outros conflitos³⁴. A relação jurisdicionado-estado passa a ter características de uma típica relação de consumo.

No entanto, tal qual nas relações sociais líquidas o consumismo atua de maneira recíproca, o jurisdicionado também é tratado como mercadoria pelo Poder Judiciário, mas não pessoalmente, e sim através de seus litígios.

apenas local: “O crescimento geográfico da demanda nos tribunais pode ser creditado, sobretudo, à reinstitucionalização trazida pela Constituição Federal em 1988, com grande abertura à democratização da sociedade, mas isso seria insuficiente para explica-lo. Uma sociedade mais complexa, entidades mais estruturadas, informações mais acessíveis, instituições fortalecidas. Ainda assim, há algo de diferente que explicita a contradição que inicia esse capítulo e que é muito bem escrutinada por Antoine Garapon, juiz e cientista político francês, na figura que deu nome ao seu estudo: *O guardião das promessas*. Em um brevíssimo resumo, na falência dos Estados de bem-estar social e a incapacidade do Poder Executivo de prover os pleitos cada vez mais complexos, a sociedade se volta para o Judiciário, em busca de soluções que o Executivo não consegue dar, e ainda para suprir lacunas de uma crônica crise de representação que esvazia a confiança no Legislativo. Paulatinamente, os juízes vão ocupando os espaços vazios, e se transformando em *guardiões das promessas* de uma sociedade que, mais tarde, frustrada, os responsabilizará pelos insucessos.” (SEMER, 2021, p. 26).

³⁴ “Uma vez investido sobre o mundo humano, o medo adquire um ímpeto e uma lógica de desenvolvimento próprios e precisa de poucos cuidados e praticamente nenhum investimento adicional para crescer e se espalhar - irrefreavelmente. Nas palavras de David L. Altheide, o principal não é o medo do perigo, mas aquilo no qual esse medo pode se desdobrar, o que ele se torna. A vida social se altera quando as pessoas vivem atrás de muros, contratam seguranças, dirigem veículos blindados, portam porretes e revólveres, e freqüentam aulas de artes marciais. O problema é que essas atividades reafirmam e ajudam a produzir o senso de desordem que nossas ações buscam evitar. Os medos nos estimulam a assumir uma ação defensiva. Quando isso ocorre, a ação defensiva confere proximidade e tangibilidade ao medo. São nossas respostas que reclassificam as premonições sombrias como realidade diária, dando corpo à palavra. O medo agora se estabeleceu, saturando nossas rotinas cotidianas; praticamente não precisa de outros estímulos exteriores, já que as ações que estimula, dia após dia, fornecem toda a motivação e toda a energia de que ele necessita para se reproduzir. Entre os mecanismos que buscam aproximar-se do modelo de sonhos do moto-perpétuo, a auto-reprodução do emaranhado do medo e das ações inspiradas por esse sentimento está perto de reclamar uma posição de destaque. É como se os nossos medos tivessem ganhado a capacidade de se autopropetuar e se autofortalecer.” (BAUMAN, 2007, p. 15).

Acreditamos, portanto, que a principal causa da extrema litigiosidade brasileira, fenômeno ensejador do gigantismo do Judiciário outrora referido, reside nos elementos líquidos da relação do cidadão com a Justiça, onde aquele enxerga o Poder Judiciário como o lugar para se alocar os problemas advindos de conflitos, que causam desconforto, medo e incerteza para si.

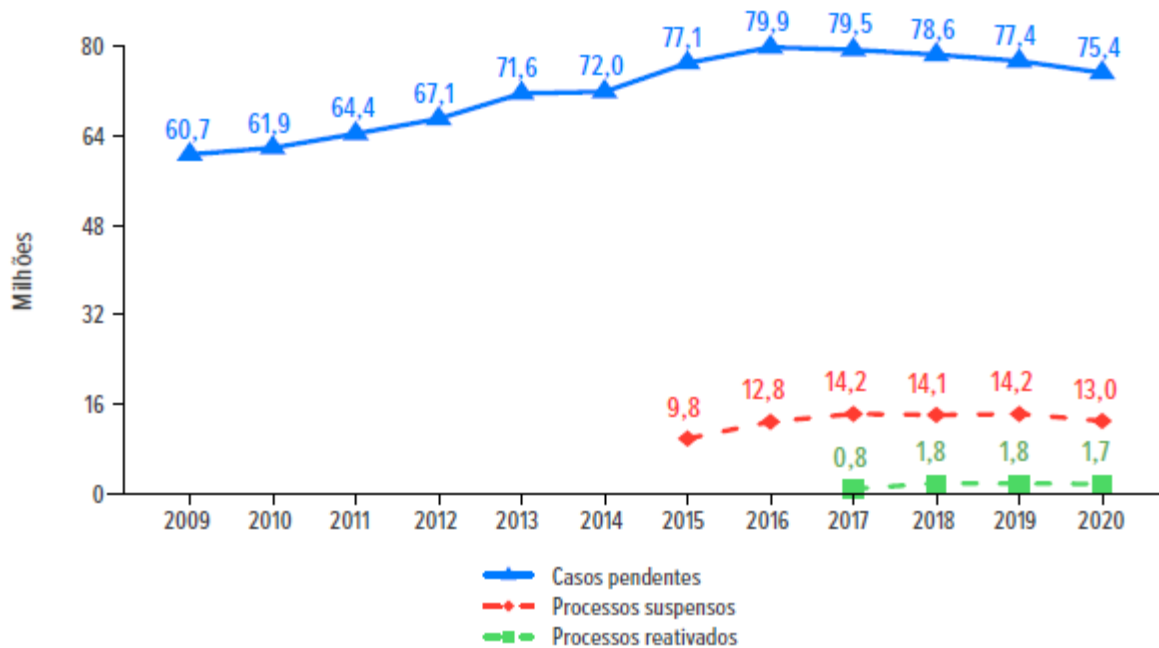
Como se vê, os integrantes de uma sociedade líquida tem dificuldades em gerir os próprios descartes, situação que permite verem o Poder Judiciário como um depósito de suas insatisfações e frustrações, sendo este o principal combustível que faz com que nossos conflitos sejam cada vez mais submetidos para solução por terceiros (juízes), ao invés de serem solucionados por nós mesmos.

2.6. Justiça líquida.

Agora que nos permitimos entender o porquê das pessoas irem com cada vez mais frequência ao Poder Judiciário, resta analisar como ele reage a tamanha intensidade de ações que se aglomeram diante de si. Conforme veremos, um Poder Judiciário formado por integrantes de uma sociedade líquida, dispensará aos casos o mesmo tratamento que fez com que a demanda fosse distribuída para seu julgamento.

De início, convém recordar o dado estatístico acima mencionado no que concerne ao número de processos em andamento, o qual demonstra que no final de 2020 tramitavam na Justiça brasileira, segundo o CNJ (2021), mais de 75 (setenta e cinco) milhões de processos. Esse número abissal de processos é um indicativo clarividente da incapacidade do Judiciário em gerir tantos conflitos, sobretudo quando verificamos no relatório do Conselho Nacional de Justiça – CNJ que o estoque de processos sofreu intenso crescimento na última década, não obstante tenha iniciado um tímido decréscimo a partir de 2017:

Figura 1 – Série histórica dos casos pendentes



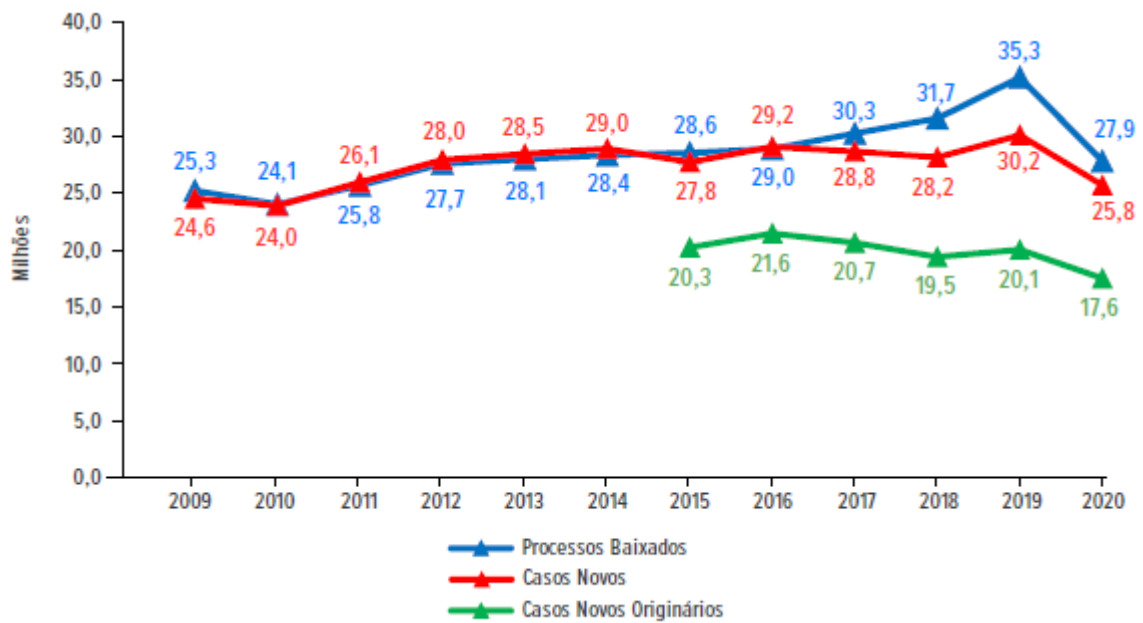
Fonte: CNJ, 2021.

O crescimento do estoque observado no gráfico da Figura 1 não significa, no entanto, baixa produtividade³⁵, pois o Poder Judiciário na ânsia de diminuir o estoque de seus feitos tem implementado metas agressivas para a finalização de processos, sendo certo que em 2020 houve expressivo aumento no encerramento de casos, contudo, o estoque permanecia idêntico.³⁶ Os números indicam, portanto, que o Judiciário recebe uma carga extremamente elevada de litígios, mas também encerra um número bastante alto de casos, revelando-se uma justiça numericamente produtiva, mas pouco eficiente.

Figura 2 – Série histórica de casos novos e processos baixados

³⁵ “Durante o ano de 2020, foram proferidas 25 milhões de sentenças e decisões terminativas, conforme Figura 55, com redução de 6.569 mil casos (-20,8%) em relação a 2019. É provável que tais números também tenham sido impactados pela pandemia de 2020, tendo em vista que o primeiro grau, onde houve mais queda, 23,3%, exige uma instrução probatória mais detalhada. As decisões terminativas no segundo grau, em que a instrução probatória já se encontra encerrada nos julgamentos recursais, reduziu em menor ordem de grandeza, 8,2%..” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2021, p. 104).

³⁶ “Durante o ano de 2020, em todo o Poder Judiciário, ingressaram 25,8 milhões de processos e foram baixados 27,9 milhões, conforme Figura 53. Houve decréscimo dos casos novos em 14,5%, com redução dos casos solucionados em 20,8%. A demanda pelos serviços de justiça assim como o volume de processos baixados diminuíram em relação ao ano anterior. Além de 2019 ter apresentado o maior valor da série histórica, o número foi impactado pela pandemia covid-19. Se forem consideradas apenas as ações judiciais efetivamente ajuizadas pela primeira vez em 2020, sem computar os casos em grau de recurso e as execuções judiciais (que decorrem do término da fase de conhecimento ou do resultado do recurso), tem-se que ingressaram 17,6 milhões ações originárias em 2020, -12,5% do que no ano anterior.” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2021, p. 103).



Fonte: CNJ, 2021.

Conforme se verifica, no modelo de justiça que lida com um gigante número de casos para ser julgado, o foco da gestão está nos números, e não na resolução do conflito propriamente dito, situação que justifica a cada vez mais baixa qualidade das decisões judiciais, por vezes, causando estranhamento nas decisões de causas semelhantes e resultados dicotômicos, causando o fenômeno da insegurança jurídica cada vez mais recorrente no país.

Com efeito, a grande demanda de processos, somada ao natural anseio da população por soluções aos mais diversos dilemas distribuídos nos fóruns, precisa de alguma forma ser gerenciada. Esse gerenciamento, no entanto, tem sido administrado como dados (estoque), que tal qual os conflitos, também acabam sendo descartados, posto que julgados sem a preocupação de entrega da efetiva justiça.

Essa situação fora observada por outros juristas, que também notaram o tratamento tipicamente consumerista dispensado pelo Judiciário ao jurisdicionado. Nesse sentido:

Logo que instituído, o CNJ procurou buscar eficiência na administração da justiça. Contudo, assim o fez sem maiores preocupações quanto aos fundamentos da explosão da litigiosidade, centrando-se, quase que exclusivamente, na questão relativa ao rápido julgamento das causas. A preocupação com a celeridade na solução dos litígios exteriorizou-se pela imposição de metas de produtividade aos juízes. Isto, como se os membros do Judiciário fossem prestadores de serviços ao mercado consumidor, sendo

o cidadão que tem seu direito violado, um mero cliente. Com a imposição de metas, partiu-se do pressuposto de que o Judiciário é lento porque os respectivos membros não julgam as causas rapidamente como se deveria. Considera-se, em outros termos, o Judiciário um poder de baixa produtividade. (BEZERRA, 2016).

A administração normal do processo regulada pelos procedimentos previstos na legislação processual tem como etapa final a entrega do resultado ao jurisdicionado na forma de sentença judicial. Em um cenário ideal, as sentenças deveriam resolver o problema que compõem o mérito da causa (art. 4º, CPC). Contudo, é sabido que vícios formais, por vezes, impedem o julgamento de mérito, resultando também em sentenças, porém, sem conteúdo decisório de mérito. Trata-se, certamente, de um resultado meramente formal, mas que não soluciona o litígio existente entre as partes, podendo, inclusive, ser considerado como um resultado inútil, uma vez que além de não resolver a lide, permite que nova ação idêntica seja novamente ajuizada, repetindo o processo (art. 486, CPC).

Essa possibilidade demonstra, por si só, que o resultado final da ação jurisdicional não necessariamente é a distribuição de justiça, mas de uma decisão. Ou seja, o comprometimento da jurisdição está na entrega de uma decisão ao jurisdicionado, cujo conteúdo subjetivamente poderá ser compreendido como justo, ou não, pela parte destinatária.

Outrossim, quando se julga o mérito da causa, naturalmente se tem uma parte vencedora e outra perdedora, ainda que em parcela dos pedidos reciprocamente formulados. Para fundamentar a opção por uma sentença de procedência ou improcedência, deve o Magistrado fundamentar precisamente sua decisão, justificando suas razões de decidir, a fim de embasar o conteúdo decisório de sua manifestação.

O que tem se observado notadamente nas instâncias ordinárias (1º e 2º grau), no entanto, é que sentenças meramente formais têm ocupado um lugar de destaque na produção judicial, pois, estatisticamente os tribunais reconhecem como produção uma sentença lavrada mesmo que não julgue o mérito da causa. Por outro lado, mesmo quando julgam o mérito, tem se tornado habitual decisões que não enfrentam todos os argumentos da demanda, ou pouco (até mesmo nada) justifiquem suas razões. No mesmo sentido, decisões genéricas e padronizadas é uma constante no cotidiano forense.

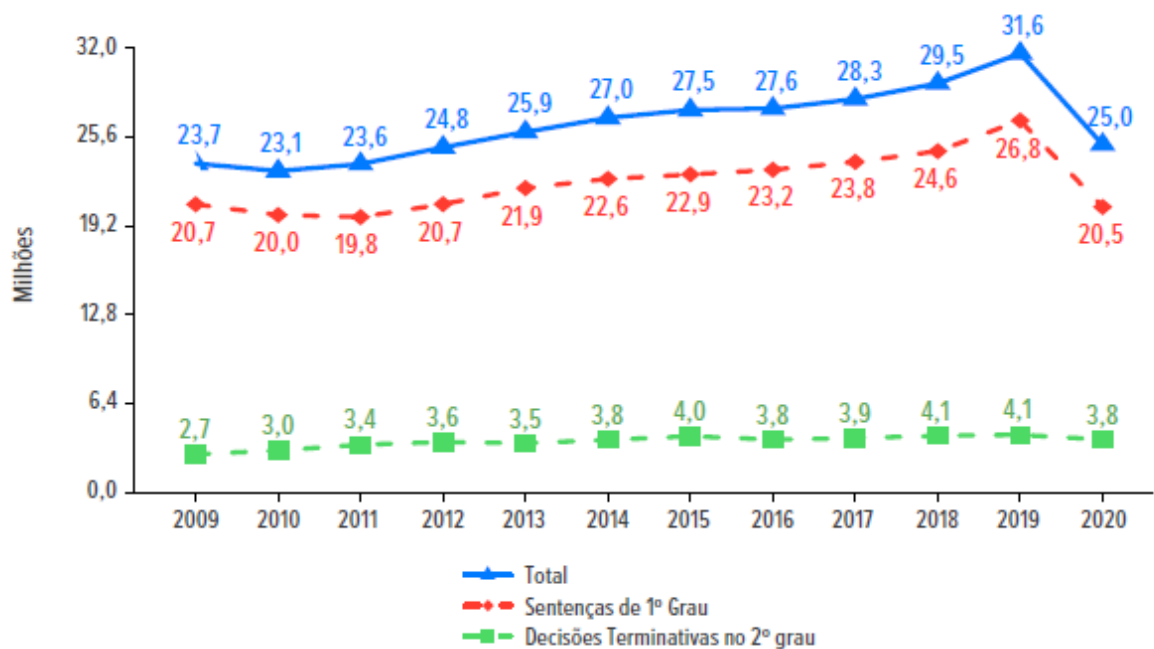
2.7. Os prejuízos operacionais de uma justiça líquida.

Utilizando o cenário acima descrito como pano de fundo, não deixa de chamar a atenção o fato de que a insatisfação com o Poder Judiciário é tamanha que motivou a por meio da Emenda Constitucional nº 45/04 (popularmente conhecido como “Reforma do Judiciário”), a criação do CNJ, cujos relatórios embasam o presente trabalho. Dentre as funções do conselho destacamos o controle administrativo do Poder Judiciário (art. 103-B, §4º, CF/88) e o exercício do controle estatístico de sua produtividade (inciso VI).

Essa incumbência implementou um perfil corporativo ao Poder Judiciário, e um modelo de gestão que exige de seus servidores e magistrados o cumprimento de metas de produtividade. Nesse contexto, ferramentas³⁷ como medidores de produtividade, recorribilidade, e índices como estoque e taxa de congestionamento tornaram-se presentes no cotidiano forense. O enfrentamento de um estoque exacerbado e uma taxa de congestionamento altíssima é certamente elemento que desagrade a todos, e, em uma sociedade líquida, é de se esperar que esses elementos sejam administrados, forçando o crescimento da produtividade da Justiça, que, nesta década, apresentou uma exponencial evolução:

Figura 3 – Série histórica das sentenças e decisões

³⁷ Em consulta ao relatório do Conselho Nacional de Justiça os indicadores de desempenho da Justiça são medidos pelos seguintes indicadores: **a) Casos Novos por Magistrado:** indicador que relaciona o total de processos ingressados de conhecimento e de execução extrajudicial com o número de magistrados em atuação, não computadas as execuções judiciais. **b) Casos Novos por Servidor:** indicador que relaciona o total de processos ingressados de conhecimento e de execução extrajudicial com o número de servidores da área judiciária, não computadas as execuções judiciais. **c) Carga de Trabalho por Magistrado:** este indicador calcula a média de trabalho de cada magistrado durante o ano de 2019. É dado pela soma dos processos baixados, dos casos pendentes, dos recursos internos julgados, dos recursos internos pendentes, dos incidentes em execução julgados e dos incidentes em execução pendentes. Em seguida, divide-se pelo número de magistrados em atuação. Cabe esclarecer que, na carga de trabalho, todos os processos são considerados, inclusive as execuções judiciais. **d) Carga de Trabalho por Servidor:** mesmo procedimento do indicador anterior, porém com a divisão pelo número de servidores da área judiciária. **e) IPM (índice de produtividade dos magistrados):** indicador que computa a média de processos baixados por magistrado em atuação. **f) IPS-Jud (índice de produtividade dos servidores da área judiciária):** indicador que computa a média de processos baixados por servidor da área judiciária. **g) IAD (índice de atendimento à demanda):** indicador que verifica se o tribunal foi capaz de baixar processos pelo menos em número equivalente ao quantitativo de casos novos. O ideal é que esse indicador permaneça superior a para evitar aumento dos casos pendentes. **h) Taxa de congestionamento:** indicador que mede o percentual de casos que permaneceram pendentes de solução ao final do ano-base, em relação ao que tramitou (soma dos pendentes e dos baixados). Cumprir informar que, de todo o acervo, nem todos os processos podem ser baixados no mesmo ano, devido à existência de prazos legais a serem cumpridos, especialmente nos casos em que o processo ingressou no final do ano-base. **i) Índice de processos eletrônicos:** indicador que computa o percentual de processos ingressados eletronicamente (divisão do total de casos novos eletrônicos pelo total de casos novos, exceto as execuções judiciais). **j) Recorribilidade interna:** indicador que computa o número de recursos internos interpostos em relação ao número de decisões terminativas e de sentenças proferidas. **k) Recorribilidade externa:** indicador que computa o número de recursos encaminhados aos tribunais em relação ao número de acórdãos e de decisões publicadas.



Fonte: CNJ, 2021.

Ocorre que, paralelamente ao crescimento da produtividade judicial, além de tal fato não influenciar, necessariamente, na boa prestação de Justiça, é opinião assente na advocacia a má qualidade com que os julgadores brasileiros têm julgado os processos a ele submetidos, propiciando, inclusive, o sentimento de que os casos não são analisados na totalidade, peças e teses não apreciadas na íntegra, e litígios que, embora obtenham um resultado final formal, não representa a justiça que ali poderia ser produzida.

O advento do Código de Processo Civil (CPC) de 2015, inclusive, demonstra bem como a insatisfação geral com a produção judiciária exigiu fossem tornadas leis proibições a comportamentos judicantes altamente prejudiciais à uma efetiva distribuição de justiça, mas que, lamentavelmente, eram (e ainda são) presentes a todos que laboram no contencioso.

Referimo-nos, principalmente, à (agora) expressa proibição da chamada “decisão surpresa” (art. 10, CPC), a qual impede uma sentença terminativa baseada em elemento de fato ou direito sobre o qual a parte contrária não tenha exercido o contraditório, e, também, à exemplificação de situações trazidas pelo art. 489, §1º, que não consideram fundamentadas as decisões judiciais nela incorridas. Foi preciso o código deliberadamente exigir do Poder Judiciário a efetiva análise das particularidades de cada caso, impedindo (ou tentando) a prática de sentenças e decisões modelo.

A inovação trazida pelo art. 489, §1º, CPC, dividiu opiniões na própria Magistratura, tendo as principais associações de magistrados do Brasil publicamente criticado o dispositivo³⁸, sob a justificativa de dificultar o trabalho judicial, enquanto outros aplaudiram a inovação³⁹.

No mesmo sentido, a nova codificação materializou o princípio da primazia do julgamento de mérito, então inexistente de maneira expressa no CPC/73, ao determinar que os jurisdicionados tenham o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa, evidenciando que muitos dos resultados praticados pelo Poder Judiciário são meramente formais, e não pacificam os conflitos⁴⁰.

Não há como desvincular os elementos da gestão do Poder Judiciário da modernidade líquida presente em outros segmentos da vida social. A proximidade da realidade judiciária com a modernidade líquida se revela mais saliente na porta de entrada dos processos. Afinal, por qual razão existem tantos processos no Judiciário? Pode-se apontar, de imediato, a própria natureza humana de não saber lidar com os problemas cotidianos. Resolver problemas e esclarecer situações custa tempo e demanda muita energia. Em dado momento, soa prático e cômodo destinar o problema para que outros (juiz) o resolvam. É nesse ponto que o Poder Judiciário surge com atraente chamariz de solucionador de problemas.

Assim, o número de litígios excessivamente superior ao que conseguiria normalmente administrar levou o CNJ a adotar uma política de gestão do estoque de processos própria de empresas e indústrias, exigindo dos magistrados o atingimento de metas de produtividade visando entregar o maior número de resultados à população. A preocupação com

³⁸ Conforme VASCONCELLO (2015, s/p).

³⁹ Sobre o assunto, recomendamos a leitura de SOUSA (2018).

⁴⁰ “O processo (ou fase) de conhecimento foi projetado pelo legislador para resultar em um julgamento de mérito. Por essa razão, essa espécie de julgamento é considerada o fim normal dessa espécie de processo ou fase procedimental. Naturalmente, nem sempre isso é possível no caso concreto, devendo o sistema conviver com o fim anômalo do processo ou fase de conhecimento, que se dá por meio da sentença terminativa (art. 485 do Novo CPC). Tendo sido o objetivo do legislador, ao criar o processo ou fase de conhecimento, um julgamento de mérito, naturalmente essa forma de final é preferível à anômala extinção sem tal julgamento, motivada por vícios formais. Somente essa distinção entre fim normal e anômalo já seria suficiente para demonstrar que há um natural interesse no julgamento do mérito no processo ou fase de conhecimento considerando-se ser sempre preferível o normal ao anômalo. A solução definitiva da crise jurídica, derivada da coisa julgada material, que dependerá de uma decisão de mérito transitada em julgado, é outra evidente vantagem no julgamento de mérito quando comparado com a sentença terminativa.” (NEVES, 2017, p. 214).

a quantidade produtiva, no entanto, surge na contramão daquilo que se espera do Poder Judiciário, pois embora se tenham resultados num espaço de tempo teoricamente menor a qualidade das decisões judiciais tem sido objeto de críticas pela incapacidade em resolver efetivamente os conflitos, dada sua habitual superficialidade e excesso de objetividade.

3- DA NECESSIDADE DE OTIMIZAR A PRESTAÇÃO JURISDICIONAL.

Conforme demonstramos no capítulo inaugural, o atual modelo de gestão implementado pelo Poder Judiciário somado às características do momento social pós-moderno resulta num modelo presente de justiça líquida, onde os jurisdicionados descartam seus problemas, terceirizando sua resolução para o Poder Judiciário, e este, em razão de um gigante número de casos submetidos para apreciação, busca meios de gerir sua produção visando aumentar o número de suas decisões judiciais, como a implementação de metas agressivas para seus integrantes, levando à resultados rasos e incompletos, aumentando a sensação de injustiça. Esse descompasso existente não tem passado despercebido e ao longos dos anos diversas medidas legais foram implementadas sob a promessa de se melhorar a prestação jurisdicional. Ocorre que apesar dos esforços, ainda é patente o sentimento de uma justiça deficitária e morosa. O que buscamos apontar nesse capítulo é que talvez a atenção do legislador esteve focada mais nas consequências do que nas causas do real problema jurisdicional, e pretendemos apresentar aqui uma sugestão se formatar uma relação mais saudável da população com o Poder Judiciário.

3.1. Por que precisamos constantemente pensar em melhorar a Justiça?

Conforme expusemos anteriormente, é consenso entre os operadores do direito a má prestação jurisdicional presente no Poder Judiciário brasileiro, a qual é marcada por uma morosidade descomunal na solução dos litígios, somada à decisões judiciais incompletas e pouco efetivas, sintomas esses que possuem o condão de gerar baixa confiança na população sobre a efetividade dos processos judiciais.

É possível mensurar essa falta de fidedignidade através de pesquisas que buscam aferir a confiança da população nas instituições. Nesse sentido, a Fundação Getúlio Vargas (FGV), através da Escola de Direito de São Paulo, em projeto coordenado pela Prof.^a Luciana de Oliveira Ramos, mede desde 2009 o Índice de Confiança na Justiça Brasileira – ICJBrasil, o qual busca aferir o sentimento da população em relação ao Judiciário brasileiro.

De acordo com o levantamento mais recente do ICJBrasil (RAMOS, 2021), entre novembro de 2020 e janeiro de 2021, período de coleta dos dados para a pesquisa, menos da metade da população brasileira confia no Poder Judiciário (40%), ao passo que a maioria (60%)

não possuem confiança na Justiça brasileira, sendo que outras instituições apresentaram maior índice de confiança, como a Polícia (44%), Ministério Público (45%), Imprensa Escrita (47%), Grandes empresas (49%), Igreja católica (53%) e Forças Armadas (63%).

A confiança no Poder Judiciário apresentou variação relevante no decorrer das últimas pesquisas (RAMOS, 2021), sendo de 24% em 2017, de 32% em 2015 e 29% em 2013. Ou seja, no interregno de quase 01 (uma) década em que o ICJBrasil é compilado, o Poder Judiciário tem sido alvo de uma baixa confiança pela população brasileira.

As causas para essa desconfiança são variadas e multifatoriais, sendo certo que os elementos de uma Justiça Líquida, já dissertados no capítulo anterior, sobretudo a extrema morosidade e os resultados rastos e superficiais, certamente contribuem de forma significativa para esse resultado desolador. Analisando o fenômeno da crise do Judiciário, disserta a Prof.^a Fernanda Tartuce:

Em virtude da crise do sistema judicial de administração e distribuição da justiça, ensejada principalmente pela limitação de recursos materiais e humanos, a prestação da tutela jurisdicional tem se verificado com grandes percalços. Obstáculos têm sido verificados no acesso às Cortes de Justiça por múltiplos fatores. Além de notórios problemas na gestão administrativa de aparatos judiciais complexos, há tanto a existência de uma demanda reprimida, impossibilitada de fazer uso do sistema jurisdicional, como também a perversa verificação de uma litigância estimulada por quem se vale do uso da jurisdição estatal para obter vantagens diversas. Deve-se reconhecer, infelizmente, que o Poder Judiciário é visto por muitos como o mais burocratizado e ineficiente dos poderes estatais, além de ser considerado o mais ritualista e mais refratário à modernização. Tais circunstâncias atrapalham a superação da morosidade de sua atuação, especialmente em face do “esclerosamento de suas rotinas operacionais”. (TARTUCE, 2018, p.160).

Além dos problemas com aspectos materiais, verificados pelo número deficitário de servidores/magistrados⁴¹ e a própria limitação financeira imposta ao ente jurisdicional⁴²,

⁴¹ Apesar de ser uma carreira desejada por muitos, e de forte prestígio, o relatório Justiça em Números do CNJ (2021) revela dados que indicam um déficit considerável na magistratura brasileira: “Ao final de 2020, havia 22.695 cargos de magistrados(as) criados por lei, sendo 17.988 providos e 4.707 cargos vagos (20,7%), conforme Figura 44. Esse patamar tem se mantido constante durante a série histórica, apresentando maior valor (23%) em 2012 e 2013 e menor percentual em 2014 (17,4%).”

⁴² Segundo os dados mais recentes publicados pelo CNJ (2021) o orçamento do Poder Judiciário brasileiro no ano-base 2020 foi de R\$ 100,06 bilhões de reais, valor este correspondente a 1,3% do Produto Interno Bruto (PIB) de todo o país, ou a 11% dos gastos totais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Apesar de ser uma glosa imensa, os valores parecem ser mal distribuídos. De acordo com o CNJ (2021): “A despesa da Justiça Estadual, segmento que abrange 77% dos processos em tramitação, corresponde a aproximadamente 58% da despesa total do Poder Judiciário (Figura 28 e Tabela 4). Na Justiça Federal, a relação é de 14% dos processos para 12% das despesas, e na Justiça Trabalhista, 6% dos processos e 20% das despesas. Na Justiça Militar é onde está a maior relação entre despesas e processos, sendo proporcionalmente o segmento de maior custo.”

bem como das técnicas processuais que permitem o alongamento das discussões em Juízo, e também permitem sejam proferidas decisões tão objetivas que sequer analisam a lide a fundo⁴³, ainda é possível verificar outras problemáticas na utilização do sistema jurisdicional público, como apontado por TARTUCE (2018), ao indicar a incerteza do resultado final como fator de angústia.

A ausência de certeza quanto ao resultado final do processo é, de fato, uma desvantagem natural de quem se socorre da tutela jurisdicional para solucionar seu conflito. Dizemos isso pelo fato de que, num cenário ideal, as pessoas mais aptas para resolverem problemas pessoais são os próprios envolvidos no problema. Ninguém melhor que o ofendido sabe qual o limite de sua capacidade de espera, e de que maneira, de fato, o dano suportado poderá ser recomposto. Da mesma forma, apenas o agente responsável pela reparação sabe a melhor forma de providenciar a recomposição dos danos sem que isso implique em um dano para si. No entanto, a partir do momento em que as partes não conseguem (e muitas vezes sequer tentam) alinhar os interesses em torno do conflito, e partem para a intervenção jurisdicional, o responsável pela solução passa a ser uma pessoa desconhecida – Juiz(a) de Direito – com valores e experiência de vida muitas vezes distintas das partes – que se valerá para formar sua convicção da narrativa e das provas produzidas por outros terceiros – Advogados – contratados pelas partes.

⁴³ Referimo-nos, aqui, às constantes decisões proferidas pelos tribunais reforçando a ideia de que os Magistrados não são obrigados a apreciar todos os pedidos da causa, indo na contramão do instituído pelo art. 489, §1º, IV, CPC, frustrando partes e advogados que sequer têm seus argumentos devidamente analisados. Nesse sentido pontou Lucca (2013) em sua dissertação de Mestrado: “Tal postura decorre de uma má compreensão da função do dever de motivação das decisões judiciais e do significado de ‘questões relevantes ao processo’. Há uma crença jurisprudencial generalizada de que é o juiz quem deve escolher quais alegações das partes são dignas de apreciação, filtrando aquilo que não considerar pertinente. Como consequência, a motivação acaba se tornando uma exaltação das razões que fundamentam o dispositivo, ignorando completamente tudo o que foi produzido pela parte sucumbente. A decisão diz por que o vencedor venceu, mas não diz por que o sucumbente perdeu. Trata-se, repete-se, de uma deturpação lógica insustentável. De um lado, a omissão na motivação fática é tão grave quanto a omissão na parte dispositiva, pois cada causa de pedir não analisada implica uma demanda não julgada. De outro, omissões relativas a alegações jurídicas e provas produzidas pelas partes são gravíssimas ofensas aos princípios do contraditório e da ampla defesa, além de evidenciarem parcialidade do julgador, o qual deixa de enfrentar elementos que poderiam prejudicar a decisão que resolveu arbitrariamente tomar.” Justifica-se, pela questão temporal (uma vez que o trabalho de Lucca fora publicado antes do advento do novo CPC, que formalizou o dever da fundamentação ampla) que a postura criticada pelo autor ainda permanece na jurisprudência dominante do STJ: “Conforme entendimento pacífico desta Corte: ‘O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. A prescrição trazida pelo art. 489 do CPC/2015 veio confirmar a jurisprudência já sedimentada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida.’” (STJ, EDcl no AgInt no AREsp 1743203. Relator Min. Francisco Falcão. Brasília, DF. Data de Julgamento: 23.05.2022.).

Ou seja, submeter um conflito privado para a solução estatal nada mais é senão terceirizar a resolução da celeuma, abrindo-se mão da autonomia sobre o resultado para aceitar, com anterioridade, à futura decisão estatal. É certo que com estudo e boa técnica empregada pelos advogados, é possível antever, com boa margem de segurança, o resultado final da ação. No entanto, por ser o direito uma ciência não exata, é impossível prever com de certeza o resultado final, o que contribui para o sentimento de angústia⁴⁴ narrado.

Some-se a isso o fato da morosidade ser o principal elemento recordado por quem não confia na Justiça, pois todos, de forma direta ou indireta, sofrem com a demora injustificada dos andamentos processuais.

É fácil perceber, portanto, que o Poder Judiciário possui diversos problemas que formam a tão falada crise de justiça, o que deve motivar uma constante análise para buscar uma continuada melhora nesse serviço.

3.2. Há uma crise do Judiciário?

Conforme já mencionamos alhures, a base epistemológica do presente trabalho passa pelo reconhecimento, como premissa, de que o modelo de prestação jurisdicional implementada pelo Poder Judiciário brasileiro encontra-se diante de uma gama de problemas sociais e estruturais, que torna dificultosa a experimentação prática dos benefícios de um sistema de resolução de conflitos estatal. A soma das dificuldades e os baixos resultados das tentativas de mitigá-los resulta num fenômeno intitulado por muitos como “crise do Judiciário”.

⁴⁴ Conforme reportamos no capítulo inicial desta tese, uma das características marcantes dos tempos líquidos vividos na relação da sociedade com o Poder Judiciário consiste na administração de medos e angústias provenientes do momento social, que traz como resultado a cultura do descarte, que pode ser visualizada na terceirização dos problemas para o Poder Judiciário, que, em resposta, e no cumprimento do ofício teórico de administrar a Justiça, entrega resultados distantes do sentimento de justiça das partes, até mesmo pelo fato da incerteza do resultado impedir tal presunção. Nesse sentido registrou Bauman: “Nos tribunais individuais de justiça, acusado, júri e juiz se confundem em uma única pessoa, a qual também redige seu próprio código de normas de procedimento ad hoc enquanto é julgada. Não há regras universalmente aceitas às quais todos os tribunais individuais sejam obrigados a se referir, ou a que possam recorrer com credibilidade e de modo autorizado. As sentenças podem ser contestadas - mas inevitavelmente em outro tribunal, também individual, capaz de proceder segundo regras bem diferentes e de ser guiado por outros princípios. O que é considerado justo em um tribunal individual pode ser rejeitado por outro como uma grotesca imitação de justiça, enquanto as premissas comuns entre as cortes são muito instáveis e voláteis, e a comunicação muito superficial e contingente, para que se possam resolver suas discordâncias e chegar a uma decisão verdadeiramente satisfatória para ambos.” (BAUMAN, 2018, p. 67)

Para entendermos esse fenômeno é preciso, antes de tudo, buscar um conceito de crise, e verificar se as situações vivenciadas pelo Poder Judiciário, devidamente reportadas em trabalhos anteriores, permitem a utilização dessa expressão sem maiores erros.

Primeiramente, visitando o significado do verbete “crise” no Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa (CRISE, 2022), encontramos a seguinte definição: “Momento em que se deve decidir se um assunto ou o seguimento de uma ação deve ser levado adiante, alterado ou interrompido; momento crítico ou decisivo.”

Temos ainda, de acordo com o mesmo dicionário (CRISE, 2022), a seguinte conceituação: “Estado em que a dúvida, a incerteza e o declínio se sobrepõem, temporariamente ou não, ao que estava estabelecido como ordem econômica, ideológica, política etc.: Crise religiosa. Crise moral. Crise dos costumes.” E finalmente: “Conjuntura desfavorável; situação anormal e grave; conflito, tensão, transtorno: Crise internacional. Crise do sistema monetário.”

Registramos anteriormente que os principais problemas enfrentados pelo Poder Judiciário no atual momento social pós-moderno, caracterizada por uma sociedade líquida e de consumo, denota um sistema que recebe um número de conflitos bastante superior à sua capacidade de processamento, gerando um volumoso estoque de processos à espera de uma solução, situação duplamente angustiante, tanto para quem aguarda por anos para uma solução final, como para quem julga, que necessita gerenciar esse volume, reduzindo a qualidade das decisões⁴⁵.

⁴⁵ Urge esclarecer que a respeito da gravidade dos problemas enfrentados, não se pode atribuir exclusivamente ao Poder Judiciário a responsabilidade pelas suas dificuldades. Em verdade, o Estado, como um todo, apresenta-se em crise, mormente após a passagem do Estado Liberal para o Estado Social, onde diversos direitos passam a ser garantidos para a população, porém sem a devida entrega pelos outros Poderes da República, transferindo para o Judiciário o dever de suas garantias. Nesse sentido: “Com isto, o Poder Judiciário é obrigado a intervir em locais onde predominava a atuação do Executivo – ensejando a inclusão do Judiciário no espaço da política –, no sentido de assegurar o cumprimento das promessas sociais do novo modelo de Estado, o que acarretou uma explosão da litigiosidade no âmbito jurídico e a consequente juridicização da política. Nesse sentido, de acordo com Tassinari, “pode-se dizer que a judicialização apresenta-se como uma questão social. A dimensão desse fenômeno, portanto, não depende do desejo ou da vontade do órgão judicante”. É uma decorrência da passagem do Estado Social para o Estado Democrático de Direito e a consequente transferência do polo de tensão para o Poder Judiciário, a quem incumbiu concretizar as promessas não cumpridas pelo Poder Executivo (e Legislativo?). O Poder Judiciário passa a ser um “locus de concretização de direitos previstos mas não cumpridos pelos demais poderes”. Entretanto, consoante Lucas, essa nova característica do conteúdo inerente aos conflitos que passam a ser objeto de sua apreciação acabam por instaurar uma situação paradoxal, tendo em vista que, “ao mesmo tempo em que define a Jurisdição como novo campo para a defesa dos interesses coletivos, revela as limitações e precariedades da racionalidade jurídica para o trato dessa mesma conflitividade coletiva”. A crise se dá no momento em que a jurisdição moderna se torna incapaz de atender aos conflitos contemporâneos advindos da criação dos direitos sociais.” (SAID FILHO, 2017, p. 185/186)

Conjugando os problemas aqui analisados, somada à letargia do Estado em criar uma solução eficiente para as dificuldades vivenciadas⁴⁶, a análise literal à luz da interpretação gramatical do significado de crise permite concluir que o Poder Judiciário encontra-se em um momento de crise.

Para além da literalidade, é possível verificar na sociologia um conceito de crise que também abraça as situações aqui narradas e vivenciadas pelo Poder Judiciário. Nesse sentido:

... se uma outra compreensão do termo for procurada, é possível encontrar referência no campo estético, principalmente na literatura. Nesse caso, a crise adquire o significado de uma encruzilhada que permanece como perspectiva interna à identidade das pessoas que lutam por uma salvação, ou seja, o sujeito tem de se debater internamente em razão de um conflito normativo que vai de encontro à sua identidade. Transportando esse conceito para as ciências sociais, pode-se encontrar menções ao conceito teórico sistêmico de crise, fornecido por Habermas: ‘Conforme esta perspectiva sistêmica, as crises surgem quando a estrutura de um sistema social permite menores possibilidades para resolver o problema do que são necessárias para a contínua existência do sistema. Neste sentido, as crises são vistas como distúrbios persistentes da integração do sistema (2002:13)’. As crises em sistemas sociais são, portanto, o resultado de uma incompatibilidade dos imperativos funcionais inerentes a cada sistema. Mas, para melhor compreender essa afirmativa, faz-se necessário identificar quais dentre os imperativos funcionais são essenciais para a manutenção da identidade de um dado sistema. (PEDRON, 2007, p. 286)

Ocorre que a crise gerada a partir do acúmulo de feitos para serem julgados, problema-base da situação aqui detalhada, não é uma novidade⁴⁷. Em nossas pesquisas, verificamos que pelo menos desde a década de 1930 já havia o alerta para a existência de uma crise no Poder Judiciário, mormente no Supremo Tribunal Federal, que já denunciava uma sobrecarga de trabalho:

Desde os anos 30, já se discutia a sobrecarga processual do Supremo Tribunal Federal (STF). A criação do TFR na década de 40, em certo sentido, foi uma resposta a essa situação. A partir dos anos 60, acentuou-se o debate, no que passou a ser chamada como “crise do Supremo”. Nos dizeres do jurista Alfredo Buzaid, a crise consistia no “desequilíbrio entre o número de feitos protocolados e o de julgamentos por ele proferidos, sendo a entrada daqueles consideravelmente superior à capacidade de sua decisão (...) se acumulando os processos não julgados, resultando daí o congestionamento”. (A CRISE DO SUPREMO, s/d).

⁴⁶ Melhor dissertado a partir do item 3.5, deste trabalho.

⁴⁷ Nos dizeres de PEDRON (2007, p. 285): “A afirmação da existência de uma “crise” no Poder Judiciário brasileiro não é nova e, antiteticamente, parece acompanhar a história dessa instituição como uma constante.”

Registre-se, que segundo PEDRON (2007, p. 287), na década de 30, o número de processos na suprema corte flutuava em torno de 200 (duzentas) causas por ano, e as pautas já se acumulavam desde então. À título de comparação, em 2021 o Supremo Tribunal Federal recebeu mais de 77.000 (setenta e sete mil) processos, tendo registrado em anos anteriores números próximos aos 100.000 (cem mil) (GOES, 2022).

Conforme demonstramos anteriormente, o congestionamento de processos não é uma exclusividade apenas do Supremo Tribunal Federal ou das cortes superiores, tendo esse fenômeno, ao longo dos tempos, se irradiado para todo o sistema de justiça, mormente a primeira instância⁴⁸. Dessa forma, é certo que o alto índice de estoques processuais e morosidade atinge hoje toda a estrutura do Poder Judiciário brasileiro.

Especificamente na literatura jurídica, é bastante densa a produção de textos que tecem críticas à atuação do Poder Judiciário em sua atividade de distribuição de justiça, fato este que motivou o texto introdutório deste trabalho, referindo à redundância em se pensar como a justiça é ruim no Brasil. E nesse contexto, é bastante nítida a frequência com que trazem a expressão “crise” ao dissertarem sobre os problemas enfrentados pelo Poder Judiciário.

Uma das mais ricas pesquisas promovidas no sentido de se identificar uma crise no Poder Judiciário fora realizada pela Prof.^a Maria Tereza Sadek, da Universidade de São Paulo (SADEK, 2010). Em 1993, ela, e mais um grupo de corajosos professores, promoveram uma pesquisa nacional junto à magistratura, onde foram ouvidos 570 (quinhentos e setenta) magistrados de 05 (cinco) unidades federativas, de 03 (três) diferentes regiões do Brasil. O trabalho, não por acaso, intitulado “A crise do Judiciário vista pelos Juízes” buscou identificar se, além da existência de uma crise, quais as suas causas e possíveis soluções.

O resultado indicou que 76,9% dos entrevistados admitem a existência de uma crise no sistema (SADEK, 2010, p. 144), um número bastante expressivo levando-se em conta que os entrevistados são os integrantes do próprio poder sob pesquisa.

⁴⁸ “Dessa forma, a “cura” para tal condição não decorreria simplesmente de uma solução pragmática com vistas a reduzir de forma drástica o número de recursos julgados, principalmente nos Tribunais Superiores, mas de uma tentativa de lançar um olhar mais amplo sobre a questão. Isso porque a sobrecarga não decorre de um simples aumento no número de recursos dirigidos aos Tribunais Superiores, mas de uma litigiosidade que começa desde a primeira instância e apenas segue seu curso normal.” (PEDRON, 2007, p. 292).

Como obstáculos ao bom funcionamento da Justiça, os entrevistados assim indicaram em grau de importância:

Falta de recursos materiais: 85,6%. Excesso de formalidades nos procedimentos judiciais: 82,3%. Número insuficiente de juízes: 81,1%. Número insuficiente de varas: 76,3%. Legislação ultrapassada: 67,4%. Elevado número de litígios: 66,5%. Despreparo dos advogados (causas mal propostas, etc.): 64,0%. Grande número de processos irrelevantes: 59,3%. Juízes sobrecarregados com tarefas que poderiam ser delegadas: 59,1%. Instabilidade do quadro legal: 53,2%. Insuficiência na formação profissional do juiz: 38,9%. Extensão das comarcas: 26,8%. Curta permanência dos juízes nas comarcas: 25,3%. (SADEK, 2010, p. 145).

Chama a atenção que mais de 80% dos entrevistados indique como causa da crise de justiça a falta de recursos materiais, entendida como investimentos dos outros poderes na estrutura judiciária, como número de servidores e informatização (lembrando que a pesquisa data do início dos anos 90). O mesmo número de magistrados também indica um incômodo saliente com o excesso de formalidades nos procedimentos judiciais, indicando um anseio pela simplificação dos procedimentos judiciais.

Na sequência, a pesquisa questionou aos entrevistados algumas possíveis soluções para a crise anteriormente reconhecida, tendo sido indicadas as seguintes propostas por grau de importância:

Informatização dos serviços judiciários: 93,2%. Redução das formalidades processuais: 90,2%. Juizados Especiais de Pequenas Causas: 83,5%. Simplificação no julgamento dos recursos: 73,9%. Recurso mais frequente à conciliação prévia extrajudicial entre as partes: 69,1%. Limitação do número de recursos às instâncias superiores por processo: 67,5%. Reforço da figura do árbitro, escolhido pelas partes, para julgar questões trabalhistas: 36,0%. Implementação da Justiça Agrária prevista na Constituição de 1988: 26,8%. Implementação da Justiça de Paz: 13,9%. Criação da Justiça Municipal: 8,9%. (SADEK, 2010, p. 147).

Dispensando a indicação de informatização dos serviços judiciários, de fato já implementada (conforme veremos adiante), e também a criação dos Juizados Especiais, implementada pouco tempo depois, com o advento da Lei 9.099/1995, a maior parte dos entrevistados conclamou a redução das formalidades processuais, anteriormente indicada como uma das causas para a crise, e a ampliação à conciliação prévia extrajudicial entre as partes, crentes que tais inovações auxiliaram o Judiciário na superação da crise.

Como se vê, de revela incontestemente que o Poder Judiciário acumula problemas que maculam seu bom funcionamento, e que essa observação é antiga, e encontra-se resistindo ao

tempo, mesmo após implementadas diversas modificações no sistema processual. A soma desses elementos, somada à constatação da literatura, nos permite tratar, como premissa, que o Judiciário de fato encontra-se em crise, nos permitindo seguir adiante com a sugestão a ser formulada no presente trabalho.

Idêntica conclusão obteve MARTINS (2022, p. 54/55):

Existe uma crise instalada no Poder Judiciário (visto como parte do sistema de acesso à justiça) do Brasil. A princípio, define-se o Poder Judiciário como um dos três poderes independentes do Estado, composto por magistrados (juízes, desembargadores e ministros) e responsável pela administração da Justiça na sociedade, ou seja, com a função de julgar os conflitos sociais, a partir da interpretação das leis e a aplicação do direito. [...]a crise do sistema brasileiro, que torna insatisfatória a tarefa de pacificação social (segundo parâmetro analisado na subseção 1.1.4), decorre de quatro fatores: 1) a morosidade do Poder Judiciário na entrega da prestação jurisdicional (decorrente, dentre outros, da crescente quantidade de demandas, da falta de recursos financeiros aos órgãos judiciais, da insuficiente capacidade de administração orçamentário-financeira dos Tribunais, da ênfase na segurança jurídica sobre celeridade processual); 2) o surgimento de novos direitos que tornam mais demorada e complexa a atividade judicante (por exemplo, causas envolvendo bioética, biotecnologia, cibernética); 3) o custo elevado do processo judicial; e 4) a falta de educação em direitos dos indivíduos.

3.3. Das modificações na lei processual civil para se buscar celeridade na Justiça.

Conforme dito, o sistema processual civil passou por substanciais alterações nos últimos tempos, alterando o procedimento para buscar formas mais céleres de entregar o resultado jurisdicional.

Em levantamento feito por nós, verificamos que o CPC de 1973 (Lei 5.869/73), desde sua promulgação até a sua revogação pelo CPC de 2015 (Lei 13.105/15), teve 572 (quinhentos e setenta e dois) dispositivos legais alterados, 377 (trezentos e setenta e sete) dispositivos legais incluídos e 94 (noventa e quatro) dispositivos legais revogados, por 56 (cinquenta e seis) diferentes diplomas legislativos⁴⁹. E mesmo o atual CPC de 2015, pouco mais

⁴⁹ Leis nº 5.925/73, 6.246/75, 6.355/76, 6.515/77, 6.745/79, 6.820/80, 6.858/80, 6.780/80, 6.771/80, 7.005/82, 7.019/82, 7.270/84, 7.359/85, 7.542/86, 8.079/90, 8.038/90, 8.213/91, 8.455/92, 8.710/93, 8.637/93, 8.718/93, 8.952/94, 8.950/94, 8.953/94, 8.951/94, 9.245/95, 9.139/95, 9.096/95, 9.079/95, 9.307/96, 9.280/96, 9.415/96, 9.469/97, 9.494/97, 9.462/97, 9.668/98, 9.649/98, 9.756/98, 9.868/99, 10.358/01, 10.352/01, 10.044/02, 10.406/02, 11.232/05, 11.112/05, 11.187/05, 11.341/06, 11.276/06, 11.419/06, 11.382/06, 11.280/06, 11.277/06, 11.481/07, 11.441/07, 11.694/08, 11.672/08, 11.965/09, 11.969/09, 12.122/09, 12.125/09, 12.008/09, 12.322/10, 12.195/10, 12.398/11, 12.810/13, e 12.873/13.

de 05 (cinco) anos de vigência, já recebeu 95 (noventa e cinco) modificações, por 07 (sete) leis distintas⁵⁰.

É fácil observar que foram diversas as tentativas do legislador em alterar a codificação processual civil, sendo que as transformações mais incisivas buscaram alterar o regramento para criar soluções mais céleres ao jurisdicionado, e que entregassem num espaço de tempo menor o sentimento de justiça ao cidadão. É o que passamos a demonstrar analisando algumas dessas modificações.

Destacamos na relação a seguir algumas das mais relevantes modificações sofridas pela codificação de 1973, na visão deste autor, que buscaram mediante a utilização de técnicas de abreviação de processo, otimizar a prestação jurisdicional. Não se trata de rol exaustivo, mas meramente exemplificativo, a fim de subsidiar o argumento deste trabalho no sentido de que o processo jurisdicional civil sofreu, e sofrerá, mutações que visam seu constante aperfeiçoamento.

3.3.1. Tutela antecipada.

Na redação original do CPC 73 a única decisão liminar *inaudita altera pars* prevista era aquela possível de ser deferida pelo Juízo em sede de processo cautelar⁵¹ (não mais existente no regramento processual como processo, mas sim como espécie de tutela provisória), ou seja, quando o objetivo da ação era assegurar a satisfação de um outro objeto, tido por principal.

Embora hoje soe natural a possibilidade de se antecipar os efeitos da tutela final em casos de urgência em razão do risco de dano irreparável ou de difícil reparação, tal possibilidade não existia ao jurisdicionado e ao advogado dos anos 70, 80 e início dos anos 90, de maneira que era preciso aguardar o trâmite de todo o processo de conhecimento, as sucessivas fases recursais, para somente após o trânsito em julgado da decisão final poder receber o objeto da tutela.

⁵⁰ Leis nº 13.256/16, 13.363/16, 13.465/17, 13.793/19, 13.894/19, 14.133/21 e 14.195/21.

⁵¹ “... o Código de Processo Civil de 1973 previa como regra a tutela definitiva, com apenas uma forma de tutela provisória em sua redação original, que é a medida cautelar.” (CESAR, 2018, s/p).

Essa ausência de previsão gerou crise própria no processo civil à época, que via o processo cautelar ser utilizado de forma inapropriada⁵² (pelo menos quanto aos seus objetivos originários) a fim de se obter uma rápida decisão liminar, ante a falta de um instrumento próprio que permitisse ao Juiz antecipar o objetivo final, sem ferir as premissas do rito cautelar, que possui objeto diferente. Tanto é que na atual codificação, tutela antecipada e tutela cautelar são espécies bem delineadas de um gênero maior (tutela provisória).

Fora apenas em 1994, com o advento da Lei nº 8.952/94, que o instituto da Tutela Antecipada fora implementado no então CPC de 1973, e revolucionou o processo civil com a possibilidade de se antecipar provimentos finais em forma de liminar, contribuindo relevantemente com a prestação jurisdicional e ampliando o senso de justiça sobre a população, que em poucos dias consegue ter acesso a uma decisão efetiva e de impacto em sua realidade.

Temos que essa modificação processual denota a busca aqui referida de se otimizar a prestação jurisdicional, permitindo que o jurisdicionado goze da decisão judicial em tempo curto e possa desfrutar do direito que lhe assiste sem ter de percorrer a longa e complexa trilha do processo de conhecimento.

3.3.2. Ação monitória.

Na mesma linha da Tutela Antecipada, em 1995 houve a alteração do CPC de 1973 para incluir um novo procedimento especial que visava reduzir o trâmite das ações de conhecimento de cobrança, antecipando a formação do título executivo judicial para posterior execução.

Com efeito, de acordo com o texto original do CPC de 1973, o portador de um documento com reconhecimento de dívida, mas que por algum motivo não possuía os atributos da certeza, liquidez e exigibilidade necessários para formação de título executivo

⁵² “A tutela cautelar não foi concebida para satisfazer o direito material pleiteado, o que se infere da sua principal característica, que é a instrumentalidade, o fato de estar sempre relacionado a um processo principal da qual depende. Contudo, diante da inidoneidade do processo civil clássico para atender às novas situações de direito substancial existentes, a ação cautelar inominada, com base no artigo 789 do diploma processual de 1973, começou a ser utilizada de forma atécnica na prática forense para dar efetividade à tutela dos direitos, em um uso satisfativo e com caráter não cautelar desse procedimento.” (CESAR, ob. cit, s/p).

extrajudicial⁵³, deveria, para poder cobrar em Juízo a dívida, se submeter ao processo de conhecimento para obter, ao final, o título executivo judicial apto a permitir a execução dos valores.

Ocorre que o processo de conhecimento tradicional, com diversas etapas e formalismos, desde muito encontra-se na crise da morosidade, porquanto o preenchimento de todas as suas fases impõe uma carga temporal elevada. Isso significa que o credor de uma obrigação despida de título executivo deveria se submeter a tal procedimento, no qual, um devedor representado de um advogado conhecedor das vicissitudes processuais conseguirá esticar em muito tempo o prazo para finalização da fase cognitiva.

Esse credor, embora não possua um título executivo legítimo, pode possuir um outro documento que se aproxima desse conteúdo, mas que, por alguma formalidade, pode não configurar título executivo. É o caso, por exemplo, de um contrato de confissão de dívida sem estar firmado por 02 (duas) testemunhas. De trocas de mensagem de celular ou e-mail de cobrança em que o devedor reconhece o valor devido mas não paga. Tratam-se de documentos que não deixam dúvida quanto à existência da dívida, mas que não podem ser executados por não serem títulos executivos.

Nesse seara, o legislador de 1995 criou a Ação Monitória⁵⁴, permitindo que o portador de um documento escrito sem eficácia executiva possa exigir do devedor o pagamento de quantia em dinheiro e a entrega de coisa fungível ou de bem móvel. Na versão do CPC de 2015, essa lista passou a receber a possibilidade de se exigir a entrega de bem imóvel, e obrigações de fazer ou de não fazer.

A grande vantagem da Ação Monitória está no tratamento similar ao de uma execução, pois estando devidamente instruída e sendo evidente o direito do credor, o Juiz mandará expedir Mandado de Pagamento ou Entrega, que se ignorado converterá rapidamente

⁵³ Art. 783, CPC/2015: “A execução para cobrança de crédito fundar-se-á sempre em título de obrigação certa, líquida e exigível.”

⁵⁴ “A ação monitória é ação de conhecimento, condenatória, com procedimento especial de cognição sumária e de execução sem título. Sua finalidade é alcançar a formação de título executivo judicial de modo mais rápido do que na ação condenatória convencional. O autor pede a expedição de mandado monitório, no qual o juiz exorta o réu a cumprir a obrigação, determinando o pagamento ou a entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel. Trata-se, portanto, de mandado monitório, cuja eficácia fica condicionada à não apresentação de embargos. Não havendo oposição de embargos, o mandado monitório se convola em mandado executivo.” (NERY JUNIOR, 2018, p. 1582).

em título executivo (podendo se ter o título executivo de maneira muito mais célere que na ação de conhecimento), ou, se cumprido, concederá isenção de custas e honorários advocatícios (embora a versão do CPC de 2015 tenha excluído o benefício de isenção da verba sucumbencial).

É de se notar, portanto, que a assunção da Ação Monitória no regramento processual civil fez parte do movimento de alterações processuais que buscaram otimizar a prestação jurisdicional, ajustando o procedimento para uma situação que a formalidade do rito integral de conhecimento não se justificava, permitindo que obrigações vencidas e não cumpridas pudessem ser exigidas de maneira mais célere e eficaz.

Digno de nota, inclusive, são as menções utilizadas na propositura do projeto de lei que resultaria na Lei 9.079/95, evidenciando, justamente, a preocupação do legislador com abreviação de um procedimento burocrático e lento que é a ação ordinária de conhecimento:

4. Com o objetivo de desburocratizar, agilizar e dar efetividade ao processo civil, a proposta introduz, no atual direito brasileiro, a ação monitória, que representa o procedimento de maior sucesso no direito europeu, adaptando o seu modelo a nossa realidade, com as cautelas que a inovação recomenda. 5. A finalidade do procedimento monitório, que tem profundas raízes também no antigo direito luso-brasileiro, é abreviar, de forma inteligente e hábil, o caminho para a formação do título executivo, controlando o geralmente moroso e caro procedimento ordinário. (BRASIL, 1993).

3.3.3. Julgamento liminar de improcedência.

A prática forense demonstra que embora o Poder Judiciário receba centenas de novos processos diariamente para serem julgados, o conteúdo da lide dos processos, por vezes, acaba sendo idêntico, senão muito próximos, de outros processos que já passaram anteriormente pela análise da Justiça. É dizer, no cotidiano jurisdicional, é comum processos com partes distintas apresentarem imbróglis parecidos, com objeto e causa de pedir idênticos uns aos outros.

Essa situação se revela mais corrente nas chamadas lides de massa, que são teorias de processos normalmente aplicadas à grande maioria das pessoas que usufruem do mesmo produto e serviço (direito do consumidor), ações que visam diminuir a cobrança tributária em determinadas relações jurídico-tributárias (direito tributário), e também ações

normalmente voltadas para ampliar os benefícios salariais de servidores públicos (direito administrativo)⁵⁵.

Já tivemos grandes exemplos de lides de massa na história jurisdicional recente, sendo possível citar as demandas que buscavam declarar ilegal a cobrança de assinatura mensal dos titulares de linhas telefônicas fixas, que buscavam excluir a Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e a Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) da base de cálculo do Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) da conta de energia de elétrica, que buscavam coibir a cobrança do Fundo de Assistência ao Trabalhador Rural (Funrural) da comercialização da produção rural, para ficarmos apenas em alguns poucos exemplos.

Como é fácil observar, ações desse tipo se multiplicam nas unidades judiciárias, e, após um tempo do desenvolvimento da tese, é comum termos posicionamentos já bem definidos de juízes e tribunais sobre a temática. Nesse cenário em que o convencimento dos magistrados já é previamente formado, percebeu-se que o processamento de novas demandas baseadas no mesmo objeto ou causa de pedir se constituiria em mero formalismo procedimental, afinal o resultado final já seria conhecido.

Assim, no afã de sumarizar a tutela jurisdicional, o CPC de 1973 recebeu uma relevante alteração pela Lei 11.277/2006, culminando no advento do instituto do julgamento preliminar de improcedência (art. 285-A⁵⁶ do código revogado). Pelo instituto, que encontra reincidência no atual CPC de 2015⁵⁷, apresentada uma nova causa para processamento e julgamento, o juiz, verificando que a matéria controvertida fosse exclusivamente de direito, o que significa ser dispensável a fase instrutória (porquanto não há dúvidas sobre fatos, mas

⁵⁵ Há tamanha oferta desses tipos de ações, que é bastante comum encontrar na internet, sobretudo em redes sociais, a oferta de cursos e materiais para advogados poderem replicar as ditas ações de massa, com as mais variados temas e assuntos.

⁵⁶ Art. 285-A, CPC/73: “Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada. § 1º Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação. § 2º Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso.”

⁵⁷ Embora a técnica de sumarização do procedimento jurisdicional tenha sido mantida na versão vigente do CPC, houve uma importante atualização para substituir a sentença paradigma por um precedente jurisprudencial. Dessa maneira, o juiz de primeiro grau que aplicar a regra não poderá julgar liminarmente improcedente o pedido com base em sentença por si proferida anteriormente (como era o caso durante a vigência do CPC/73), mas somente quando o pedido contrariar: I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; ou IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local (art. 332, CPC/15).

apenas sobre a aplicabilidade da lei no caso), e que já havia proferido sentenças de improcedência em outros casos idênticos, poderia dispensar a citação da parte requerida e liminarmente proferir julgamento de mérito, negando o direito postulado pelo autor.

O resultado final de improcedência é *conditio sine qua non* para permitir o julgamento liminar de mérito, afinal, não tendo sido composta a relação jurídica processual com a integração da parte requerida nos autos, o resultado liminar não poderia lhe ser contrário, sob pena de haver condenação sem prévia defesa, o que feriria o contraditório⁵⁸.

É mais uma vez perceptível, portanto, a técnica utilizada pelo legislador para acelerar a prestação jurisdicional, buscando seu máximo rendimento, evitando atos repetitivos e de pouca, para não dizer nenhuma, valia ao resultado final de mérito.

3.3.4. Processo sincrético – junção das fases de conhecimento e execução em um único processo.

As tradicionais lições de direito processual nos ensinam as diferenças existentes entre tutela de conhecimento e tutela de execução no âmbito do direito processual civil. Enquanto a tutela executiva tem por finalidade a satisfação do conteúdo de um título executivo, que, a depender da origem de sua formação, pode ser judicial ou extrajudicial, a tutela de conhecimento (comumente dividida em declaratória, condenatória ou constitutiva) possui objetivo distinto, podendo ser o reconhecimento de uma situação ocorrida não formalizada (ação declaratória), a determinação judicial para que a parte contrária assumam um comportamento imperativo (ação condenatória) ou a constituição ou desconstituição de uma relação jurídica (ação constitutiva).

Por esses motivos, a redação originária do CPC de 1973 previu a existência, dentre outros, de 02 (dois) tipos distintos de processo: o processo de conhecimento e o processo de execução⁵⁹, sendo que o processo executivo caberia tanto para execuções fundadas em títulos executivos extrajudiciais quanto para títulos executivos judiciais.

⁵⁸ Registre-se, por importante, a existência de importantes estudos que, ao contrário da presunção da lei, entendem ser possível o julgamento liminar mesmo para casos de procedência do pleito autoral. Nesse sentido verificar: LIMA, 2014.

⁵⁹ “Tradicionalmente, o direito brasileiro exigia para a execução de títulos executivos judiciais um processo autônomo, de forma que a parte, após a obtenção do título executivo no processo de conhecimento, via-se obrigada

Disso se infere que o processo de conhecimento finalizava com o trânsito em julgado da tutela declaratória, condenatória e constitutiva, sendo que caso o conteúdo da sentença precisasse ainda ser satisfeito – e quase sempre o é – era necessário o ajuizamento de um novo processo executivo a parte, onde a saga do credor contra o devedor tinha novo – e longo – início, inclusive com nova citação do devedor. Essa excesso de formalismo, com razão, desestimulava os credores e alongava desnecessariamente a duração do processo.

Assim, na linha da promulgação da Emenda Constitucional nº 45/04, que dentre outras inovações incluiu no rol dos direitos fundamentais da constituição (art. 5º) o inciso LXXVIII que preceitua “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”⁶⁰, adveio, talvez, a mais relevante reforma do CPC de 1973, com a criação do sincretismo processual⁶¹, unificando os processos de conhecimento e execução de título judicial nos mesmos autos, via Lei 11.232/05.

a propor um novo processo, agora de natureza satisfativa. A era da autonomia exigia a existência de dois processos distintos e sucessivos: primeiro se declarava o direito e se condenava o réu ao cumprimento de uma obrigação (processo de conhecimento) e, posteriormente, se buscava a satisfação da obrigação (processo de execução). A lição tradicional ensina que o processo de execução se desenvolve de forma autônoma, constituindo um ente à parte dos processos de conhecimento e cautelar. Entendia-se, portanto, que o processo de execução não poderia ser considerado como mero ciclo final do processo de conhecimento. A justificativa para a autonomia do processo executivo como inicialmente imaginado pelos doutrinadores que trataram do tema encontrava-se alicerçada em duas justificativas fundamentais: (a) a diversidade de atividades jurisdicionais {no processo de conhecimento são desenvolvidas atividades cognitivas; enquanto no processo de execução são praticadas atividades práticas e materiais}; e (b) os diferentes objetivos traçados para cada uma dessas atividades na solução de diferentes espécies de crises jurídicas (no processo de conhecimento objetiva-se reconhecer o direito do autor e, dependendo do caso, constituir uma nova relação jurídica ou condenar o réu; no processo de execução objetiva-se satisfazer o direito do exequente). Ainda se mencionava a formação de uma nova relação jurídica processual independente e porventura diferente daquela formada no processo de conhecimento” (NEVES, 2017, p. 1056).

⁶⁰ Embora o princípio da razoável duração do processo tenha surgido expressamente com Reforma do Judiciário via EC 45/04, é certo que já se previa essa regra a partir de outras fontes. Nesse sentido: “Antes disso, o Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos), ratificado pelo Brasil, também estabelecia o direito a um processo com duração razoável (art. 8.º), garantia essa que, portanto, já estava integrada ao rol de direitos fundamentais do direito interno (por força do art. 5.º, § 2.º, da CF/1988). Ademais, da própria garantia do devido processo legal já era extraível semelhante imposição.” (WAMBIER, 2016b, p. 441)

⁶¹ “Em determinado momento, o movimento de reformas processuais tendentes a atualizar o CPC de 1973 voltou-se para o passado. Considerou-se ultrapassada a unificação nas vias executivas, no processo de execução, e artificial a equiparação dos provimentos judiciais exequíveis aos títulos judiciais. Uma das dificuldades, em profundo contraste com o sucedido no processo trabalhista, consistia na olímpica indiferença do órgão judicial com o cabal cumprimento das suas próprias resoluções. Fenômeno muito complexo, e de heterogêneas causas, além da impropriedade da comparação – o ativismo dos juízes trabalhistas prende-se a outras circunstâncias –, o diagnóstico exibia boa dose de razão. A contribuição da sistemática legislativa, particularmente a necessidade de instauração de outro processo, na prática distanciava a formulação da regra jurídica concreta da sua realização material. Retornou-se, então, à sistemática do CPC de 1939, prevendo a execução dos provimentos judiciais, *in simultaneo processu*, acrescentando outros ingredientes de atualização. Essa solução de política legislativa atenuou o princípio da autonomia da função executiva, do seu ponto de vista estrutural, mas não apagou seu caráter imanente. Deu-se a semelhante técnica o epíteto de “execução sincrética”.” (ASSIS, 2016, p. 60)

Com a nova sistemática executiva incluída, a execução de título judicial passou a ser uma fase da própria ação de conhecimento, intitulada “cumprimento de sentença”, sendo desnecessário novo ajuizamento de ação, permitindo a rápida execução do conteúdo do título judicial, sobretudo pela possibilidade de se intimar para cumprimento o advogado do devedor, ou este mesmo, ainda que não encontrado no endereço em que originalmente havia sido citado, contribuindo com o trâmite processual. A novidade foi bem vinda, e recepcionada pelo novo *codex* de 2015, que manteve o sincretismo como forma de se buscar a satisfação do conteúdo de sentenças judiciais proferidas na fase de conhecimento.

Conforme se verifica, no caso da execução da técnica de abreviação da tutela jurisdicional houve o encurtamento de caminho de institutos que naturalmente se encontrariam, porém estavam afastados por meros formalismos que, embora na teoria tivessem de ser satisfeitos, a prática revelaria como pouco ortodoxa sua manutenção⁶², sobretudo por ferir a regra recém insculpida no texto constitucional que alçou à categoria de direito fundamental a razoável duração do processo.

3.3.5. Julgamento monocrático de recursos pelo Relator.

Dentro da técnica de se buscar o encurtamento da prestação jurisdicional, o legislador também se voltou para a fase recursal dos processos, e normalmente onde reside a maior morosidade do trâmite procedimental, uma vez que se concentram em poucos tribunais todo os estoque das unidades judiciárias de primeiro grau.

⁶² “Nessa ótica de encontrar a efetividade do direito material por meio dos instrumentos processuais, o ponto culminante se localiza, sem dúvida, na execução forçada, visto que é nela que, na maioria dos processos, o litigante concretamente encontrará o remédio capaz de pô-lo de fato no exercício efetivo do direito subjetivo ameaçado ou violado pela conduta ilegítima de outrem. Quanto mais cedo e mais adequadamente o processo chegar à execução forçada, mais efetiva e justa será a prestação jurisdicional. Daí por que as últimas e mais profundas reformas do processo civil têm-se voltado para as vias de execução civil. Seu maior objetivo tem sido, nessa linha, a ruptura com figuras e praxes explicáveis no passado, mas completamente injustificáveis e inaceitáveis dentro das perspectivas sociais e políticas que dominam o devido processo legal em sua contemporânea concepção de processo justo e efetivo. É o caso da dualidade de processos que teima em tratar como objeto de ações distintas e completamente separadas o accertamento e a execução dos direitos subjetivos violados, com perda de tempo e acréscimo de custos, incompatíveis com a efetividade esperada da tutela jurisdicional. Em boa hora, em 2005/2006, uma ampla reforma do direito processual civil se ocupou com a eliminação desse grave embaraço historicamente erguido ao pronto acesso ao resultado final da tutela jurídica prometida pela garantia fundamental do devido processo legal. O novo Código mantém-se nessa mesma linha.” (THEODORO JUNIOR, 2016, p. 67/68).

De acordo com a sistemática processual original, o julgamento de processos em segundo grau hão de ocorrer na forma colegiada, ou seja, o tribunal apreciará o recurso (se não estiver lidando com processos de competência originária) em sessões compostas por mais de 01 (juiz), a fim de aumentar a precisão do julgamento e o índice de acerto na decisão a ser proferida.

Ocorre que para se executar essa estrutura de julgamentos colegiados, é preciso um grande esforço. As sessões de julgamento costumam ser marcadas apenas uma única vez na semana, e além disso, o estoque naturalmente alto dos tribunais pode não ser baixado com agilidade porquanto em julgamentos é possível que um dos juizes peça vista, ou o julgamento seja convertido em diligência. Todos esses fatores contribuem para que o tribunal seja o calcanhar de Aquiles do Judiciário, contribuindo com a extrema morosidade jurisdicional.

A situação se torna mais gravosa quando a matéria posta em debate já fora apreciada anteriormente por aquele mesmo tribunal, ou ainda, por um tribunal superior, podendo contar, inclusive, com entendimento sumulado ou proferido em sede de recurso repetitivo. Nessas hipóteses, tal qual ocorre no caso do julgamento liminar de improcedência mencionado alhures (art. 285-A, CPC/73, atual art. 332, CPC/2015) é bem possível, para não dizer certo, que o resultado final do julgamento já é conhecido mesmo antes do processo ser levado para julgamento em sessão colegiada. Nesses casos a sessão colegiada praticamente só servirá como um aceno à formalidade, a fim de se dizer que o caso fora julgado pela turma recursal, porém, é importante destacar, o resultado já era conhecido anteriormente, notadamente pela matéria controvertida já contar com precedentes preteritamente formados.

Nesse sentido, valendo-se do mesmo tipo de técnica⁶³ que resultou no julgamento liminar de improcedência, a Lei 9.756/98, conferindo maiores poderes ao Relator

⁶³ Sobre a técnica mista utilizada na espécie: “A despeito da classificação antes referida, na realidade, como se infere dos exemplos encontrados na prática, é possível verificar a utilização de várias técnicas, configurando técnicas mistas, por assim dizer, haja vista possuírem, muitas vezes, dupla finalidade. É dizer: prestam-se tanto para acelerar o andamento dos processos como para uniformizar a jurisprudência. É o caso do art. 557 do CPC, que permite o julgamento liminar e monocrático, pelo relator, do recurso manejado por uma das partes (o que denota uma nítida feição de técnica de sumarização formal), utilizando como substrato para tal agir, entre outras contingências eleitas pelo legislador, o entendimento consolidado na própria jurisprudência dos tribunais superiores (a evidenciar, por sua vez, o seu inegável escopo uniformizador da jurisprudência). Tal particular, porém, não esvazia a utilidade da classificação, a qual deverá utilizar como critério o objetivo predominante e preponderante da técnica analisada, verificando se ela possui viés com maior carga de aceleração ou de uniformização, a exemplo do critério utilizado por Pontes de Miranda para a concepção da classificação quinária das sentenças. No caso do exemplo citado (do art. 557), o que sobreleva é a característica de sumarização dessa

do processo, passou a permitir o julgamento monocrático nos tribunais⁶⁴, de maneira excepcional, desde que o recurso interposto ou a decisão vergastada estivessem em manifesto desacordo com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

Com a reforma do código derogado, se o Relator, ao analisar o recurso interposto, constatar que o mesmo, ou a decisão por ele combatida, contraria entendimento já sedimentado em súmula ou jurisprudência dominante⁶⁵ do mesmo tribunal ou tribunal superior, será possível antever o resultado final, dispensando do procedimento a etapa de convocação do colegiado⁶⁶ para, de imediato, proferir julgamento terminativo sobre o recurso.

Temos, portanto, mais uma técnica utilizada pelo legislador para se buscar a otimização do processo civil, agilizando a entrega da tutela buscada pelos postulantes, suprimindo etapas de mera formalidade⁶⁷ e valorizando a busca pela decisão final de mérito.

3.3.6. Desjudicialização de procedimentos jurisdicionais.

técnica, que autoriza o relator a suprimir alguma das fases do iter procedimental do recurso dentro do tribunal. Portanto, deve ela ser considerada uma técnica de aceleração, sem descuidar, porém, da sua finalidade igualmente uniformizadora.” (LIMA, 2014, p. 33/34).

⁶⁴ Art. 557, CPC/73: “O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. §1º-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.”

⁶⁵ Tal qual ocorreu na atualização do então art. 285-A, CPC/73, para o vigente art. 332, CPC/15, as decisões paradigmas que permitirão o uso do poder monocrático do Relator deverão estar adstritas ao sistema de precedentes, que contemplam: a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência (art. 932, CPC/15).

⁶⁶ No caso em exame, a convocação do colegiado para analisar o recurso ou a decisão que contrariam sumulas ou entendimento dominante seria inócua, porquanto é regra do sistema processual o dever dos magistrados em seguirem o sistema de precedentes (art. 927, CPC/2015: “Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante.”), não obstante seu livre convencimento.

⁶⁷ “Na realidade a possibilidade de decisões monocráticas do relator contradiz a própria natureza das decisões em segundo grau e nos órgãos de superposição, que tradicionalmente deveriam ser colegiadas. Conforme já afirmado, por exigência de facilitação do andamento procedimental em alguns casos e em virtude da urgência da situação em outros, a lei passou a prever inúmeras situações em que o relator pode proferir decisões monocráticas, dispensando-se, pelo menos naquele momento, a decisão colegiada. É importante frisar que nas hipóteses em que a lei permite ao relator proferir decisão monocrática, não há atribuição de competência para a prática de tal ato ao juiz singular; competente é, e sempre será, o órgão colegiado. O que ocorre é uma mera delegação de poder ao relator, fundada em razões de economia processual ou necessidade de decisão urgente, mantendo-se com o órgão colegiado a competência para decidir. Essa é a regra básica de delegação: é mantida a competência de revisão do órgão que delegou a um determinado sujeito (no caso o relator) a função inicial de apreciação da matéria.” (NEVES, ob. cit., p. 1685).

Por muito tempo sustentou-se que o grande problema da Justiça, e principal causar da morosidade tão reclamada por todos, seria o próprio Estado, que não nutriria o Poder Judiciário com estrutura suficiente para uma satisfatória prestação jurisdicional. Para essa corrente, portanto, bastaria ao Estado dedicar mais servidores, mais magistrados, e mais prédios para termos uma justiça rápida e eficiente.

É inegável que a insuficiência de recursos públicos, somada à má-gestão do mesmo, sem falar dos notórios casos de corrupção, é um problema presente no Poder Judiciário, tal qual nos demais serviços públicos, de maneira que houvesse um investimento maior (e mais bem gerido) os sentimentos negativos em relação à prestação jurisdicional seriam neutralizados. No entanto, não há como depositar todas as fichas da insatisfação nessa única tese, pois ela, solitariamente, revela-se inconsistente em pelo menos 02 (dois) pontos. Primeiro, que é certo não gozar o Estado de disponibilidade financeira para custear um Poder Judiciário ainda mais inchado que o atual, mormente em tempos recentes onde as Administrações têm flertado constantemente com os limites prudenciais de gastos com pessoal⁶⁸. Esperar isso seria crer num verdadeiro conto de fadas.

Segundo que ainda fosse realizada uma considerável injeção de estrutura de trabalho no Poder Judiciário, a solução seria meramente paliativa, resultando numa sensação passageira de maior eficiência, dispersante na medida em que tal eficiência atrairia cada vez mais novos casos à Justiça, sobrecarregando-a novamente. É que muitos chamam de “efeito gangorra”. Para exemplificar esse fenômeno, valemo-nos da própria experiência do Autor na advocacia contenciosa, em sua principal comarca de atuação (Sinop/MT). Na comarca há 01 (um) único Juizado Especial Cível (JEC) que nem sempre teve preenchida a cadeira de magistrado titular, quando então os juízes das varas cíveis comuns (essas sim com titulares em atuação) revezavam-se na condução das ações do JEC. Como é fácil imaginar, as ações do JEC demoravam a finalizar, enquanto as da justiça comum tramitavam com maior celeridade. Isso levou os advogados a preferirem ajuizar suas demandas de competência do JEC na justiça comum, mesmo com pagamento de custas e risco de pagamento de honorários em caso de sucumbência, afinal, o resultado seria mais célere. Tempos depois um magistrado titular assumiu o JEC, devolvendo o trâmite normal ao Juizado. Adiante, o JEC passou a contar com

⁶⁸ Os gastos excessivos do Poder Judiciário com folha de pessoal tem sido constantes, inclusive já tendo extrapolado os limites prudenciais da Lei de Responsabilidade Fiscal. Nesse sentido conferir: SOUSA (2020).

juízes leigos que aceleraram ainda mais a produtividade do Juizado, tornando-o exemplar, com processos sem a necessidade de instrução sentenciados em até 90 (noventa) dias. Mas por pouco tempo, pois a alta eficiência do JEC atraiu as demandas novamente para si, criando um novo congestionamento naquele Juizado. Esse efeito gangorra observado pelo Autor na singela comarca de Sinop/MT demonstra como um Poder Judiciário mal gerido pode criar um problema para si próprio.

Sobre tal circunstância, vale rememorar as lições da MANCUSO (2015, p. 9) nomeando a circunstância em debate como “perverso círculo vicioso”⁶⁹, pois a pretensão de se ofertar mais do mesmo (mais fóruns, juízes, serventuários, informática, enfim, mais recursos humanos e materiais) num primeiro momento cria a sensação de agilidade tão esperada, porém o sistema se retroalimenta, como demonstrado que ocorreu na comarca de Sinop/MT, retornando o *status quo ante*.

Logo, sendo o tamanho do Poder Judiciário um fim em si mesmo, observou-se que poder-se-ia otimizar o trabalho da Justiça deslocando do monopólio jurisdicional serviços capazes de serem reproduzidos com segurança por outros agentes. É esse o conceito de desjudicialização.

No Brasil já possuímos excelentes exemplos de questões desjudicializadas, podendo ser citada, numa ordem cronológica, a rescisão administrativa do contrato de venda de lotes junto ao Oficial de Registro de Imóveis (Lei 6.766/79), o reconhecimento de paternidade espontâneo junto aos Ofícios de Registro Civil (Lei 8.560/92 e Provimento 16/2012/CNJ), a rescisão administrativa e leilão extrajudicial de bens imóveis negociados sob alienação fiduciária (Lei 9.514/97), a possibilidade de se formalizar divórcios, inventários, separações e

⁶⁹ Vale recordar, conforme salientado no capítulo inaugural, que numa sociedade líquida como a por nós vivenciada, há uma reação natural de auto reprodução das circunstâncias. Como observou BAUMAN (2007), na sociedade líquida a insegurança própria desses tempos gera incerteza, que por sua vez gera medo, e o medo se estabelece como um fator presente no sentimento coletivo. Temos medo de muitas coisas, e agimos para neutralizar esse medo. Mas nossas ações para fugir do medo, longe de serem bem sucedidas, parecem nos criar mais medos: “O problema é que essas atividades reafirmam e ajudam a produzir o senso de desordem que nossas ações buscam evitar. Os medos nos estimulam a assumir uma ação defensiva. Quando isso ocorre, a ação defensiva confere proximidade e tangibilidade ao medo. São nossas respostas que reclassificam as premonições sombrias como realidade diária, dando corpo à palavra. O medo agora se estabeleceu, saturando nossas rotinas cotidianas; praticamente não precisa de outros estímulos exteriores, já que as ações que estimula, dia após dia, fornecem toda a motivação e toda a energia de que ele necessita para se reproduzir. Entre os mecanismos que buscam aproximar-se do modelo de sonhos do moto-perpétuo, a auto-reprodução do emaranhado do medo e das ações inspiradas por esse sentimento está perto de reclamar uma posição de destaque. É como se os nossos medos tivessem ganhado a capacidade de se autopropetuar e se autofortalecer.” (BAUMAN, 2007, p. 15).

partilhas junto aos Tabelionatos (Lei 11.441/07), usucapião extrajudicial (Lei 13.105/15), entre outras.

É consenso entre os operadores do direito os benefícios que a desjudicialização implica no cotidiano desses profissionais e das pessoas em geral, sobretudo na área de direito de família, onde é possível se resolver divórcios, separações e inventários desde 2007 diretamente nos Cartórios de Notas. Para se ter uma ideia, dados do Colégio Notarial do Brasil (OLIVON, 2022) mostra que em 2021 foram realizados 77,1 mil divórcios e 226 mil inventários nas serventias extrajudiciais do Brasil. São mais de 300 mil casos que deixaram de ser ajuizados no Poder Judiciário em um único ano. A contratualização do direito de família, instituída em 2007, é um sucesso, e no caso dos divórcios, já representa mais de 20% de todos os procedimentos de dissolução de casamento no país (DIVÓRCIOS, 2020).

Há, ainda, importante proposta legislativa iniciada no Senado Federal visando a desjudicialização da execução civil (Projeto de Lei 6204/2019), a qual, se aprovada, certamente abrirá caminho para um grande desvio das ações de execuções, das unidades judiciárias para as serventias extrajudiciais, que, por diversas razões, entregam serviços de forma mais célere e de maior qualidade para o jurisdicionado, contribuindo para a otimização da prestação jurisdicional.

3.3.7. Juízo 100% Digital.

Janeiro de 2020 foi diferente do que costumam ser as primeiras semanas de um novo ano. Enquanto diversas pessoas usufruíam de períodos de descanso, comuns nessa época, a imprensa noticiava o surgimento de uma nova espécie de vírus que causava consternação na parte oriental do planeta. As notícias davam que o novo vírus, de origem desconhecida, contaminava rapidamente pessoas em diversas cidades e avançava sobre outras províncias, inicialmente chinesas, e, na sequência, de outro países. Além da velocidade descomunal com que a contaminação progredia geograficamente, chamava a atenção o assombroso número de pessoas infectadas, e pior, o número de vítimas decorrentes da doença.

Não tardou para as autoridades internacionais emitirem sinais de alerta para os países que ainda não haviam registrado a presença do vírus. A ciência já sabia que em razão da globalização e do rápido intercâmbio entre pessoas de variados países, não demoraria para

aquilo que era tratado, inicialmente, como uma epidemia local asiática, se convertesse para uma pandemia global. De fato, entre a percepção do real problema na China e a declaração de pandemia global pela Organização Mundial de Saúde, quando 115 (cento e quinze) países já registravam casos de contaminação, não se passaram 100 (cem) dias.

A celeridade característica da pandemia da COVID-19 dificultou a compreensão de como lidar com um problema inédito para os cidadãos do Século XXI – afinal, a última pandemia vivenciada nessa escala havia sido aquela que se convencionou chamar de Gripe Espanhola, entre os anos de 1918 e 1920 – gerando dúvidas e embates entre autoridades. Não obstante, a despeito das sequelas sociais e econômicas que poderia causar, a ciência sempre indicou que o meio mais eficaz de diminuir os impactos sanitários da pandemia, seria o isolamento social.

Rapidamente, populações de diversos países foram surpreendidas com decretos e leis determinando o fechamento de escolas, comércios e igrejas, e, em alguns casos até mesmo a circulação nas ruas e espaços públicos. De um dia para o outro, famílias se viram trancadas em suas casas à espera de uma solução para o problema, enquanto buscavam, formas de se reinventar, a fim de garantir a não paralisação do trabalho e da remuneração para o sustento dessas famílias.

Apesar do isolamento social imposto pelas medidas sanitárias, é certo que a vida deveria seguir, e, no caso da jurisdição, o funcionamento do Poder Judiciário deveria ser mantido, sobretudo para analisar as inúmeras questões decorrentes da pandemia no direito das pessoas. E a forma eleita para esse funcionamento foi a migração dos meios presenciais para o virtual, num verdadeiro fenômeno de virtualização da vida humana. De um dia para o outro as pessoas tiveram de se adaptar ao teletrabalho, às aulas em ambiente eletrônico, e os atores do sistema judicial ao processo eletrônico e sessões virtuais de audiências e julgamentos.

Embora sejam lamentáveis as situações vivenciadas no período pandêmico que nos levaram à virtualização da vida, é possível extrair relevantes pontos de aprendizagem dessas novas experiências. Nesse sentido, a migração da tramitação dos processos físicos para as plataformas eletrônicas (E-SAJ; PJE; PROJUDI; E-PROC), além de ter sido acelerada, permitiu que outros atos processuais até então praticados exclusivamente por meios físicos, pudessem

ser realizados de maneira virtual, ampliando a eficiência da justiça⁷⁰, e facilitando o trabalho de todos⁷¹.

A grande evolução com a prática de atos processuais que puderam ser praticados por meios eletrônicos se deram, sobretudo, com a citação e intimação das partes por aplicativos populares de troca de mensagens, como WhatsApp e Telegram⁷². Se antes era preciso pagar caras diligências para os Oficiais de Justiça se deslocarem até os locais onde se encontram os destinatários das comunicações processuais, e, em muitos casos, contar com a sorte para encontra-los, a partir da pandemia tais atos puderam ser realizados por simples envios de mensagens eletrônicas, incorporando importante agilidade nos atos processuais de comunicação.

Com o encerramento das medidas restritivas de isolamento, não seria de bom alvitre deixar de lado as boas práticas obtidas a partir das experiências virtuais, razão pela qual até o presente momento as sessões de julgamentos dos tribunais continuam sendo feitas de forma virtual, e novos regulamentos de atos processuais eletrônicos surgiram para incorporar ao cotidiano forense a realização de atos processuais eletrônicos.

⁷⁰ Na justiça estadual de Mato Grosso, que é operada por um tribunal de médio porte, foram muitas as menções à alta produtividade durante o período pandêmico: “O Poder Judiciário de Mato Grosso registrou 21.770.973 atos que movimentaram os processos judiciais em tramitação na Justiça estadual, majoritariamente no Primeiro Grau de jurisdição, segundo o último levantamento registrado pelo Conselho Nacional de Justiça (16/03/20 a 14/02/21). Mato Grosso também é destaque em termos de produtividade dos magistrados: são 409.520 sentenças e acórdãos proferidas em quase 11 meses. Além disso, registra, no período analisado, 542.428 decisões judiciais e 579.462 despachos. Os dados classificam o Judiciário mato-grossense em 8º lugar dentre os 27 tribunais de justiça estaduais, atrás apenas dos tribunais de grande porte, como São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais, Paraná e Rio Grande do Sul, e dois de médio porte, Santa Catarina e Bahia.” (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MATO GROSSO, 2021).

⁷¹ É possível mencionar, nesse sentido, a própria experiência deste Autor enquanto advogado atuante em comarca do interior de Mato Grosso. Até o advento da pandemia e da virtualização das sessões de julgamento no tribunal, eventual interesse em comparecer no julgamento, distribuir memoriais com os julgadores, e sustentar oralmente as razões do recurso demandaria um dispendioso e longo deslocamento para a capital do estado a fim de comparecer na sede do Tribunal. Com a implantação dos canais virtuais de atendimento, e a possibilidade de participar de sessões de julgamento por videoconferência, houve, para bem dizer, uma ampliação na oferta dos trabalhos jurisdicionais de nosso escritório, e um contato mais próximo com os integrantes do Tribunal.

⁷² É importante esclarecer que a despeito da citação/intimação eletrônica estar prevista desde a lei do processo eletrônico de 2006 – Lei 11.419/2006 – sua realização dependia de prévia adesão das pessoas, sobretudo as jurídicas, ao sistema de gerenciamento do processo, onde as citações e intimações seriam disponibilizadas e deveriam ser acessadas. Apesar dessa ferramenta ter sua importância na informatização da justiça, não possuiu o mesmo impacto positivo que as citações realizadas por aplicativos de trocas de mensagens, pois esses, invariavelmente, alcançou a todas as pessoas (jurídicas e naturais) e das mais variadas classes, não exigindo a prévia adesão, gerando um resultado muito mais positivo e alcance exponencial. Nesse sentido ver: GRÉGIO (2022).

Destaca-se, nesse cenário, a criação pelo Conselho Nacional de Justiça do instituto do “Juízo Digital”, através da Resolução nº 345/2020. De acordo com referida Resolução (art. 1º, §1º): “todos os atos processuais serão exclusivamente praticados por meio eletrônico e remoto por intermédio da rede mundial de computadores.” A intenção de criação do instituto, conforme consta nos registros de suas considerações, é ampliar a prática de atos processuais puramente eletrônicos, visando com isso aumentar a celeridade e a eficiência da prestação jurisdicional.

Embora não seja uma inovação legislativa com modificações no Código de Processo Civil – que já sofreu alterações em 2021 para permitir a incorporação de atos eletrônicos, via Lei 14.195/2021 – vemos como muito salutar a inovação implementada pelo Conselho Nacional de Justiça no afã de simplificar os ritos processuais em prol de sua efetividade.

3.4. Arbitragem, conciliação e mediação.

Dentre as várias alterações promovidas na codificação processual civil para se buscar uma melhor otimização da justiça, não podemos deixar de analisar a incorporação do sistema multiportas⁷³, que institucionalizou no âmbito do Poder Judiciário os Meios Extrajudiciais de Solução de Conflitos – MESCs, gênero do qual são as espécies mais comuns a conciliação, a mediação e a arbitragem.

Embora os institutos representativos desse sistema multiportas não sejam exatamente uma novidade, é certo que a sua institucionalização como forma de permitir o acesso à justiça é contemporânea ao reconhecimento da crise instaurada no Poder Judiciário⁷⁴, e o sentimento generalizado de que a justiça não mais atende a todos os anseios sociais.

⁷³ “Sistema multiportas: serviço prestado pelas Cortes de Justiça para orientar os contendores sobre as diversas alternativas existentes para a composição do conflito. Apresentado o caso, o Poder Judiciário procede a um diagnóstico da situação e sugere a via mais adequada à composição do conflito. As “portas” sugeridas podem ser a arbitragem, a mediação, a avaliação neutra de terceiros ou o processo judicial. A idoneidade de cada método será considerada diante das características peculiares da controvérsia e da situação dos litigantes.” (TARTUCE, 2018, p. 388).

⁷⁴ “Seja como for, o que se percebe é que o Poder Judiciário não se mostra mais adequado a responder aos anseios sociais contemporâneos – demandas complexas em termos de conteúdo que exigem uma prestação célere –, por inúmeros fatores já abordados, o que nos faz buscar soluções alternativas de regulação e solução de conflitos, mecanismos esses capazes de assegurar o pleno acesso à justiça por parte da população. Nesses termos, deve-se pensar em outros instrumentos de solução dos litígios, para que se trabalhe uma nova concepção de composição dos conflitos sociais, tendo em vista a debilidade da jurisdição em exercer, de forma plena, essa função. É

A conciliação/mediação, que não tinha previsão alguma no primeiro CPC unificado (de 1939), foi timidamente citada na redação original do CPC de 1973, com breves recomendações ao Juiz para que tentasse a conciliação das partes antes de iniciar a instrução processual (arts. 278, §1º, c.c. art. 448, CPC/73).

Ao longo das diversas reformas a que o CPC de 1973 fora submetida, a conciliação ganhou maior espaço, tornando-se sua busca um dos deveres dos Magistrados (art. 125, IV, incluído pela Lei 8.952/94); etapa inicial no Procedimento Sumário (art. 277, alterado pela Lei 9.245/95, após a transformação do original Procedimento Sumaríssimo no rito dos Juizados Especiais, com a Lei 9.099/95); etapa obrigatória no Procedimento Ordinário, antes de se passar à fase de saneamento (art. 331, §1º, incluído pela Lei 8.952/94); e recomendada nos processos executivos após o oferecimento de Embargos à Execução (art. 740, alterado pela Lei 11.382/06).

Com o advento do CPC de 2015, a conciliação/mediação ganhou posição de destaque, tornando-se uma das normas fundamentais de processo civil: “A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.” (CPC/15, art. 3º, §3º). Principalmente, sua busca via audiência específica para essa finalidade tornou-se regra já na primeira fase do Procedimento Ordinário, de maneira que todos os processos, à exceção dos que versarem acerca de direitos indisponíveis ou em que todas as partes manifestarem desinteresse na sua realização, passarão obrigatoriamente por uma tentativa de autocomposição, mesmo antes do oferecimento de Resposta pela parte requerida, em clara inspiração extraída do processo do trabalho.

Ocorre que a despeito dos esforços legislativos e acadêmicos⁷⁵ na consecução dos meios autocompositivos, os resultados esperados ainda não são observados. Ao contrário,

justamente a possibilidade de se socorrer em soluções outras à jurisdição que será analisada no capítulo que segue, dando-se ênfase ao acesso à justiça como o direito a uma “resposta adequada” ao conflito.” (SAID FILHO, 2017, p. 188)

⁷⁵ Com a regulação dos meios autocompositivos, principalmente após a Resolução nº 125/2010 que criou os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC), com a finalidade de fortalecer e estruturar unidades destinadas ao atendimento dos casos de conciliação, e o advento do Código de Processo Civil de 2015 e a Lei nº 13.140/15, que trata da Mediação, surgiu a figura profissional do conciliador e mediador, o que fez surgir uma grande oferta de cursos de formação, aperfeiçoamento e até mesmo em pós-graduação (*lato e stricto sensu*, inclusive), contribuindo com a produção científica e acadêmica como nunca antes.

os índices de autocomposição caíram significativamente. Segundo o relatório Justiça em Números 2021. Confira-se:

Há de se destacar que mesmo com o novo Código de Processo Civil (CPC), que entrou em vigor em março de 2016, tornando obrigatória a realização de audiência prévia de conciliação e mediação, em quatro anos o número de sentenças homologatórias de acordo diminuiu 18,8%, passando de 2.987.623 sentenças homologatórias de acordo no ano de 2015 para 2.426.027 em 2020. Em relação ao ano anterior, houve diminuição de 1.431.065 sentenças homologatórias de acordo (-37,1%), provavelmente em decorrência da pandemia da covid-19, que pode ter dificultado a realização de procedimento de conciliação e mediação presenciais ou das técnicas usuais de construção de confiança e espírito de cooperação entre as partes processuais empregadas em audiências presenciais. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2021, p. 192).

Importante registrar que os percentuais trazidos acima refletem a média da Justiça Comum (Federal e Estadual) com a Justiça do Trabalho, com dados informados por todos os tribunais. Sabendo da maior predisposição da Justiça do Trabalho para conciliações⁷⁶, verificamos o resultado apenas da Justiça Comum, onde os números caem vertiginosamente:

Na Justiça Estadual, os índices são de 14,3% no conhecimento e de 2,9% na execução. A Justiça Federal apresenta situação diversa, uma vez que o índice de conciliação na fase de execução é superior à de conhecimento: 10% no conhecimento e 15% na execução, reflexo especialmente dos valores informados pelos TRFs da 3ª e 5ª Regiões. (CNJ, 2021, p. 194).

Enquanto a formação de profissionais pretendentes à atuação nessas áreas ensina técnicas eficientes e formas ativas de recompor a comunicação entre as partes, características que certamente possibilitariam o atingimento de um resultado auto compositivo, a prática judiciária, influenciada pela sobrecarga de trabalho, dos diminutos espaços de tempo dedicados para as sessões, da falta de interesse de muitos advogados nesse tipo de expediente, e a falta de uma regulamentação verdadeiramente justa de remuneração desses profissionais, demonstra ainda não termos evoluído muito além do famigerado “tem proposta, doutor?!”.

Resta então, do leque aqui apresentado, a arbitragem, instituto esse que, de fato, faz parecer fácil desdenhar da ineficiência do Poder Judiciário. Com argumentos altamente

⁷⁶ “A Justiça que mais faz conciliação é a Trabalhista, que solucionou 23% de seus casos por meio de acordo (Figura 135) — valor que aumenta para 44,8% quando apenas a fase de conhecimento de primeiro grau é considerada (Figura 137). Ao considerar apenas a fase de conhecimento do primeiro grau, o maior índice de conciliação é verificado no TRT-2 com 51%. O TRT-8 apresenta número inconsistente, por indicar mais acordos homologados do que sentenças proferidas, e por isso os números foram excluídos das representações gráficas.” (CNJ, 2021, p. 193).

sedutores, como a finalização do procedimento arbitral em poucos meses, praticamente inexistente inadimplência de suas sentenças, além da confidencialidade, que é uma regra nesse ambiente, a arbitragem tem se revelado como a grande saída para os jurisdicionados que estão exaustos de sofrer com a debilidade da Justiça Pública.

Porém, quando visitamos os números da arbitragem no Brasil, é constrangedor constatar ser pífia a quantidade de procedimentos arbitrais implementados, sobretudo quando comparados com a da Justiça Pública.

Segundo o levantamento mais recente publicado pelo Comitê Temático de Arbitragem do Centro de Estudos das Sociedades de Advogados – CESA, coordenado pelos advogados Renato Stephan Grion e Gisela Ferreira Mation, tramitavam em 31.12.2018 no país 1.397 (um mil, trezentos e noventa e sete) procedimentos arbitrais nas principais instituições de arbitragem atuantes no Brasil (GRION, 2019). Dos que tramitavam, constituíam casos novos, ou seja, ingressados durante todo o ano de 2018, apenas 686 (seiscentos e oitenta e seis) procedimentos arbitrais (GRION, 2019).

Enquanto isso, o estudo anual do Conselho Nacional de Justiça denominado Justiça em Números, apontou que na mesma data (31.12.2018) tramitavam em todas as unidades judiciárias da Justiça Pública brasileira um assustador montante de 77,1 milhões de processos, aguardando alguma solução definitiva, dos quais constituíam casos novos, ou seja, ingressados durante todo o ano de 2018, 28,1 milhões de processos (CNJ, 2019).

Ou seja, do total de litígios submetidos a uma solução heterocompositiva no país apenas 0,0018% tramitavam sob a égide da Lei de Arbitragem, enquanto que dos casos novos submetidos apenas 0,0024% optaram pelo Juízo Arbitral, situação fática que aniquila o ideário da arbitragem como ferramenta efetiva para a desjudicialização em um curto ou médio prazo⁷⁷.

⁷⁷ Além disso, esse cenário apequenado da utilização da arbitragem atrai o seguinte questionamento: por que a arbitragem é para tão poucos? Permitimo-nos opinar, por não ser o objeto de fundo da presente pesquisa, porém é certo que pelo menos 03 (três) fatores contribuem para esse cenário. O primeiro são os altos custos envolvidos no procedimento arbitral. Considerando que os árbitros comumente são profissionais de alta formação e com marcante representação nas suas áreas de atuação (e precisam ser, até mesmo para atrair a confiança das partes), naturalmente seus honorários serão bem elevados. Conforme apontado por GRION (2019), a média dos valores em discussão nos processos arbitrais em andamento, indicam que as causas referem-se à cifras milionárias, próxima dos 100 milhões de reais. Esse é segundo fator, para ser viável o pagamento dos altos custos da arbitragem, apenas demandas de altíssimo valor acabam optando pela jurisdição privada, fomentando uma sensação de elitização da arbitragem, afastando operadores do direito e potenciais usuários. Finalmente, como terceiro fator, é certo que na sociedade brasileira, acostumada à reiteradas denúncias de escândalos de corrupção mesmo no Judiciário, é

Ou seja, a arbitragem, enquanto forma de resolução de conflitos do tipo jurisdição privada, possui, é certo, inúmeras qualidades inclusive aqui já dissertadas, porém não podemos mais manter a esperança de que ela será um importante fator para a diminuição do estoque de processos no âmbito dos tribunais.

3.5. Ainda não é o suficiente, temos de ir além.

Conforme visto, não foram poucas as relevantes modificações sofridas no sistema processual civil, sendo que o regramento originário de 1973 fora profundamente modificado ao longo de sua vigência, culminando inclusive na promulgação de um novo código em 2015, que pretendia ser mais moderno e ágil⁷⁸.

Além das modificações no próprio estatuto processual, o Conselho Nacional de Justiça também tem inovado na prestação jurisdicional mediante resoluções administrativas, criando caminhos para a simplificação de atos processuais, como ocorre com o “Juízo Digital”, alhures citado.

Embora diversas novidades tenham sido implementadas, e alguns resultados como uma sensível diminuição do estoque (indicado nos relatórios Justiça em Números anteriormente analisados) comecem a despontar nos relatórios do Judiciário, nos parece que o que fizemos até agora apenas evitou uma piora, não tendo servido para diminuir significativamente o congestionamento dos processos no Poder Judiciário e o tempo de tramitação média dos feitos. Nesse sentido é o registro do Prof. João Batista Lopes:

Para quem milita nas lides forenses, e até mesmo para os que com elas não têm familiaridade, não é difícil constatar que não houve alteração substancial no quadro de morosidade processual. Além disso, muitas das disposições no novo estatuto vêm suscitando intermináveis discussões como ocorre com a estabilização da tutela, o negócio jurídico processual, o sistema de precedentes, a taxatividade do agravo etc. Verifica-se, pois, que a almejada solução definitiva do mérito da causa em prazo

bastante sensível o sentimento de desconfiança para com os julgamentos, o que acaba por ser ampliado, gerando até mesmo um estereótipo, quando se pensa superficialmente na possibilidade de escolher os julgadores em um procedimento eminentemente privado.

⁷⁸ “São antigas, porém, as queixas contra a lentidão processual. Já LOBÃO, por exemplo, em 1816, referia-se aos inconvenientes que resultam dos processos ordinários e suas delongas, e propugnava por providências para se abreviarem as demandas. A lentidão processual preocupou o legislador de 1939 como se colhe da leitura da Exposição de Motivos: ‘O processo em vigor, formalista e bizantino, era apenas um instrumento das classes privilegiadas, que tinham lazer e recursos suficientes para acompanhar os jogos e as cerimônias da justiça, complicados nas suas regras, artificiosos na sua composição e, sobretudo, demorados nos seus desenlaces.’” (LOPES, 2019, p. 2).

razoável enfrenta várias barreiras sem que se vislumbre solução efetiva a curto ou médio prazo. (LOPES, 2019, p. 3).

Ou seja, até aqui apenas estabilizamos a sangria do sistema jurisdicional público, ou, como se diz no jargão popular, “enxugamos gelo”, evitando o total colapso do sistema. No entanto, não avançamos numa melhora significativa.

Além disso, mesmo com o advento dos meios auto compositivos para o regramento processual civil, embora realmente seja salutar e deva ser comemorado, estes ainda padecem de melhoramentos capazes de torna-los efetivos. Falta uma política de justa remuneração e incentivo para os profissionais, que, em sua grande maioria, ainda são voluntários, ou recebem poucos valores e ainda vinculados ao êxito do acordo. Falta uma estrutura digna para serem executadas as audiências num espaço apropriado, com tempo suficiente para a execução de todas as etapas do procedimento, sem o que a audiência torna-se meramente uma etapa protocolar a ser superada pelas partes.

Os índices levantados na pesquisa realizada apontam que, hoje, a conciliação e mediação judiciais ainda não atingiram o protagonismo como meios adequados de solução de conflitos, e, por mais que sejam institutos novos e ainda em desenvolvimento, não se observou os avanços quem eram deles esperados.

Tudo isso denota que apesar dos esforços, ainda não atingimos um bom nível de otimização da prestação jurisdicional para o atingimento de uma justiça efetiva, célere e de qualidade, razão pela qual devemos ir além⁷⁹, e repensar a justiça para, de fato, otimizá-la. Nesse sentido:

Sob a perspectiva de organização de um modelo estatal que não mais atende à complexidade das demandas contemporâneas, é indubitável que as funções estatais precisam ser (re)pensadas, sobretudo a jurisdição, que ainda se mostra adepta a concepções tradicionais incapaz de fornecer uma solução adequada aos problemas que lhe são postos. (SAID FILHO, 2017, p. 176).

⁷⁹ “Vale lembrar que o Poder Judiciário já está esgotado e a prestação jurisdicional acaba, na maioria das vezes, pecando na questão da eficiência da decisão. Aqui, o prejuízo à eficiência se dá em duas perspectivas: quantitativa e qualitativa. A primeira diz respeito ao baixo custo e rápida resolução dos conflitos, o que não ocorre no Poder Judiciário, e a segunda, por sua vez, no que tange à qualidade das decisões – também, na maioria das vezes, o Poder Judiciário deixa a desejar. Com efeito, é preciso “virar a chave”, observar esses novos caminhos de acesso à justiça e, a partir deles, efetivar de forma concreta a aplicação do Direito.” (MAIA, 2021, p. 51).

Assim, é evidente que a longa crise do Poder Judiciário ainda não revela uma luz ao fim do túnel, motivo pelo qual a incansável atividade de se repensar a justiça ainda deve ser estimulada, com o surgimento de novas ideias e criação de mecanismos capazes de efetivamente contribuir com a construção de uma justiça mais rápida e de mais qualidade.

4- DO DIREITO DE AÇÃO E SUA REPRESENTAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA.

O presente capítulo pretende justificar a possibilidade jurídica de fracionamento do direito de ação e sua representatividade do cânone constitucional de acesso à justiça. Será demonstrado que a interpretação histórica do acesso já superou barreiras de impedimento do acesso antes existentes, e que a regra do art.5º, XXXV, da Constituição Federal, permite seja o direito de acesso otimizado para fazer valer uma justiça de qualidade, incompatível com o momento líquido já detectado. Em especial, será verificado que a teoria de direito de ação recepcionado pela legislação brasileira diz devem ser preenchidas condições para seu exercício, as quais encontram-se em consonância com o texto constitucional.

4.1. Definição de acesso à justiça.

De acordo com o exposto no capítulo inaugural do presente trabalho, a formalização do Estado como agente provedor da justiça e titular da tutela jurisdicional (fase publicista da jurisdição⁸⁰) conferiu-se à população a desejada segurança no sentido de que o poder público por ela reconhecida agiria a seu favor em caso de ofensa aos seus direitos materiais, garantindo-se a ordem e distribuição da justiça.⁸¹

Mas, novamente, com a evolução do Estado e a assunção deste dos deveres de prestação da assistência social, percebeu-se que seria insuficiente disponibilizar uma instituição prestadora do poder jurisdicional (*in casu* o próprio Poder Judiciário) sem que houvesse amplo acesso da população àquela instituição. Fomentou-se, a partir de então, a ideia de acesso à justiça como direito fundamental de cada cidadão, inclusive, como forma de se permitir o alcance a todos os demais direitos fundamentais, segundo os ensinamentos de Luiz Guilherme Marinoni:

⁸⁰ Melhor explicado no Capítulo 2.3 deste trabalho.

⁸¹ Interessantes lembranças são levantadas por Uadi Lammêgo Bulos ao relembrar situações ocorridas antes da existência desse princípio: “Sua ausência, no passado, deu lugar a que numerosas situações do homem, individualmente tomado, ficassem desamparadas de toda proteção judicial, quando contra ele se projetava o arbítrio das razões de Estado. A injustiça, defluindo da atitude de omissão dos tribunais, em presença do conflito entre certas franquias constitucionais e a chamada questão política, era, então, um fato corriqueiro. Cometiam-se atos brutais. Presidentes da República prendiam pessoas durante o estado de sítio, sem observância das formalidades do processo. Cidadãos eram desterrados para lugares inóspitos. Não raro, demitia-se alguém de uma função vitalícia sem maiores delongas.” (BULOS, 2014, p. 630).

O direito de ação cobre a multifuncionalidade dos direitos fundamentais, ou seja, pode ser utilizado conforme as necessidades funcionais dos direitos fundamentais. Portanto, é um direito que se coloca sobre todas essas funções e, na verdade, sobre todos os direitos fundamentais materiais. É que os direitos fundamentais materiais dependem, em termos de efetividade, do direito de ação. Mesmo quando se pensa na ação como conduto de participação, considerando-se que a participação pode se dar por outros diversos meios, não há como deixar de concluir que sem ela (a ação coletiva) a participação do cidadão na reivindicação dos direitos fundamentais ficaria severamente prejudicada. O direito de ação é um direito fundamental processual e não um direito fundamental material, como são os direitos de liberdade, à educação e ao meio ambiente. Portanto, é imprescindível à efetiva concreção de todos eles. O direito de ação aparece exatamente no momento em que o Estado proíbe a tutela privada ou o uso da força privada para a realização e a proteção dos direitos. A partir daí o Estado assume o monopólio da solução dos conflitos e da tutela dos direitos e, por consequência lógica, dá ao privado o direito de acudir a ele. Esse último direito, antes denominado de direito de agir e agora chamado de direito de ação, é a contrapartida da proibição da realização privada dos direitos e, portanto, é devido ao cidadão como um direito à proteção de todos e quaisquer direitos. Ou seja, é um direito fundamental não apenas à tutela dos direitos fundamentais, mas à proteção de todos os direitos, como o direito de receber quantia devida em razão de um empréstimo ou o direito de cobrar os aluguéis que não foram pagos pelo locatário. O direito de ação visa a oferecer uma cobertura geral em termos de atualidade a toda e qualquer afirmação de direitos. Por essa razão, o direito de ação, além de ser abstrato e independente da efetiva existência do direito material afirmado em juízo, também é atípico, no sentido de que se liga indistintamente a toda e qualquer situação jurídica digna de tutela jurisdicional. (MARINONI, 2016, p. 1143/1147).

Logo, temos que o direito ao acesso à justiça deve ser visto como direito fundamental estruturante do Estado democrático de direito. A fundamentalidade desse direito é corolário da seguinte premissa: o direito de acesso é um dos principais instrumentos garantidores da concretização de todos os demais direitos fundamentais, tanto que diversos instrumentos jurídicos internacionais com foco central nos direitos humanos trazem idêntica proteção ao direito de acesso.⁸²

No Brasil, o direito de acesso está consagrado através do inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça à direito”. Consoante nos lembra o Prof. André Ramos Tavares, igual preceito já fora observado em constituições anteriores: “O princípio do amplo acesso ao Poder Judiciário remonta, na História constitucional pátria, à Constituição de 1946, que foi a primeira a expressamente determinar que ‘A lei não poderá excluir da apreciação do Judiciário qualquer lesão de direito individual’ (TAVARES, 2018, p. 408).

⁸² À título de exemplo é possível citarmos a Declaração Universal dos Direitos Humanos (artigos VIII a XII), o Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos (arts. 2º, 3º e 14º), a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (arts. 6º e 13º), a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (art. 47) e a Convenção Interamericana dos Direitos Humanos – Pacto de San Jose da Costa Rica (art. 7º e 10º).

De imediato, referido dispositivo constitucional sedimenta algumas premissas básicas do direito ao acesso, como o Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição, o qual pressupõe que o Poder Judiciário, após ser instado e provocado com alguma questão a si apresentada, não poderá permanecer inerte diante de tal provocação, devendo respondê-la. Além disso, o comando constitucional atribui ao legislador um impedimento objetivo na criação de normas que, direta ou indiretamente, restringissem o acesso ao Poder Judiciário.⁸³

Além disso, consoante nos ensina o Prof. Uadi Lammêgo Bulos:

É que a palavra lei, constante no art. 5º, XXXV, deve ser compreendida no sentido material e formal, precisamente para englobar todas as pautas jurídicas de comportamento que, porventura, pretendam obstaculizar o acesso à Justiça, e não, apenas, aquelas produzidas pelo Poder Legislativo. Assim, emendas constitucionais, decretos legislativos, resoluções, leis complementares, ordinárias e delegadas não podem ser objeto de propostas tendentes a impedir, direta ou indiretamente, a apreciação do Poder Judiciário de lesão ou ameaça a direito. (BULOS, ob. cit. p. 629).

E por fim, extrai-se do dispositivo constitucional em comento a proibição de se obrigar as demandas contra a administração pública de esgotarem, previamente, todas as instâncias administrativas antes de ser dirigida ao Poder Judiciário, evitando com isso um antigo fenômeno da instância administrativa forçada, que vigorou no Brasil após o advento da Emenda Constitucional nº 07 à Constituição Federal de 1967⁸⁴.

4.1.1 Da evolução do direito de acesso à justiça: As ondas de Cappelletti e Garth, e a superação de obstáculos do direito de ação.

Partindo da ideia central do direito de acesso como garantidor do ingresso do cidadão ao Poder Judiciário, independentemente de sua classe, cor, credo, profissão, ou qualquer outro fato discriminatório, utilizaremos as lições dos juristas Mauro Cappelletti⁸⁵ e

⁸³ Nesse sentido, anota Celso Bastos: “Isto significa que lei alguma poderá auto excluir-se da apreciação do Poder Judiciário quanto à sua constitucionalidade, nem poderá dizer que ela seja ininvocável pelos interessados perante o Poder Judiciário para resolução das controvérsias que surjam da sua aplicação” (BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito constitucional, p. 214 *apud* TAVARES, André Ramos. ob. cit. p. 408).

⁸⁴ Nesse ponto, não ignoramos que a atual Carta Magna ainda condiciona as demandas oriundas da Justiça Desportiva ao prévio exaurimento das vias administrativas (art. 217, §1º, CF), uma herança histórica da constituição derogada que analisaremos posteriormente ao adentrarmos no núcleo da celeuma do presente trabalho.

⁸⁵ CAPPELLETI, Mauro. Foi doutor em direito pela Universidade de Florença, Itália. Professor da Universidade de Stanford, nos Estados Unidos. Chefe do Departamento de Ciências Jurídicas do Instituto Universitário Europeu (Florença, Itália). Faleceu em 2004.

Bryant Garth⁸⁶ obtidas a partir do “Projeto Florença” estampadas na clássica obra “Acesso à Justiça” como base para demonstração das barreiras observadas no exercício prático do acesso⁸⁷, e como foram paulatinamente sendo superados, a fim de criar elementos de amostra para a sugestão a ser feita nesta tese.

4.1.1.1. Primeira onda: assistência judiciária aos pobres.

A primeira barreira identificada na obra em referência é o reconhecimento da jurisdição pública como um serviço público não gratuito, ao contrário, aliás, demasiadamente oneroso, bem como que o acesso depende quase sempre de assistência de um profissional da advocacia cujos honorários, não obstante sejam necessários à manutenção do profissional, por vezes transforma o acesso em uma dificuldade de difícil transpasse.⁸⁸

A solução apresentada na obra trouxe as ideias de gratuidade da justiça aos hipossuficientes, bem como o custeio dos honorários advocatícios pelos cofres públicos àqueles que fossem considerados economicamente vulneráveis.

Conforme é fácil notar em tempos atuais, essa primeira barreira fora devidamente suplantada pelo direito brasileiro desde muito, inclusive, à primeira edição da obra em comento (década de 1970), porquanto no Brasil existe desde 1950 a Lei 1.060 que disciplina o regime da Assistência Judiciária Gratuita, prevendo que: “Os poderes públicos federal e estadual, independente da colaboração que possam receber dos municípios e da Ordem dos

⁸⁶ GARTH, Bryant. É doutor em direito pela Universidade de Stanford, nos Estados Unidos. Ph.D. pelo Instituto Universidade Européia. Professor da Universidade da Califórnia-Irvine desde dezembro de 2013.

⁸⁷ A despeito de, certamente, ser o trabalho mais relevante com essa temática, o projeto de Cappelletti e Garth não é o único no segmento: “Outro projeto semelhante que merece destaque é o patrocinado pelo Banco Mundial e que teve como resultado a publicação do Documento Técnico 319S, em 1996. Esse projeto teve como principal tema o Acesso à Justiça nos Países Latino-americanos e o Caribe. O Documento Técnico 319S divulgando pesquisa de opinião realizada no Brasil, relatou que 82% dos juízes indicaram que o excesso de formalidades processuais seriam a causa da ineficiência do Poder Judiciário, assim como 73% desses mesmos juízes atribuíram ao grande número de recursos a causa de uma administração da justiça deficiente. Em síntese, o Documento Técnico 319S recomendou aos países objeto de estudo (incluindo nestes o Brasil), como medida principal, a adoção de mecanismos alternativos de resolução de conflitos como meio de dar maior Acesso e reduzir o custo da litigância. Destarte, sob o marco das conclusões dos projetos acima, ter-se-ia como altamente eficaz e proveitosa para o ‘Acesso efetivo à justiça’ a proposta de uma simplificação de procedimentos e adoção de métodos alternativos de resolução de conflitos, o que poderia representar uma forma de garantir o Acesso de forma igualitária a todos e ainda uma ‘justiça’ mais eficaz e confiável.” (NUNES, 2016, p. 160).

⁸⁸ “Esses altos custos são inegáveis empecilhos ao acesso à justiça, nomeadamente para as causas que envolvem somas pequenas, casos em que os custos do litígio podem suplantar o conteúdo do pedido. Além disso, a delonga de um processo judicial potencializa os efeitos negativos dos altos custos, especialmente em relação às partes economicamente mais fracas, que podem ser forçadas a abandonar suas demandas ou a aceitar acordos desvantajosos.” (GONTIJO, 2015, p. 21).

Advogados do Brasil, - OAB, concederão assistência judiciária aos necessitados nos termos da presente Lei.”⁸⁹

A previsão de 1950 fora recepcionada, inclusive, pelo vigente Código de Processo Civil Brasileiro, o qual também passou a regulamentar com mais detalhes a matéria, tendo sedimentado em seu art. 98 que: “A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei.”

E a prática revela uma importante utilização do instituto da Assistência Judiciária Gratuita no Judiciário brasileiro, tanto que, a despeito da Lei 1.060/50 e do Novo Código de Processo Civil preverem que a concessão da gratuidade da justiça depende única e exclusivamente da declaração de sua necessidade pela parte interessada, os tribunais têm mantido entendimentos que condicionam sua concessão à demonstração efetiva da impossibilidade de custeá-las, o que, ao nosso entendimento, serve de fundamento para sua boa utilização e manutenção para o futuro.⁹⁰

No que concerne ao chamado ‘pagamento de advogados pelos cofres públicos’ temos também tratar-se de matéria superada no Brasil desde o advento da Constituição Federal de 1988, que em seu artigo 134⁹¹ trouxe a implantação da Defensoria Pública, órgão responsável pela prestação da advocacia aos necessitados. Embora a Defensoria Pública ostente a titularidade do patrocínio de ações para os hipossuficientes, bem como a orientação jurídica judicial e extrajudicial, é cediço que em um país de porções continentais como o Brasil, somada ao engessamento da máquina pública, não é possível afirmar que o órgão atue em 100% do território nacional, motivo pelo qual, nesses casos, a advocacia privada é chamada para fazer as vezes em favor da população menos afortunada. É o que dispõe também o art. 14 da Lei

⁸⁹ Art. 1º, Lei 1.060/50.

⁹⁰ Nesse sentido, recente precedente do Superior Tribunal de Justiça: “A jurisprudência desta Corte orienta que pode o juízo, embora haja declaração da parte de sua hipossuficiência jurídica para fins de concessão dos benefícios da gratuidade de justiça, investigar sobre a real situação financeira do requerente, haja vista a presunção relativa de veracidade que ostenta a declaração.” (STJ – 4ª Turma - AgInt no AREsp 889259. Rel.^a Min.^a Maria Isabel Gallotti. DJ 11.10.2016). No mesmo sentido: REsp 1517822.

⁹¹ Art. 134, CF/88: “A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.”

1.060/50⁹², cujo texto continua em vigor mesmo após a promulgação do Novo Código de Processo Civil:

Desta feita, os obstáculos identificados por Cappelletti e Garth, na primeira onda do acesso à justiça, têm sido transpostos com certa tranquilidade no direito brasileiro, não obstante a extrema morosidade dos litígios ainda sirva de grande desestímulo ao enfrentamento de uma demanda judicial.

4.1.1.2. Segunda onda: representação dos interesses difusos.

Em continuidade à exposição das barreiras que dificultam o acesso à justiça, apresentam os estudiosos ser a representação dos interesses difusos uma característica negativa a ser enfrentada, sobretudo, pelo processo civil em defesa dos direitos da coletividade. Nos dizeres próprios de Cappelletti e Garth:

A concepção tradicional do processo civil não deixava espaço para a proteção dos direitos difusos. O processo era visto apenas como um assunto entre das partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais. Direitos que pertencessem a um grupo, ao público em geral ou a um segmento do público não se enquadravam bem nesse esquema. As regras determinantes da legitimidade, as normas de procedimento e a atuação dos juízes não eram destinadas a facilitar as demandas por interesses difusos intentadas por particulares. (CAPPELLETTI, 1988, p. 49/50)

De fato, procede a pontuação feita pelos autores de que o processo civil se destacou na origem para solução exclusiva de conflitos particulares, tendo se mostrado ineficaz para a solução dos conflitos difusos⁹³, mormente em vista da legitimidade exigida pela lei processual para o exercício da ação.

Por legitimidade devemos entender titularidade, tanto ativa quanto passivamente. É o legítimo autor de uma ação o legítimo titular do direito ali vindicado,

⁹² Art. 14, Lei 1.060/: “Os profissionais liberais designados para o desempenho do encargo de defensor ou de perito, conforme o caso, salvo justo motivo previsto em lei ou, na sua omissão, a critério da autoridade judiciária competente, são obrigados ao respectivo cumprimento, sob pena de multa de Cr\$ 1.000,00 (mil cruzeiros) a Cr\$ 10.000,00 (dez mil cruzeiros), sujeita ao reajustamento estabelecido na Lei nº 6.205, de 29 de abril de 1975, sem prejuízo de sanção disciplinar cabível.”

⁹³ Registre-se, por importante, que a expressão direitos coletivos aqui é empregada de modo a abranger todas as espécies do gênero: direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

consoante reza o art. 18⁹⁴, CPC, (igualmente o art. 6º do derogado CPC/73⁹⁵), e é o legítimo réu o verdadeiro titular responsável pelo adimplemento da obrigação. Logo, a satisfação dessa condição ação passa necessariamente pela verificação da titularidade do direito. Ao se postular um direito difuso, apenas seus titulares poderiam o fazê-lo, criando daí o empecilho levantado por Cappelletti e Garth de difícil transposição.

Não obstante, o direito brasileiro, através dos dispositivos acima indicados, já havia deixado registrado no CPC/73 que a lei poderia autorizar terceiros a postularem direitos de outrem, mesma situação registrada no CPC em vigência que autoriza tal situação quando autorizado pelo ordenamento jurídico. Nesse sentido, destacamos 03 (dois) diplomas legislativos que concedem legitimidade a terceiros para defesa dos interesses difusos em juízo, trata-se da Ação Civil Pública (regulada pela Lei 7.347/85), Ação Popular (Lei 4.717/65), e o Mandado de Segurança Coletivo (Lei 12.016/2009).

A primeira, especialmente voltada para a proteção do meio ambiente, direitos do consumidor, bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, ordem econômica, ordem urbanística, honra e dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos, patrimônio público ou social, e qualquer outro interesse difuso ou coletivo, concede legitimidade para que tanto o Ministério Público quanto a Defensoria Pública, a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, Autarquias, Empresas Públicas, Fundações, Sociedades de Economia Mista e Associações particulares (essas últimas desde que estejam legalmente constituídas a mais de 01 ano) postulem em juízo a responsabilização civil patrimonial e moral por danos causados aos valores por ela protegidos.

Por seu turno, a Lei da Ação Popular permite a qualquer cidadão em gozo de seus direitos políticos postular a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos praticados por agentes públicos contra o patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, e de suas entidades diretas e indiretas.

⁹⁴ Art. 18, CPC/15: “Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico.”

⁹⁵ Art. 6º, CPC/73: “Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.”

Válido ainda relembrar a possibilidade de impetração do Mandado de Segurança Coletivo, remédio constitucional voltado para a busca de ordem de segurança contra atos que tolham o direito líquido e certo de pessoas organizadas em um partido político ou associação de representação de um interesse em comum.⁹⁶

Finalmente, não podemos esquecer do papel constitucional do Ministério Público⁹⁷ brasileiro, à quem compete, dentre outras funções: “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, e de outros interesses difusos e coletivos”. (art. 129, III, CF).

A segunda onda de barreiras de acesso à justiça, portanto, do mesmo modo que a primeira restou derrubada pelo direito brasileiro, dada à existência de diplomas legislativos que asseguram, tanto à instituições públicas, quanto aos particulares, a postulação de direitos difusos em face da coletividade.

4.1.1.3. Terceira onda: do acesso a representação em juízo.

Conforme visto, as 02 (duas) primeiras ondas relacionadas por Cappelletti e Garth enfrentaram problemas materiais objetivos do acesso à justiça, em seu sentido mais puro e concreto, posto que não se pode falar em acesso à quem não tenha condições financeiras de custeá-lo, bem como não se pode falar no assunto restringindo-o para interesses exclusivamente individuais e privados, notadamente por vivermos em uma sociedade fraterna e pluralista⁹⁸, onde os direitos difusos se confundem com os próprios direitos fundamentais.

⁹⁶ Art. 21, Lei 12.016/2009: “O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial. Parágrafo único. Os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser: I - coletivos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica; II - individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante.”

⁹⁷ Art. 127, CF/88: “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.”

⁹⁸ Conforme consta do preâmbulo da Constituição Federal: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e

No entanto, nesta terceira onda, os autores vão além do conceito de representação como condição para o acesso, e passam a expor uma barreira onde a verdadeira justiça que se busca acessar nem sempre é aquela oferecida pelos tribunais da atualidade.

O fato de reconhecermos a importância dessas reformas não deve impedir-nos de enxergar os seus limites. Sua preocupação é basicamente encontrar representação efetiva para interesses antes não representados ou mal representados. O novo enfoque de acesso À Justiça, no entanto, tem alcance muito mais amplo. Essa ‘terceira onda’ de reforma inclui a advocacia, judicial ou extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, mas vai além. Ela centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas. Nós o denominamos ‘o enfoque do acesso à Justiça’ por sua abrangência. Seu método não consiste em abandonar as técnicas das duas primeiras ondas de reforma, mas em trata-las como apenas algumas de uma série de possibilidades para melhorar o acesso. (CAPPELETTI, ob. cit. p. 67/68).

A partir das reflexões de Cappelletti e Garth, é possível nos indagar se o protótipo da Justiça como a conhecemos em sua forma tradicional possui condições de efetivamente entregar justiça aos cidadãos. Conforme dito nas páginas anteriores deste trabalho, a concepção do Poder Judiciário fora cunhada em uma seara histórica com valores muito diferentes dos dias atuais, tendo permanecido inalterado enquanto as relações sociais sofreram constantes modificações⁹⁹. É nesse disparate que a terceira onda identificada pelos pensadores em comento adentram, sugerindo a partir da análise de que os resultados ofertados pela Justiça carecem de maior efetividade, uma série de reformas buscando ampliar a qualidade da jurisdição¹⁰⁰.

Em resumo, a terceira onda de acesso à justiça ressalta a necessidade de se mensurarem os diversos fatos e barreiras ao acesso, para se desenvolverem instituições aptas a enfrenta-los, convertendo assim, a simples garantia formal do

comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

⁹⁹ “A sociedade se modernizou, os escritórios de advocacia se modernizaram, mas o Poder Judiciário não. Ao menos não com a velocidade que seria necessária. Se, por um lado, sabemos que a sociedade atual tem pressa e, por tal razão, fala-se muito em princípio da duração razoável do processo, por outro, não menos importante, não podemos esquecer que o processo civil do futuro (e do presente) deve ser defensor das suas garantias fundamentais e dos seus princípios norteadores. Se ‘a pressa é inimiga da perfeição’, temos que ter uma preocupação em manter a qualidade das decisões judiciais, sobretudo exigir que contenham fundamentação, hábil a garantir credibilidade perante os seus destinatários. Busca-se, nesse sentido, uma harmonização plena e simultânea entre vários princípios.” (GOMES, 2012, p. 65).

¹⁰⁰ Vale transcrever o alerta final de Cappelletti e Garth: “A abordagem de acesso à justiça tenta atacar essas barreiras de forma compreensiva, questionando o conjunto das instituições, procedimentos e pessoas que caracterizam nossos sistemas judiciários. O risco, no entanto, é que o uso de procedimentos rápidos e de pessoal com menor remuneração resulte num produto barato e de má qualidade. Esse risco não pode ser nunca esquecido.” (CAPPELETTI, ob. cit., p. 165).

direito de ação em uma garantia material de direito de acesso à justiça, entendido como o acesso à ordem jurídica justa. (GONTIJO, ob. cit. p. 24).

E de imediato destacamos, dada sua proximidade com o tema em estudo deste trabalho, que a os autores já apontavam naquela época a necessidade de haver um incentivo por parte do Judiciário aos métodos extrajudiciais de solução de conflitos¹⁰¹, transcrevendo as benesses observadas desde então na arbitragem e na conciliação. Vale a pena lembrar que o projeto data dos anos de 1974/1975, ao passo que no Brasil o tema só fora oficialmente incorporado ao ordenamento jurídico em 2010 quando da edição da Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça.

Em verdade, para fins de registro deve ser consignado que o derogado Código de Processo Civil de 1973 já trazia em sua redação um leve incentivo à conciliação¹⁰², bem como que a arbitragem fora mencionada desde a nossa primeira Constituição Federal de 1824¹⁰³. Não obstante tais menções, no caso da conciliação o antigo código embora a recomendasse, deixava ao livre arbítrio dos magistrados o *modus* de como executá-la, muito diferente da atual conciliação regulamentada e dotada de técnicas de negociação e convencimento que muito auxiliam as partes a chegarem a um consenso.

No entanto, embora tarde, não podemos negar que o direito processual brasileiro hoje é adepto do sistema multiportas¹⁰⁴, e pretende dar a cada caso uma solução através do meio mais adequado.¹⁰⁵ Não obstante, apesar de tais instrumentos terem um importante significado

¹⁰¹ “Nesse sentido, a terceira onda renovatória, hoje, combina o aperfeiçoamento da técnica judicial com o incentivo a técnicas extrajudiciais de solução de conflitos e aplica-se tanto a direitos individuais como a direitos coletivos, mas todos esses avanços não foram capazes de conter o aumento do quantitativo de processos. Ainda é necessária uma maior preocupação com o aperfeiçoamento da técnica judicial, especialmente com a resolução coletiva de conflitos, e com o incentivo à solução extrajudicial de conflitos, pois o mero aumento de recursos materiais e humanos hoje não é suficiente para responder à morosidade enfrentada no Poder Judiciário, decorrente do grande quantitativo de processos.” (MENDES, 2015, p. 1853).

¹⁰² Art. 448, CPC/73: “Antes de iniciar a instrução, o juiz tentará conciliar as partes. Chegando a acordo, o juiz mandará tomá-lo por termo.”

¹⁰³ Art. 160, CF/1824: “Nas civeis, e nas penaes civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juizes Arbitros. Suas Sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes.”

¹⁰⁴ Para uma escorreita compreensão vide a seguinte metáfora: “Seria como se houvesse um átrio do fórum em que tivesse várias portas; a depender do problema apresentado, as partes seriam encaminhadas para a porta da mediação, ou conciliação, ou da arbitragem ou da própria justiça.” (BENIGNA, 2021, p. 50).

¹⁰⁵ “O NCPC adota o modelo multiportas de processo civil. Cada demanda deve ser submetida à técnica ou método mais adequado para a sua solução e devem ser adotados todos os esforços para que as partes cheguem a uma solução consensual do conflito. É norma fundamental do processo civil brasileiro a prioridade na utilização das técnicas para facilitar a resolução consensual dos conflitos (art. 3º, §§2º e 3º, CPC/2015). É dever do Estado promover, divulgar e fornecendo os meios necessários, e dos operadores jurídicos estimular, esclarecendo a população, a difusão e utilização dos meios adequados de resolução de conflitos.” (LESSA NETO, 2015, p.3).

no repensar da Justiça, é certo que para fins de otimização da prestação jurisdicional eles ainda não apresentaram números satisfatórios, conforme indicamos nos capítulos anteriores.

Assim, diferentemente do que ocorreu nas duas primeiras ondas renovatórias, percebe-se que o direito brasileiro ainda não suplantou com eficácia a terceira barreira de acesso à justiça identificada pelo autores da obra em análise, uma vez que a transformação da justiça em algo verdadeiramente célere e efetivo ainda esbarram em uma estrutura que talvez não esteja preparada para a tarefa constitucional que lhe fora atribuída.

Destarte, a partir do estudos realizados por Cappelletti e Garth, é possível colher a complexidade da discussão que circunscreve o tema do direito de acesso à justiça. Se as duas primeiras ondas de evolução ao acesso se referem centralmente ao direito de ingressar em juízo sob a ótica primária de representatividade, a última de objetivo expandido, voltando-se especialmente à efetividade da defesa e da concretização dos direitos (cuidando, inclusive, de métodos alternativos de solução de conflitos judiciais e extrajudiciais), o que evidencia que o direito de acesso à justiça não se reduz ao direito de acesso aos tribunais ou ao direito de ação. Por tais motivos, necessário se faz desvendar todos os feixes oriundos desse nobre direito constitucional, para, adiante, demonstrarmos como será possível restringi-lo parcialmente para, em um processo gradual de exercício do direito de ação, propiciar o melhor desenvolvimento do Poder Judiciário.

4.1.2. Feixes do direito de acesso à justiça.

Consoante já afirmado outrora, dada a importância do direito em debate, é crível que sua interpretação não fique apenas no acesso puro e simples ao Poder Judiciário, até porque não é apenas isso, devendo ser apresentado todos os feixes decorrentes desse direito fundamental, a fim de criar o caminho necessário para o embate proposto nesse trabalho.

Nesse sentido, toda a interpretação do direito ao acesso no ordenamento jurídico brasileiro decorre da previsão expressa do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Conforme já vimos, o primeiro feixe oriundo da previsão constitucional é justamente o direito ao acesso em si, o que, nos parece, encontra-se devidamente apaziguado,

afinal, é relativamente simples ajuizar uma ação no Poder Judiciário, sobretudo com as superações das primeiras barreiras mencionadas por Cappelletti e Garth, uma vez que é possível pleitear isenção de custas, além da grande oferta de advogados e da própria disponibilidade da Defensoria Pública. Isso sem falar na eficácia do processo eletrônico, que permite o ingresso de demandas em qualquer tribunal do território nacional.

Igualmente já visto, temos que o segundo feixe diz respeito ao fato dos tribunais não poderem deixar de se manifestar quando instados a intervirem nos conflitos dos cidadãos. É o que se chama de princípio da inafastabilidade da jurisdição.

E aqui há uma importante crítica feita pelo Prof. Rodolfo de Camargo Mancuso, ao detalhar que a leitura do indigitado inciso constitucional tão-somente pela ótica do acesso puro e simples traz uma conotação de incentivo descabido à judicialização de conflitos, tema, aliás, que trataremos adiante:

O inc. XXXV do art. 5.º da CF/1988, dispondo que a lei não pode subtrair à apreciação judicial históricos de lesão sofrida ou temida, tem merecido, ao longo do tempo, uma leitura que acabou por descolar aquele dispositivo da realidade judiciária contemporânea, tomando ares tão ufanistas como irrealistas. Com isso, daquele singelo enunciado se têm extraído premissas, garantias, deveres, direitos, enfim, proposições diversas, contando-se, dentre essas ilações exacerbadas: a garantia do acesso à Justiça, a universalidade da jurisdição, a ubiquidade da justiça, tudo, ao fim e ao cabo, estimulando o demandismo judiciário e por pouco não convertendo o direito de ação em (...) dever de ação! (MANCUSO, ob. cit., p. 205).

Na linha da crítica traçada por Mancuso, verifica-se que do aresto constitucional é possível inferir diversas outras garantias também protegidas pela égide dos direitos fundamentais, tal qual também fora observado por José Afonso da Silva:

O princípio da proteção judiciária, também chamado de princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, constitui, em verdade, a principal garantia dos direitos subjetivos. Mas ele, por seu turno, fundamenta-se no princípio da separação de poderes, reconhecido pela doutrina como garantia das garantias constitucionais. Aí se junta uma constelação de garantias: as da independência e imparcialidade do juiz, a do juiz natural ou constitucional, a do direito de ação e de defesa. Tudo ínsito nas regras do art. 5º, XXXV, LIV e LV. (SILVA, 2004, p. 429).

Por tais razão, é possível dizer que, hoje, o significado da expressão “acesso à justiça” possui maior amplitude de quando da elaboração do seu enunciado constitucional, por exemplo. Quando cunhado, a prioridade em relação a esse direito era o de incentivá-lo em sentido literal, a fim de que o maior número de pessoas pudesse ingressar com uma ação em

busca de um direito tutelado. Fica claro, portanto, que o dispositivo apresenta muitas facetas além da admissão de demandas em Juízo, preocupando-se também, e esse é o ponto a ser destacado, com o desenvolvimento dessa demanda, e, principalmente, com a saída dela do órgão julgador com a lide pacificada e o conflito apaziguado.

Assim, o direito de acesso à justiça compreende: i) o ingresso da demanda no Judiciário; ii) o desenvolvimento do processo; e iii) o direito à decisão judicial. Sem prejuízo, podemos inserir ainda o direito à efetividade do processo, e o direito à execução dos julgados.

É esse o ponto apresentado por Bueno (2016, p. 39) no início de seu estudo sobre o direito processual civil: “esse caminho de ida (ao Judiciário), de permanência (no Judiciário) e de chegada (pelo Judiciário) à solução do conflito e sua concretização prática – impositiva se for o caso – é o que ocupa o estudante e o estudioso do direito processual civil.”¹⁰⁶

É possível dizer, então, que em seu terceiro feixe a percepção do acesso à justiça transcende o direito do mero ingresso por si só, abrangendo o entendimento de que o verdadeiro acesso à justiça deve permitir a um cidadão além de poder ingressar com um processo, que seu processo seja solucionado em tempo hábil e resolvido com a devida qualidade pelos magistrados¹⁰⁷. Citando Cândido Rangel Dinamarco, Mancuso apresenta os feixes inseridos no contexto do direito de acesso:

¹⁰⁶ E complementa: “Já não é de hoje que o ‘processo de sentença’ (o ‘processo de conhecimento’) não pode mais ser o foco da atenção, consciente ou inconsciente, do estudo do direito processual civil. Sentença não é (e, bem entendida, nunca foi) sinônimo de satisfação do direito. Os efeitos colaterais dessa compreensão limitada e anacrônica são terríveis e em nada, absolutamente nada, contribuem para um mais efetivo acesso à justiça no sentido amplo que coloco em relevo.” (BUENO, 2016, p. 41).

¹⁰⁷ “Sem dúvida, o acesso à justiça é direito social básico dos indivíduos. Contudo, esse direito não está restrito ao mero acesso aos órgãos judiciais e ao aparelho judiciário estatal. Muito além disso, deve representar um efetivo acesso à ordem jurídica justa. Essa estruturação torna forçosa a conclusão de que os institutos processuais precisam, realmente, sofrer revisão e aprimoramento. Só assim, pode-se construir um instrumento cada vez mais eficaz rumo ao processo justo. Os óbices que impedem a efetividade do acesso à justiça são de várias ordens. O primeiro deles é a questão econômica, nela incluídos os custos e o tempo dispendido durante o procedimento. Os honorários contratuais do advogado e as taxas judiciárias, por vezes, podem, especialmente nas causas de menor monta, ser significativos frente ao bem da vida discutido. A demora na prestação jurisdicional também onera economicamente o processo, seja por pressionar as partes hipossuficientes a abandonar suas pretensões ou por forçá-las a acabar aceitando acordo em patamar muito inferior ao dano experimentado. A excessiva delonga das demandas, também, perpetua os conflitos sociais em vez de contribuir para sua pacificação. Outra barreira ao acesso à justiça é a questão geográfica. Configura-se pela dificuldade de um indivíduo, sozinho, postular direitos da coletividade e pela dispersão das pessoas afetadas, impedindo a formulação de estratégia jurídica comum. Um terceiro óbice a ser enfrentado é o de ordem burocrática. Trata-se da dificuldade de o indivíduo, muitas vezes, tendo um único processo em toda vida, estar em juízo contra litigantes habituais. Dentro desse óbice, encontram-se também as barreiras institucionais, representada pela percepção da autoridade judiciária como única capaz de resolver as controvérsias, e pelo desconhecimento quanto aos ritos processuais. Não se pode perder de vista, ainda, que as barreiras suscitadas não se mostram autônomas e incomunicáveis. Pelo contrário, elas têm íntima relação e

... visualiza uma escalada de situações jurídicas, começando pela ‘mera faculdade de ingresso em juízo’ (que ele localiza no precitado inc. XXXV do art. 5.º da CF/1988), passando, num segundo degrau, pela ação (‘situação de mais consistência e intensidade que o mero direito de demandar, dado que esse poder (a ação), quando adequadamente exercido, será apto a proporcionar ao seu titular o pronunciamento sobre a pretensão que deduzir (o *meritum causae*) o que não ocorre quando ausentes as condições da ação e, portanto, inexistente esta’); enfim, (só) no terceiro plano, chegue-se ao direito à tutela jurisdicional, salientando o autor que tal reconhecimento só é devido a ‘quem tiver razão perante o direito material. Ser ‘tutelado’ por uma sentença que me nega o bem pretendido seria um *non sense* semelhante ao ao *diritto di aver torto* da famosa expressão com que Giuseppe Chiovenda ironizou as teorias abstratas da ação’. (Saliente-se, neste passo, que o novo CPC não se refere, expressamente, às condições da ação, exigindo, porém, o interesse de agir e a legitimação para a causa, sob pena de indeferimento da petição inicial – art. 330, II e III). (DINAMARCO, 2000, p. 820-822 *apud* MANCUSO, *ob. cit.* p. 206).

Desta maneira, a partir do fracionamento do conceito de direito de acesso à justiça, é possível extrair da literatura que o acesso não se limita apenas ao ingresso puro e simples da demanda ao Judiciário, mas, sobretudo, trata-se de um direito efetivo que pretende entregar a solução do problema apresentado com rapidez e qualidade, elementos esse que, conforme já analisamos, não encontramos na presente sociedade de justiça líquida.

Assim, necessário aprofundar a análise do acesso para sua instrumentalização processual – direito de ação – e verificar seus desdobramentos para buscarmos onde é possível melhorarmos a prestação jurisdicional.

4.2. Do direito de ação.

É cediço que o processo é o instrumento oferecido pelo Estado para que os interessados possam se valer do poder jurisdicional ofertado à população. Com efeito, não bastaria a Carta Magna autorizar o amplo acesso ao Judiciário sem regulamentar o instrumento competente para tanto. É nesse cenário que encontramos o processo, ferramenta disponibilizada pelo Estado para os particulares acessarem seu poder jurisdicional, cujo exercício deverá atender as exigências do Código de Processo Civil.

qualquer solução aventada deve tratar de todos os problemas em conjunto. Nessa configuração, ainda, esses embaraços acabam por atingir, de forma extremamente mais gravosa, os litigantes individuais, em especial os mais pobres, e as causas de conteúdo econômico diminuto. Portanto, é a partir dessa realidade, prioritariamente, que se deve pensar o acesso à justiça e estruturar as políticas para lhe trazerem efetividade.” (PINHO, 2021, p. 189/190).

Além disso, para gozar do processo deve o interessado agir¹⁰⁸, tomar a atitude de levar ao conhecimento do Estado-Juiz a existência da lide que pretende ver resolvida. É o que se convencionou chamar de “direito de ação”.

Perfilha nesse sentido as clássicas lições de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Carlos de Araújo Cintra, e Cândido Rangel Dinamarco:

Vedada em princípio a autodefesa e limitadas a autocomposição e a arbitragem, o Estado moderno reservou para si o exercício da função jurisdicional, como uma de suas tarefas fundamentais. Cabe-lhe, pois, solucionar os conflitos e controvérsias surgidos na sociedade, de acordo com a norma jurídica reguladora do convívio entre os membros desta. Mas a jurisdição é inerte e não pode ativar-se sem provocação, de modo que cabe ao titular da pretensão resistida invocar a função jurisdicional, a fim de que esta atue diante de um caso concreto. Assim, fazendo o sujeito do interesse estará exercendo um direito (ou, segundo parte da doutrina, um poder), que é a ação, para cuja satisfação o Estado deve dar a prestação jurisdicional. Ação, portanto, é o direito ao exercício da atividade jurisdicional (ou o poder de exigir esse exercício). Mediante o exercício da ação provoca-se a jurisdição, que por sua vez se exerce através daquele completo de atos que é o processo. (GRINOVER, 2005, p. 257).

Historicamente, o exercício do direito de ação fora diversamente classificado em várias etapas, as quais devem ser analisadas antes de passarmos ao debate no núcleo deste trabalho.

4.2.1. Teorias da ação.

Já restou assentado no início destas linhas que a assunção do Estado na responsabilização jurisdicional decorre basicamente da obrigação de propiciar segurança aos membros da sociedade, os quais, por seu turno, em contraprestação davam-lhe o reconhecimento e legitimidade necessária ao seu exercício.

Não obstante, para que o Estado pudesse (e ainda hoje, possa) se manifestar em resolução à lide, indispensável era (e ainda é) que o mesmo fosse devidamente provocado através do exercício do direito de ação, porquanto desde sempre a característica da inércia jurisdicional esteve presente no estudo do direito de ação, pois sempre fora consenso que uma jurisdição atuante *ex officio*, ao invés de propagar a paz social buscada, transformaria pequenos

¹⁰⁸ Considerando que o Estado-Juiz deve obediência à regra da inércia, não pode o Judiciário tomar a iniciativa de iniciar uma demanda, devendo ser provocado para tanto.

conflitos em lides judiciais, sem falar na quebra da imparcialidade do julgador, outro princípio basilar da jurisdição.¹⁰⁹

No entanto, desde a concepção da ideia de que um soberano poderia governar a vida em sociedade, e ser o garantidor de seus direitos fundamentais, até a estabilização do moderno Estado Democrático de Direito, temos um lapso temporal extremamente grande onde é possível observar pelo menos 03 (três) fases principais do direito de ação, cujo estudo é importante para se entender como chegamos ao conceito exercido atualmente.

Esse momento histórico inicial de assunção de responsabilidade pelo Estado sobre os conflitos privados é hoje reconhecido como Teoria Imanentista da ação processual, marcada pela impossibilidade de diferenciação entre direito material e direito processual os quais eram vistos como um único fenômeno, sendo admitida a ação como consequência de sua imediata reação à lesão.¹¹⁰

É comum observarmos na doutrina, em especial SANTOS (1987, p. 151) referências à célebre proposição romana de Celso, para quem a ação era o próprio direito material em movimento, bem como de pedir em juízo o que nos é devido.

¹⁰⁹ “Conforme o princípio dispositivo, incumbe àquele que se diz titular do direito que deve ser protegido jurisdicionalmente (ou àquele a quem autoriza a agir em seu lugar) colocar em movimento o aparato judiciário, para dele obter uma concreta solução quanto à parcela do conflito trazida a juízo (a essa parcela do conflito que é judicializada denomina-se lide). Na esfera do direito processual civil, o Poder Judiciário é absolutamente inerte, só se manifestando (em amplo sentido) mediante a solicitação do interessado. Por isso, fala-se também de princípio da inércia inicial da jurisdição. Duas nobres razões justificam esse princípio: (1ª) o juiz poderia ter sua imparcialidade afetada, se ele mesmo desse início aos processos: ao reputar que determinada tutela jurisdicional é necessária, o juiz já estaria tomando uma posição acerca da lide; (2ª) a instauração de processos de ofício (i.e., sem provocação do interessado) normalmente não contribuiria para a pacificação social: se as partes não foram ao Judiciário, isso significa, muitas vezes, que não reputam o litígio relevante para tanto. De todo modo, em casos em que, por relevantes razões, não se deve deixar a opção da iniciativa jurisdicional unicamente à mercê do interessado, o ordenamento atribui a outros órgãos ou pessoas, que não o juiz, o poder de pedir a instauração de um processo judicial (p. ex., o Ministério Público).” (WAMBIER, 2016a, p. 36).

¹¹⁰ “Na teoria immanentista o direito de ação é considerado o próprio direito material em movimento, reagindo a uma agressão ou a uma ameaça de agressão. Nessa concepção, que não consegue entender o direito de ação como direito autônomo, quando há respeito ao direito material, ele remanesce estático, colocando-se em movimento somente no caso de agressão ou ameaça, hipótese na qual passa a ser considerado direito de ação.” (NEVES, ob. cit. p. 123). Ainda: “Nessa época, alguns doutrinadores viam a ação como uma fase do direito material ou como o direito material violado em estado de reação, e outros a explicavam como um direito novo, derivado da violação do direito material, tendo por conteúdo uma obrigação do adversário de fazê-la cessar. Esse ‘direito novo’ era concebido como um direito que, nascendo da violação do direito material, deveria ser exercido contra o violador, e assim estava muito longe de constituir um direito autônomo em relação ao direito material.” (MARINONI, cit. p. 912).

A teoria imanentista, portanto, repousa suas bases em 03 (três) fundamentos básicos: i) não há ação sem direito; ii) não há direito sem ação; iii) a ação segue a natureza do direito. Essa fase inicial, é marcada fortemente por uma confusão existente entre direito material e direito processual, os quais foram vistos por muito tempo como uma única coisa, de modo que ao postular em juízo uma solução para seu problema deveria estar o autor dotado de certeza e boa-fé quanto à existência da lesão e do direito vindicado, sob pena de inviabilizar o processo, uma vez que o mesmo dependia diretamente da procedência do direito material.¹¹¹

Como é fácil notar, não demoraria muito para que a diferenciação entre direito material e direito processual surgisse¹¹², evidenciando-se 02 (duas) formas distintas de regulamentação jurídica: o direito material se encarregando de regular as condutas sociais, ao passo que o direito processual regula a forma de solucionar os conflitos oriundos das condutas sociais.¹¹³

Surge então a Teoria Concreta da ação, a qual apresenta a demanda como um direito próprio e autônomo. Foi na Alemanha, em 1885, que essa teoria fora lançada inicialmente por Wach, o qual também traçou as primeiras linhas sobre a publicidade do direito de ação, dirigindo-o contra o Estado, para dele exigir o cumprimento da tutela jurisdicional.¹¹⁴

¹¹¹ “Porém, embora a doutrina, ao aludir à definição de Celso, tenha admitido a indistinção da ação frente ao direito material, leu essa definição grifando a relação entre ‘nada mais é’ (*nihil aliud est*) e ‘perseguir em juízo’ (*persequendi in iudicio*), daí – derivada da força privada -, ‘nada mais é’ do que o direito de ‘perseguir em juízo’. Ou melhor: a compreensão da definição de Celso pela doutrina que não viu qualquer distinção entre a ação e o direito material ao menos permitiu o esclarecimento de que a ação privada não mais existia, e então ‘nada mais era’ do que o direito de perseguir o direito por intermédio do juiz. (MARINONI, ob. cit. p. 913/914).

¹¹² Até mesmo porque, conforme explicamos no início do presente trabalho, sendo verdade que o direito possui uma finalidade pacificadora, manter a existência de um direito exclusivamente material representaria ampliar a desestabilização da paz, porquanto qualquer conduta que visasse sanar uma lide seria admitida como válida, perpetuando o conflito. Daí porque se fez necessário segregar o direito processual do material.

¹¹³ “Essa teoria falha quanto a dois pontos específicos: 1) as ações declaratórias, pois estas consistem apenas em requisitar uma declaração, ou seja, existência ou não de uma declaração jurídica ou autenticidade de um documento; 2) a não explicação racional da ação infundada, pois o que tem razão e o que não tem podem receber do Judiciário o mesmo tratamento, porque é impossível, liminarmente, dizer quem não tem razão.” (PINHO, 2015, p. 184).

¹¹⁴ “Para demonstrar definitivamente a autonomia do direito de ação, afirma que ele não se confunde com o direito privado e muito menos com a pretensão do direito civil. Segundo Wach, a pretensão de tutela jurídica - ação - constitui direito de natureza pública, dirigindo-se contra o Estado, o qual teria a obrigação de prestá-la, e contra o demandado, que teria que suportar seus efeitos. Tal teoria parte da contribuição de Mütter, que afirmou que o cidadão tem direito à tutela jurídica contra o Estado, mas Wach desenvolveu sua teoria em relação à ação declaratória. A aludida autonomia do direito de ação foi demonstrada através da ação declaratória negativa, que consiste justamente na declaração de inexistência de determinada relação jurídica e, por conseguinte, do direito material subjetivo que dela poderia defluir.” (PINHO, 2015, p. 185).

A teoria concreta, porém, deixa a desejar quando condiciona a validade do direito de ação (autônomo) à procedência do direito material. Em suma, os concretistas defendiam ser o exercício da ação um direito público autônomo (valendo-se para tanto do exemplo da ação declaratória, hoje expressa no art. 19, CPC), no entanto o direito de acionar ainda confundia-se com o mérito da ação no resultado final.

Dentre os concretistas, destacou-se Giuseppe Chiovenda, o qual incorporou à teoria concreta o elemento potestativo, mas ainda manteve a dependência de resultados entre os diferentes ramos:

Em última análise, a teoria de Chiovenda configura a ação como um direito – um direito de poder, sem obrigação correlata – que pertence a quem tem razão contra quem não a tem. Visando à atuação da vontade concreta da lei, é condicionada por tal existência, tendo assim um caráter concreto. Não deixa, portanto, de ser o direito à obtenção de uma sentença favorável. (GRINOVER, ob. cit. p. 259).

Em que pese os esforços dos concretistas em dissipar sua tese, bem como a positiva influência proporcionada pela mesma, não há como aceitar sua validade nos dias atuais, mormente pela impossibilidade de se explicar os atos processuais praticados até a prolação de uma sentença extintiva, por exemplo, ou de total improcedência. Ora, neste exemplo, se ao final de uma demanda o juiz decidir julgar improcedente o pleito autoral teremos a plena validade do direito de ação em detrimento da inexistência do direito material, porquanto embora não tenha demonstrado a procedência do pedido do autor, funcionaram perfeitamente os autos para atingir um resultado justo aos olhos do julgador, não havendo coerência, portanto, a vinculação entre o resultado do pleito com a desenvoltura do procedimento.

Tanto é assim que enquanto Chiovenda sustentava na Itália sua teoria concreta potestativa, na Alemanha Degenkolb já havia lançado sua teoria da ação como direito abstrato de agir, acompanhado de Plósz, na Hungria. Referida teoria, define o direito de ação também como direito público voltado contra o Estado na consecução do bem da vida buscado, onde o réu deve comparecer em juízo para apresentar sua versão e defender-se da pretensão. No entanto, a pretensão formal (processo) não se confunde com o direito privado arguido pelo proponente (matéria), sendo concebido como abstrato em relação ao outro direito.¹¹⁵

¹¹⁵ “Segundo a teoria abstrata, a ação seria direito que decorre da própria personalidade, existindo de forma desvinculada do direito material. Todavia, tal teoria foi criticada porque através dela seria possível obter uma sentença sem base em qualquer direito material, caracterizando-se a ação mais como uma faculdade do que como um direito. Assim, a teoria abstrata foi reformulada, passando a defender que o direito de ação pressupõe que seu

O direito de acionar exige apenas que o autor faça referência a um interesse seu, protegido em abstrato pelo direito, ficando o Estado, tão-só por isso, levado a exercer a sua atividade jurisdicional, proferindo uma sentença, ainda que contrária. Pertence a todos os indivíduos, pelo fato de serem titulares de direitos, ou seja, constitui uma decorrência da própria personalidade e se configura como aspiração ao direito, direito à realização do direito. Ao direito de acionar corresponde a obrigação jurisdicional do Estado, por via da qual o autor pode obrigar o réu a participar do juízo. Donde tratar-se de um direito público subjetivo, preexistente ao processo, desvinculado do direito material invocado. Esta última circunstância, que lhe é característica, qual a ser o direito de ação independente da efetiva existência do direito invocado, deu à teoria a denominação de teoria do direito abstrato de ação. (SANTOS, ob. cit. p. 152).

O subjetivismo e a abstração da jurisdição é manifesto, tanto que após sua implantação a jurisdição alcançou uma nova fase, a qual convencionou-se classificar de Fase Publicista, onde os defeitos identificados nas fases anteriores foram sanados e desenvolvidas as 02 (duas) principais características que cunharam o moderno processo civil: vinculação automática e sujeição obrigatória.

Através dessas características o processo perdeu seu caráter privado e passou a ter força público-vinculativa, de modo que a simples condição de cidadão já nos adere à força executiva do Poder Judiciário, independentemente de nosso prévio aceite ou concordância.

O que temos hoje, portanto, é um sistema processual de força automática e onipresente. Não é questionado ao réu de uma determinada ação judicial se ele concorda em responder aos pedidos formulados pelo autor. Ao contrário, ele tem a obrigação legal de responder em um prazo pré-estabelecido sob pena dos fatos alegados pelo autor serem considerados verdadeiros na futura sentença a ser proferida naquele processo¹¹⁶. E no mesmo sentido, não lhe é lícito optar por cumprir ou não a sentença que lhe for desfavorável, mas, do mesmo modo, deve cumpri-la no prazo da lei sob pena do Juízo fazê-lo em seu lugar.¹¹⁷

titular acredite de boa-fé na existência do direito que é postulado.” (SILVA, 1997, p. 109).

¹¹⁶ Art. 344, CPC. “Se o réu não contestar a ação, será considerado revel e presumir-se-ão verdadeiras as alegações de fato formuladas pelo autor.”

¹¹⁷ Art. 523, CPC. “No caso de condenação em quantia certa, ou já fixada em liquidação, e no caso de decisão sobre parcela incontroversa, o cumprimento definitivo da sentença far-se-á a requerimento do exequente, sendo o executado intimado para pagar o débito, no prazo de 15 (quinze) dias, acrescido de custas, se houver.

§ 1º Não ocorrendo pagamento voluntário no prazo do caput, o débito será acrescido de multa de dez por cento e, também, de honorários de advogado de dez por cento.

§ 2º Efetuado o pagamento parcial no prazo previsto no caput, a multa e os honorários previstos no § 1º incidirão sobre o restante.

§ 3º Não efetuado tempestivamente o pagamento voluntário, será expedido, desde logo, mandado de penhora e avaliação, seguindo-se os atos de expropriação.”

É nessa fase, que o exercício do direito de ação atinge sua plenitude, demonstrando a força do poder jurisdicional em sua forma mais desenvolvida e robusta.

Não obstante, a teoria abstrata restou aprimorada pelo jurista italiano Enrico Tullio Liebman, o qual, talvez em vista do período em que permaneceu no Brasil na primeira metade do século passado, exerceu grande influência com a sua Teoria Eclética da Ação sobre os processualistas pátrios. Segundo o italiano, a configuração do direito de ação parte da análise das, por si chamadas, condições da ação, nomenclatura que veio a ser adotada no Brasil pelo Código de Buzaid, em 1973¹¹⁸.

Isso porque, segundo a tese por si cravada, o direito de ação não pertence a todos indistintamente, “o direito de agir em juízo cabe de fato para a tutela dos próprios direitos e legítimos interesses. Isto significa que não caberia a quem quisesse a tutela do direito alheio.” (LIEBMAN, 2003, p. 136).

De se notar, portanto, que para Liebman, não bastava haver uma pretensão a ser resolvida pelo Poder Judiciário para justificar o exercício do direito de ação, o proponente, ao mesmo tempo em que formula seu pedido, deve fazê-lo de modo a indicar ser seu legítimo titular (legitimidade), bem como que o pedido formulado é capaz de melhorar sua situação jurídica então despida do direito vindicado (interesse-utilidade), impossível de ser atingido sem a intervenção do estado com sua infantaria jurisdicional (interesse-necessidade).

¹¹⁸ Para melhor compreensão da influência da doutrina processual italiana no Brasil, vejamos: “Em 1964, Alfredo Buzaid, entregava ao Governo Federal o Anteprojeto para o Código de Processo Civil, que viria a ser promulgado apenas em 1973, após a revisão e discussão de seu texto pela Comissão de juristas formada por José Carlos Moreira Alves, Luís Antonio de Andrade, José Frederico Marques e Cândido Rangel Dinamarco, além da assídua participação de José Carlos Barbosa Moreira. Buzaid era Professor Catedrático de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, e trazia consigo enorme bagagem da doutrina processual civil italiana, em razão de ter sido aluno de Enrico Tullio Liebman, quando estava em sua estada no Brasil por força das agitações que sofria a Itália por conta do clima da Segunda Guerra Mundial. Liebman chegou ao Brasil em meados de 1940, e passou a ministrar aulas na Universidade de São Paulo. Na mesma época, formou grupo de estudos com seletos alunos, dentre eles Alfredo Buzaid ao lado de Luís Eulálio de Bueno Vidigal, Benvindo Aires, Bruno Affonso de André e José Frederico Marques. Foi, portanto, a partir das lições de Liebman na Universidade de São Paulo, que o processo civil se desenvolveu no Brasil sob forte influência do arcabouço teórico da doutrina italiana, mais precisamente Giuseppe Chiovenda. É também por esta razão, que afirmamos que o Código Buzaid representa a adoção dos conceitos e institutos desenvolvidos pela doutrina italiana. [...] É inegável, portanto, que o Código Buzaid incorporava a visão de Chiovenda acerca da jurisdição, vendo-a como função do Estado responsável por fazer atuar a vontade concreta da lei.” (FEIJÓ, 2016, p. 213/214).

Logo, para Liebman, o direito de acesso à justiça pertence a quem afirmar ser titular de um direito ou interesse legítimo, e, nesse sentido, demonstrar a existência das condições da ação: legitimidade para a ação, interesse de agir, e (à época) a possibilidade jurídica do pedido, ainda que, ao final do processo, o resultado de mérito não lhe seja favorável.¹¹⁹

Os estudos de Liebman restaram acolhidos pelo Código de Processo Civil Brasileiro de 1973, onde, em seu art. 267, VI, se lia que o processo seria extinto sem resolução de mérito quando: “não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual.” Estava cunhada a expressão condições da ação como referência aos requisitos para o regular exercício do direito de ação.

Doravante, o direito de ação a ser exercido pelo cidadão estava condicionado ao preenchimento de tais requisitos, sem os quais o juiz não poderia conhecer o mérito da questão, extinguindo o processo sem que o problema principal a ele submetido fosse resolvido.

Em suma, e considerando que todos os Códigos de Processo Civil brasileiros, desde sua unificação, adotam a Teoria Eclética de Liebman, de rigor trazer para este trabalho o conceito final de seu criador sobre o direito de ação:

O direito de ação adquiriu assim uma fisionomia suficientemente precisa: é um direito subjetivo diverso daqueles do direito substancial, porque se dirige contra o estado, sem pretender uma prestação dele; é antes um direito de iniciativa e de impulso, com o qual o cidadão põe em movimento o exercício de uma função pública, da qual espera obter a proteção das próprias razões, dispondo para tal fim dos meios fornecidos pela lei para fazê-las valer (embora sabendo que o resultado poderá também lhe ser desfavorável); é portanto um direito fundamental do cidadão, que qualifica sua posição no ordenamento jurídico e em confronto com o Estado, conferido e regulado pela lei processual, mas reforçado por uma garantia constitucional em que encontramos delineados seus contornos essenciais. Ele é disciplinado portanto pelo direito em vigor no momento em que a ação é proposta, mesmo se a relação substancial a que se refere foi regulada por uma lei anterior; analogamente, a admissibilidade da ação, assim como suas condições de exercício, são reguladas pela *lex fori*, qualquer que seja a lei que regula a relação substancial deduzida em juízo. (LIEBMAN, ob. cit., p. 137/138).

Por fim, é importante esclarecer uma dúvida nascida com o advento do Código de Processo Civil de 2015, acerca da manutenção ou não das condições da ação no novo texto

¹¹⁹ Não é por acaso, portanto, que Teresa Arruda Alvim Wambier leciona consistirem as condições da ação: “no elo mais nítido que existe unindo o direito material ao processual”. (WAMBIER, 2007, p.55).

legal. A dúvida surge pois, diferentemente da versão anterior, que expressamente tratava das condições, a versão em vigor suprimiu a expressão, embora tenha mantido a exigência de legitimidade e interesse para o exercício da atividade postulatória. A dúvida fora muito bem respondida por Thamay (2016), de cujo entendimento compartilhamos:

A expressão “condições da ação” não aparece no texto do novo Código de Processo Civil, que, todavia, exige interesse e legitimidade para a postulação em juízo (art. 17). Indaga-se, então, se permanece a categoria das condições da ação, imaginando-se, por exemplo, que o interesse e a legitimidade possam agora ser considerados “pressupostos processuais”. Devagar com o andar. A doutrina processual estuda três grandes temas: a jurisdição, o processo e a ação, variando, conforme a época, a importância dada a um ou outro desses temas. O certo, porém, é que conceitualmente processo é uma coisa, ação é outra coisa e jurisdição uma terceira. São conceitos complementares, mas que não se confundem. Ora, se há condições relativas ao processo, desde Bülow estudadas sob o nome de “pressupostos processuais”, é natural que também haja pressupostos da ação, as chamadas “condições da ação”. Se o autor postula em juízo sem ter interesse nem legitimidade, há processo, mas não há ação apta a ser efetivamente eficaz. Enquadrar a legitimidade e o interesse, entre os pressupostos processuais implica confundir ação com processo, e não se pode pura e simplesmente negar a existência de condições da ação, por implicar negação do que a lei afirma: a necessidade de interesse e legitimidade para a postulação em juízo. [...] Reafirmamos, pois, que ação é uma coisa e processo, outra coisa. Permanece a categoria das condições da ação, porque permanece a exigência de interesse e legitimidade para a propositura da ação. (THAMAY, 2016, p. 261/262).

5- DA GRADUAÇÃO DO DIREITO DE AÇÃO: FILTRO JURISDICIONAL APTO A PERMITIR A OTIMIZAÇÃO DA PRESTAÇÃO DA JUSTIÇA.

A jurisdição pública, exercida pelo Poder Judiciário através do processamento de demandas judiciais, ainda é a modalidade de solução de conflitos mais utilizada pelos brasileiros, e ao que tudo indica, continuará sendo o modelo favorito¹²⁰, a despeito de todas as dificuldades que se pode suscitar ao seu respeito, e mesmo com meios mais céleres e adequados como a conciliação, mediação e arbitragem, à disposição. Urge, pois, buscarmos meios de melhorar a prestação desse modelo de justiça, permitindo que os processos, de fato, sejam julgados em períodos de tempo razoáveis¹²¹, e com uma análise satisfatória, em detrimento a um formato de justiça líquida imperado nos tempos atuais. As modificações estruturais no processo tidas até hoje mostraram-se contributivas, otimizando o andamento processual, sobretudo excluindo etapas formais¹²² e permitindo decisões em caráter provisório¹²³, no entanto, mesmo os exemplos mais significativos, não foram o suficiente para impactar, de fato, na relação da sociedade com o Poder Judiciário, uma vez que o tempo de tramitação ainda continua longo, e os índices de boa percepção da justiça não apontaram crescimento. É chegada a hora, pois, de irmos além, e buscarmos novos elementos para, de maneira verdadeiramente efetiva, otimizar a prestação jurisdicional, para o que acreditamos na graduação do direito de ação, com a criação de um filtro jurisdicional que incentive as pessoas a buscarem a solução por meios próprios. Mas para isso é preciso verificar a total possibilidade jurídica dessa ideia, porquanto já presente no cotidiano processual. É o que passamos a demonstrar.

5.1. Da possibilidade jurídica de criação de filtro processual a obrigar o interessado a buscar a solução extrajudicial anteriormente ao processo judicial.

¹²⁰ Questionamento semelhante é abordado por SEMER (2021, p. 21), em capítulo específico “comida de asilo”: “Se os brasileiros desconfiam tanto assim da Justiça, por que a procuram cada vez mais? Pode-se dizer que a desconfiança tem um viés muito subjetivo, uma impressão, em certa medida relacionada com a própria forma crítica como a mídia encara a Justiça – ou, de acordo com determinada decisão que se tornou muito conhecida; enquanto a necessidade de litigar não admite, via de regra, alternativas com igual eficácia. Isso significaria dizer que, mesmo não confiando, o brasileiro não tem outra forma de disputar seus direitos e, portanto, vai à Justiça.”

¹²¹ Conforme garante a Constituição Federal (art. 5º, LXXVIII): “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”, e mesmo o vigente Código de Processo Civil (art. 4º): “As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.”

¹²² Como ocorreu na junção do cumprimento de sentença à ação de conhecimento, criando o sincretismo processual.

¹²³ Com a criação da figura da tutela antecipada.

Com efeito, o CPC brasileiro, desde sua primeira versão federalizada em 1939¹²⁴, confirmada pela edição de 1973 (Código de Buzaid), e ratificada na vigente versão de 2015, impõe algumas condições para o exercício do direito de ação, quais sejam, a demonstração do interesse e da legitimidade (art. 17, CPC), sem as quais o autor da demanda será considerado carente de ação, e terá seu processo extinto sem resolução de mérito (art. 485, VI, CPC).

Não obstante, ao analisarmos o texto constitucional acerca da jurisdição, (art. 5º, XXXV) – o qual salienta que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça à direito” – traz, numa primeira leitura, a ideia de que a atividade jurisdicional é inafastável, e como tal, qualquer regra inferior que criasse filtros ou impedimentos de acesso à jurisdição se revelaria inconstitucional.

A conclusão prematura acima delineada, contudo, encontra exceções em variados dispositivos legais, existindo, assim, no direito brasileiro, diversas situações que impedem o acesso direto à jurisdição pública, exigindo do postulante uma prévia tentativa de resolução da situação fora do Poder Judiciário. Esse formato denota um sistema de graduação ao direito de ação, em que seu exercício é fracionado, iniciando-se na tentativa prévia de resolução extrajudicial do conflito, e, em sendo tal tentativa inútil ou insuficiente para a resolução da celeuma, abrindo-se a possibilidade de ingresso da demanda em juízo.

Essa exigência, no olhar de muitos¹²⁵, poderia representar uma ofensa ao direito de ação, representativo do direito de acesso à justiça. No entanto, as hipóteses que serão analisadas já foram objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal e tiveram sua constitucionalidade confirmada, sendo, portanto, uma exigência constitucional.

Estudaremos as mais conhecidas delas adiante, a fim de buscarmos subsídios para o presente trabalho.

¹²⁴ Art. 2º, CPC/1939: “Para propor ou contestar ação é necessário legítimo interesse, econômico ou moral. Parágrafo único. O interesse do autor poderá limitar-se à declaração da existência ou inexistência de relação jurídica ou à declaração da autenticidade ou falsidade de documento.” Art. 3º, CPC/1973: “Para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade.” Art. 17, CPC/2015: “Para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade.”

¹²⁵ Conforme indicaremos no item 5.2.3.

5.1.1. Hipóteses constitucionais de graduação do direito de ação.

Conforme dito, embora a Constituição Federal consigne não ser lícito à lei excluir lesão ou ameaça de lesão da apreciação pelo Poder Judiciário, há em nosso ordenamento jurídico situações onde a jurisdição pública não pode ser acessada de imediato, sendo necessário o preenchimento de requisitos prévios para somente então haver o legítimo interesse processual.

Conforme veremos, tratar-se-ão de situações que não excluem o Poder Judiciário, mas que otimizam o direito de ação, filtrando o acesso indiscriminado, impondo etapas anteriores como filtros jurisdicionais.

5.1.1.1. Convenção de arbitragem.

A arbitragem é uma equivalente jurisdicional¹²⁶ destinada à solução de conflitos patrimoniais disponíveis¹²⁷ (art. 1º, Lei 9.307/96), servindo como alternativa à jurisdição pública, instituindo-se a partir da vontade comum das partes em elegê-la, seja através de forma prévia em uma cláusula arbitral, seja após constituído o conflito, via compromisso arbitral.

Uma vez regularmente instituída pelas partes, a arbitragem cria para os envolvidos a obrigatoriedade de que os conflitos oriundos da relação abarcada pela sua convenção sejam, indistintamente, submetidos à apreciação da própria arbitragem, afastando, momentaneamente, a apreciação do caso pelo Poder Judiciário.

¹²⁶ Embora não seja o objeto deste trabalho, é salutar demonstrar possuir a arbitragem legítima natureza jurídica de jurisdição, embora sua instituição seja fundada no pacto entre as partes que a elegem. Para tanto, valemo-nos das lições do Prof. Luiz Antonio Scavone Junior, que assenta: “A Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996, acabou com a necessidade de homologação judicial da sentença arbitral e equiparou o árbitro ao juiz togado no desempenho da arbitragem (art. 18), esclarecendo que a sua decisão é sentença e, como tal, constitui título executivo judicial (CPC, 515, VII), fazendo coisa julgada material ao decidir o mérito do conflito. [...] É preciso reforçar que a solução dada pelo árbitro, como dito, é denominada sentença arbitral e sua atividade é indubitavelmente jurisdicional, rompendo com a ideia inicial trazida por Giuseppe Chiovenda, para quem a jurisdição era atividade estatal de aplicação do direito ao caso concreto, o que foi adotado pelo sistema anterior à Lei 9.307/1996.” (SCAVONE JUNIOR, 2015, p. 2/3).

¹²⁷ Registre-se, por salutar, que além da própria Lei de Arbitragem reportar a aplicabilidade do instituto para direitos patrimoniais disponíveis, o Código Civil também assim o estabelece no art. 852: “É vedado compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial.”

Tanto é assim que o Código de Processo Civil tratou de inserir a arbitragem no rol das questões preliminares a serem indicadas na contestação, na qualidade de pressuposto processual negativo¹²⁸ (art. 337, X, c.c. 485, VII, CPC), ou seja, se ajuizada a demanda perante a jurisdição pública mesmo diante do pacto arbitral anteriormente celebrado, será a ação extinta sem julgamento de mérito, uma vez que o Poder Judiciário estará impedido de conhecer do processo.

Essa situação poderia gerar a (falsa) sensação de que a arbitragem ofenderia o direito da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, CF) justamente por impedir que o signatário acessasse o Poder Judiciário após firmar o pacto arbitral. No entanto, a premissa acima delineada não ultrapassa o limite de uma falácia, uma vez não haver dúvidas na atualidade acerca da constitucionalidade da arbitragem no direito brasileiro, e de sua coexistência harmoniosa com o princípio constitucional do acesso à justiça.

Primeiro, isso se deve ao fato da arbitragem ter sua instituição fundada no direito contratual, onde a validade e eficácia do comando exortado deriva da própria manifestação da parte, gerando a vinculação dos signatários àquilo que fora ajustado em conjunto. É o que se conhece pelo princípio do *pacta sunt servanda*, popularmente traduzido pela expressão de que o “contrato faz lei entre as partes”.

Segundo, que a arbitragem é permitida tão-somente para litígios de direito patrimonial disponível, nos quais, é lícito ao interessado tanto renunciar ao direito em que se funda a ação, bem como reconhecer integralmente a procedência do pedido vindicado contra ele, ambas condutas lícitas às partes, tanto que o próprio Código de Processo Civil prevê a formação de coisa julgada material sobre a sentença que homologa o reconhecimento da procedência do pedido, a transação e também da renúncia sobre o direito em que se funda a ação (art. 487, III, alíneas ‘a’, ‘b’, e ‘c’. CPC). Outrossim, o próprio Código Civil, ao definir o instituto da transação, autoriza às partes resolverem seus litígios mediante concessões recíprocas (art. 840).

¹²⁸ Considera-se a arbitragem um pressuposto processual negativo, juntamente com a preempção, litispendência, coisa julgada, porquanto a análise de validade do processo dependerá justamente da ausência desses pressupostos, diferentemente dos demais intitulados positivos, os quais conferem validade ao feito justamente pela sua presença na demanda.

E finalmente, em terceiro, é a arbitragem um instituto jurisdicional disponível às partes litigantes, e não uma imposição. Daí porque a sentença arbitral produzida dentro do procedimento possui a mesma validade de uma sentença judicial¹²⁹ visto que ela é fruto da vontade das partes. É dizer, se às partes é lícito a própria renúncia ao objeto da ação, por consequência, é lícito também a elas delegar aos árbitros de sua confiança a solução de seus litígios. Se podem o mais, certamente podem o menos.

Temos daí que a arbitragem não afasta a jurisdição (e como tal não há exclusão da apreciação jurisdicional, conforme determina a CF), tampouco a suspende para os signatários das convenções de arbitragem, mas apenas difere o direito do acesso para um momento posterior, em sendo necessário buscar a declaração de nulidade da sentença arbitral (por algum dos vícios elencados do art. 32 da Lei de Arbitragem) ou para sua execução em caso de não cumprimento voluntário pela parte sucumbente¹³⁰.

Prova disso é o precedente do Supremo Tribunal Federal (SE nº 5.206) onde se julgou constitucional a Lei de Arbitragem, inclusive seu art. 8º, parágrafo único, que diz ser da competência exclusiva do árbitro decidir sobre a existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem. Confira-se:

Lei de Arbitragem (L. 9.307/96): constitucionalidade, em tese, do juízo arbitral; discussão incidental da constitucionalidade de vários dos tópicos da nova lei, especialmente acerca da compatibilidade, ou não, entre a execução judicial específica para a solução de futuros conflitos da cláusula compromissória e a garantia constitucional da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário (CF, art. 5, XXXV). Constitucionalidade declarada pelo plenário, considerando o Tribunal, por maioria de votos, que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o artigo 5º, XXXV, da

¹²⁹ Conforme já pontuou o Superior Tribunal de Justiça: “O Código de Processo Civil, assim como a Lei da Arbitragem, confere a natureza de título executivo judicial à sentença arbitral, distinguindo apenas o instrumento de comunicação processual do executado. Com efeito, em se tratando de cumprimento de sentença arbitral, a angularização da relação jurídica processual dar-se-á mediante citação do devedor no processo de liquidação ou de execução em vez da intimação promovida nos processos sincréticos (nos quais ocorrida a citação no âmbito de precedente fase de conhecimento). Eis, portanto, a única diferença procedimental entre o cumprimento da sentença proferida no processo civil e o da sentença arbitral.” (STJ, REsp 1.102.460/RJ. Relator Min. Marco Buzzi. Brasília, DF. Data de Julgamento: 17.06.2015).

¹³⁰ Ainda segundo o Prof. Scavone: “O fato de o árbitro não reunir poderes de executar as decisões que toma, inclusive as tutelas provisórias, de urgência, cautelares ou antecipatórias de tutela, ou de evidência, não retira o caráter jurisdicional daquilo que decide.” (SCAVONE JUNIOR, 2015, p. 4). Em complemento, é possível fazer uma comparação com a sentença penal condenatória, esta também legítimo título executivo judicial (art. 515, VI. CPC) insuscetível de ser executada pelo juiz criminal prolator. Ora, o juiz criminal ao arbitrar o valor da indenização para a vítima, mesmo não possuindo competência para executar a decisão, não tem sua carga jurisdicional reduzida, daí porque não podemos dizer o mesmo em relação aos árbitros.

CF. (STF, SE 5.206 AgR/Espanha. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, DF. Data de Julgamento: 12.12.2001. DJ: 30.04.2004).

Desta forma, em vista das razões sucintamente aqui trazidas, estamos diante de um instituto jurídico de direito privado que difere o direito do acesso à Justiça, mitigando sua interpretação para introduzir conceitos não explicitados no inciso XXXV do art. 5º, como a diferença entre direito de postulação e direito ao desenvolvimento do processo.

5.1.1.2. Convenção de mediação.

Introduzida no ordenamento jurídico brasileiro no afã de regulamentar a mediação privada e a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública, a Lei 13.140/2015 fora promulgada no fluxo no CPC de 2015 (Lei 13.105/15) e das alterações incorporadas à Lei de Arbitragem (9.307/96) pela Lei 13.129/2015, demonstrando a importância do movimento de 2015 em favor de uma ampla reforma na sistemática processual, consoante demonstrado no capítulo anterior.

Inobstante desde muito seja possível resolver conflitos pela via da transação, o caminho para se obtê-la carecia de um procedimento legalista e pré-concebido, daí porque a Lei de Mediação permitiu uma padronização no formato de sua realização, antes delegada ao livre arbítrio dos responsáveis pela sua condução.

Tal qual a arbitragem pode ser convencionada por instrumento contratual (cláusula ou compromisso), a nova lei institucionalizou a cláusula de mediação em contratos, de modo que os contratantes podem convencionar o uso da mediação como forma de solução de conflitos caso surja uma controvérsia derivada do contrato. Firmada a cláusula de mediação, e advindo um desentendimento entre as partes, deverão¹³¹ elas serem submetidas, primeiramente, à mediação, suspendendo o direito de ingresso da parte tanto em um processo judicial, quanto arbitral.

¹³¹ Art. 23. Se, em previsão contratual de cláusula de mediação, as partes se comprometerem a não iniciar procedimento arbitral ou processo judicial durante certo prazo ou até o implemento de determinada condição, o árbitro ou o juiz suspenderá o curso da arbitragem ou da ação pelo prazo previamente acordado ou até o implemento dessa condição.

Trata-se de um filtro processual moderno e que, em nossa opinião, evoluiu o resultado de uma escolha de solução de conflitos distinta da jurisdição pública. Se na arbitragem a existência de convenção resulta em extinção do processo (com todas as consequências negativas daí advindas, como custas processuais e honorários advocatícios sucumbenciais), na mediação se uma das partes ingressar no Judiciário na pendência de cumprir o compromisso de mediação, o processo restará apenas suspenso, retornando seu curso em caso de insucesso no procedimento autocompositivo, aproveitando-se o processo.

Isso não significa, no entanto, não ser a cláusula de mediação um filtro jurisdicional. Ela é. O fato do processo não ser extinto não ilide a função de filtro, porquanto mesmo existindo a ação (como procedimento instaurado) o conhecimento da demanda pelo Judiciário ficará suspenso até o deslinde das tratativas extrajudiciais a que as partes contratualmente se comprometeram.

A cláusula de mediação, portanto, reforça o que fora exposto no tocante à cláusula arbitral, revelando-se como interessante hipótese de diferimento do direito de acesso à justiça, sem que isso fira seus preceitos constitucionais.

5.1.1.3. Justiça Desportiva.

Normalmente apresentada pela doutrina especializada como uma exceção à regra do inciso XXXV, art. 5º, constitui a Justiça Desportiva organização própria para resolução das lides oriundas do desporto. Sua natureza jurídica, no entanto, é controvertida, havendo posições doutrinárias dizendo tanto tratar-se de órgão administrativo, como plenos órgãos jurisdicionais próprios¹³².

¹³² “No cerne à natureza da Justiça Desportiva, Álvaro Melo Filho se manifesta: ‘No Brasil, por sugestão e proposta nossa, a Justiça Desportiva foi constitucionalizada e insculpida, com caráter administrativo’. No ordenamento jurídico brasileiro, com todo o respeito, temor reverencial e até idolatria aos conhecimentos jusdesportivos do excelso doutrinador Álvaro Melo Filho, não podemos comungar do mesmo pensamento. Divergentemente, o nosso modesto raciocínio jurídico entende que a natureza da Justiça Desportiva é de caráter misto, isto é, uma dualidade natural, tanto do ponto de vista público/privado, quanto no aspecto jurídico administrativo. A respeito do primeiro prisma, os Tribunais de Justiça Desportiva, como órgãos integrantes da própria Justiça do Desporto, podem ser públicos, quando inseridos em competições organizadas pelos entes públicos, ou privados, quando criados no seio competitivo das entidades privadas. Nesse sentido, assinala Paulo Marcos Schmitt: ‘A justiça desportiva vinculada às entidades de administração do desporto, portanto, tem natureza privada e deve seguir a estrutura imposta pelos arts. 52 e seguintes da Lei nº 9.615/1998. De outro lado, as pessoas jurídicas de direito público interno (União, Estado, Distrito Federal e Municípios) podem instituir seus próprios sistemas desportivos e compor seus respectivos tribunais de justiça desportiva. Neste caso, considerando a vinculação com o Poder Executivo, estes órgãos da justiça desportiva serão regidos pelo regime de direito público.’ No segundo quesito, pertinente à

Indiferente à discussão acerca de sua natureza jurídica, o que se verifica como incontroverso é sua regulação administrativa, porquanto embora utilizem-se de nomenclaturas semelhantes ao do Poder Judiciário (como Superior Tribunal de Justiça Desportiva ao órgão deliberativo máximo; Procurador ao responsável pela apresentação de denúncias, etc.) não há dúvidas tratar-se de organização que não compõem a Justiça Comum, nem a Especializada.

Sobre os conflitos de seara administrativa comuns, a interpretação jurisprudencial da Constituição Federal que vigorou desde sua promulgação até 2014 (quando o STF proferiu julgamento no RE nº 631.240/MG) compreendia que a postulação judicial de direitos inerentes à matéria independia da prévia discussão administrativa, porquanto o foco do julgador não ultrapassava o limite de que o acesso ao Poder Judiciário não podia ser afastado em qualquer circunstância¹³³.

Não obstante a interpretação dada ao comando constitucional da época, os conflitos advindos das relações do desporto receberam tratamento diferenciado do constituinte e tornaram-se uma expressa exceção constitucional ao direito de acesso, conferindo ao §1º do

imbricação jurídico-administrativa, também estamos em dissonância com a *ratio iuris* apresentada, doutrinariamente, por Paulo Marcos Schmitt ao delinear: ‘Apesar da referência doutrinária, por vezes mencionar que a Justiça Desportiva constituiria uma instância administrativa, é certo que o faz exclusivamente para diferenciá-la da instância jurisdicional. Em verdade, a justiça desportiva exerce sua atividade em âmbito estritamente privado, sem qualquer influência de Direito Administrativo.’ (grifo do autor) Interpretamos que a Corte Desportiva brasileira foi estruturada de maneira administrativa, fora do Poder Judiciário e jungida às entidades de administração do desporto, seja a confederação, as federações ou ligas; embora todos os atos internamente exercidos sejam jurídicos, pautados numa legislação desportiva predominantemente pública, como a previsão constitucional, a especificação dos órgãos judicantes em Lei e os atos processuais contidos nas Resoluções nºs 1 e 11 do Conselho Nacional do Esporte. Tal fenômeno, em nossa concepção, é possível pela revolucionária normatização constituinte dos alicerces da Justiça Desportiva à margem do Poder Judiciário, não sendo dotados de natureza jurisdicional pública, conquanto, por outro panorama, os atos praticados em qualquer Tribunal de Justiça Desportiva são imbuídas de juridicidade, caracteres adquiridos pela assinalável formalidade jurídica em que se prestam as atividades internas dessas Cortes judicantes do Desporto brasileiro. Esta fundição permite uma natureza da Justiça Desportiva formulada, no âmbito administrativo-privado, com suas funções guiadas por instrumentos jurídicos introduzidos na legislação esportiva pública, contudo, sem compor o Judiciário.” (RAMOS, 2008, p. 31/32).

¹³³ Vejamos, nesse sentido, 02 (dois) arestos provenientes do Superior Tribunal de Justiça “A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, com base no cânon constitucional que preconiza o livre acesso ao Poder Judiciário, é pacífica no sentido de que a exaustão da instância administrativa não é condição para o pleito judicial. Patente a existência do interesse em agir, de vez que desnecessário o prévio requerimento na via administrativa para ensejar o ingresso na via judiciária, mormente quando a vantagem pleiteada é imposta à administração por imperativo legal.” (STJ – Sexta Turma – REsp 261158 – Rel. Min. Vicente Leal – DJ 22.08.2000). Ainda: “Esta Corte Superior já manifestou em diversos julgados o entendimento de que a ausência de prévio requerimento administrativo não constitui óbice para que o segurado pleiteie judicialmente a manutenção, revisão ou restabelecimento de seu benefício previdenciário.” (STJ – Primeira Turma - AgRg no AREsp 299351 – Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho – DJ 18.11.2014).

art. 217 da Lei Maior a seguinte ressalva: “O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei.”

O que se viu na constituinte, portanto, fora a criação de uma situação excepcional à regra do acesso à justiça¹³⁴, condicionando os conflitos do desporto ao prévio exaurimento de sua instância administrativa, quando somente então poder-se-ia acessar a jurisdição pública para discussão da matéria.

Os motivos para a exceção constitucional, segundo BULOS (2014, p. 632), reside na alta peculiaridade da matéria, de modo que: “O constituinte considerou a especificidade desse campo, prevendo, assim, um organismo, não integrado ao Poder Judiciário, para resolver pendências relativas ao setor.”

O Min. Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal, durante discussão no julgamento da ADI nº 2.937/DF, consignou que, além da especificidade da matéria são as organizações do desporto dotadas de autonomia conferida pela própria Constituição Federal (art. 217, I), justificando assim a exceção insculpida no parágrafo primeiro do citado dispositivo legal. Confira-se:

No plano interno, é interessante verificar que essa organização também se faz de maneira efetiva, tanto é que repudia-nos a ideia – e o próprio texto constitucional valida isso – de uma certa intervenção do Estado em algumas searas da atividade desportiva, na medida em que o texto clama alguma intervenção, mas, ao mesmo tempo, também limita. Por exemplo, diz no § 1º do artigo 217 que: “O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei;”. O Ministro Ayres Britto gosta de fazer esse tipo de análise. Salvo engano, talvez seja o único ponto no texto constitucional em que expressamente se faz uma ressalva àquela disposição quanto à proteção judicial de caráter universal. É um exemplo típico para, realmente, destacar a autonomia. (STF – Tribunal Pleno – ADI nº 2.937/DF – Rel. Min. Cezar Peluso – DJ 23.02.2012.)

¹³⁴ A independência e a autonomia da Justiça Desportiva em nosso ordenamento jurídico aflui do art. 217, §§ 1º e 2º, da Lei Magna, que, através desses dispositivos supremos, institui uma Justiça para o desporto exclusiva do Poder Judiciário, este previsto nos arts. 92 e ss. da Carta Extraordinária. Assente-se, desde logo, que a implementação da Justiça do Desporto às margens do Poder Judiciário foi uma opção constituinte para responder aos anseios da dinamicidade, celeridade e tipicidade da matéria esportiva, constituindo-se uma exceção ao princípio da tutela jurisdicional (art. 5º, inciso XXXV), um autêntico pressuposto processual totalmente constitucional, inserido na nossa Lei Magna, portanto, inconfundível com os métodos alternativos de resolução de conflitos; também não se revela inconstitucional, como alguns ainda insistem em afirmar, certamente, por desconhecerem o seu próprio ordenamento jurídico. (MAGALHÃES, 2008. p. 71).

Seja pela patente especificidade da disciplina, ou pela autonomia e independência que gozam as organizações do desporto, é fato que os conflitos relacionados ao assunto constituem exceção à uma regra uníssona, o que merece atenção para os fins da presente pesquisa é justamente a possibilidade da existência de exceção a uma regra.

Com efeito, ao permitir uma exceção expressa no próprio corpo da Constituição Federal, o constituinte reconhece que a regra criada não seria suficiente para abarcar todas as situações de conflitos e julgamentos existentes na sociedade. Essa situação por si só serve de escopo para a afirmativa de tratar-se a inafastabilidade da jurisdição como uma regra relativa, e não absoluta¹³⁵.

Afinal, fosse uma regra absoluta, os conflitos desportivos deveriam se submeter à jurisdição pública tal qual os demais conflitos privados (como funcionava, aliás, antes do advento da Constituição Federal de 1988), e não gozarem da exigência do prévio requerimento na instância administrativa.

Tanto é assim que após 2014, o Supremo Tribunal Federal alterou o entendimento consolidado na jurisprudência também nas ações previdenciárias, passando a exigir como corolário do interesse processual de agir a demonstração do prévio requerimento do benefício negado pela autarquia para permitir o ingresso da ação judicial que pleiteava a concessão do mesmo, confirmando a relativização da limitação do direito de acesso.

5.1.1.4. *Habeas data.*

Outro exemplo a ser destacado como permissivo legal no ordenamento jurídico em favor de filtros que relativizem o acesso à jurisdição pública, postergando o direito de ação mediante satisfação do requisito de se buscar a obtenção do direito por vias próprias, é o *Habeas*

¹³⁵ Na mesma linha de pensamento aqui exposta, o Professor Rodrigo Padilha registra que a justiça desportiva não afasta a jurisdição de forma plena, mas apenas temporariamente, pois o próprio texto constitucional aduz que os conflitos desportivos deverão ser resolvidos no prazo de 60 (sessenta) dias, a partir do que se permitirá o acesso à jurisdição pública, porquanto superada o filtro inicial de uma decisão mais especializada: “Posição dominante sustenta que o art. 217, § 1.º (em que ações referentes às competições e disciplinas desportivas devem ser propostas na justiça desportiva) também seria exceção à regra do acesso ao Judiciário. Entretanto, não concordamos com tal posicionamento, na medida em que o § 2.º do mesmo art. concede o prazo de 60 (sessenta) dias para a justiça desportiva proferir a decisão final. Por óbvio, escoado esse prazo, com ou sem decisão final, a ação poderá ser proposta no Judiciário. Sendo assim, o art. 217, § 1.º, não impede ações no Judiciário, somente representa uma postergação de aplicação do princípio em tela e um pressuposto especial da ação.” (PADILHA, 2020, p. 167)

*Data*¹³⁶, remédio constitucional previsto no art. 5º, LXXII, da Carta Magna, sendo cabível para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; e para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo. Regulamentado pela Lei nº 9.507/97, esta tratou de disciplinar mais uma hipótese de cabimento em seu inciso III do art. 7º, permitindo a impetração do *writ* para a anotação nos assentamentos do interessado, de contestação ou explicação sobre dado verdadeiro mas justificável e que esteja sob pendência judicial ou amigável.

O procedimento para postulação dessa ação constitucional prevê obediência aos artigos disciplinadores da petição inicial constantes no CPC (arts. 319, 320), bem como determina, na condição de documento indispensável para propositura da demanda, a apresentação da recusa¹³⁷ da autoridade coatora em atender o necessário e prévio pedido administrativo para solução da contenda. Em não sendo obedecido o comando legal da apresentação da prévia recusa, será indeferida a petição inicial com fulcro no art. 10 da lei de regência.

Temos, portanto, no caso em comento, que a Lei 9.507/97 expressamente condiciona o acesso à jurisdição pública, para processamento do *Habeas Data*, à prévia recusa da autoridade coatora ao pedido administrativo para oferecimento das informações solicitadas ou retificação dos dados pretendidos. Ou seja, a lei força o interessado a procurar dirimir a problemática por si vivenciada por meios próprios, tornando a jurisdição uma via secundária, a ser acessada tão-somente em caso de insucesso da via principal, que é a busca pela solução consensual.

¹³⁶ “O habeas data (art. 5º, LXXII) é um remédio constitucional que tem por objeto proteger a esfera íntima dos indivíduos contra: (a) usos abusivos de registros de dados pessoais coletados por meios fraudulentos, desleais ou ilícitos; (b) introdução nesses registros de dados sensíveis (assim chamados os de origem racial, opinião política, filosófica ou religiosa, filiação partidária e sindical, orientação sexual etc.); (c) conservação de dados falsos ou com fins diversos dos autorizados em lei.” (SILVA, ob. cit., p. 451).

¹³⁷ Art. 8º, Lei 9.507/97: “A petição inicial, que deverá preencher os requisitos dos arts. 282 a 285 do Código de Processo Civil, será apresentada em duas vias, e os documentos que instruírem a primeira serão reproduzidos por cópia na segunda. Parágrafo único. A petição inicial deverá ser instruída com prova: I - da recusa ao acesso às informações ou do decurso de mais de dez dias sem decisão; II - da recusa em fazer-se a retificação ou do decurso de mais de quinze dias, sem decisão; ou III - da recusa em fazer-se a anotação a que se refere o § 2º do art. 4º ou do decurso de mais de quinze dias sem decisão.”

Interessante notar, no caso em comento, que a legislação em questão data de 1997 (cerca de 25 anos atrás) e mesmo assim não se verifica discussões acerca de sua possível inconstitucionalidade por ofensa à inafastabilidade jurisdicional. E mais, desde antes da edição da norma regulamentadora já havia, desde 1990, entendimento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça (Súmula nº 02¹³⁸) indicando a exigência do prévio requerimento administrativo, a qual ainda permanece em vigor.

E as razões pelas quais essa ofensa aparente não configura inconstitucionalidade estão previstas na própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, mormente no Recurso Ordinário em *Habeas Data* (RHD) nº 22-8, onde ficou assentado que por se tratar de uma típica ação civil, deve o remédio constitucional obediência ao Código de Processo Civil, no qual há expressa exigência da demonstração da legitimidade e do interesse em agir (art. 17, NCPC, outrora art. 3º, CPC/73). Confira-se:

O habeas data, como já ressaltado, é uma ação civil, de índole constitucional, concedida ao titular de direito injustamente ofendido por ilegalidade ou abuso de poder, que se destina a obter dos juízes e tribunais uma ordem concreta de satisfação da pretensão jurídica de acesso, retificação e/ou complementação de registros, informáticos ou não. O acesso ao remédio jurídico-constitucional do habeas data submete-se, portanto, como típica ação judicial de natureza civil que é, aos requisitos de procedibilidade fixados na lei geral – que é o Código de Processo Civil – e que se traduzem nas condições da ação. Dentre estes requisitos de admissibilidade do *jus actionis*, está o interesse de agir cuja noção conceitual, tanto no plano do direito comparado como no plano do direito positivo nacional, não se expõe a qualquer discepção, na medida em que se define como a necessidade da parte ingressar em juízo, em face de obstáculo ilegítimo que lhe tenha sido oposto por outrem – o detentor do banco de dados, no caso. (STF – Tribunal Pleno - RHD 22/DF. Rel. p/ Acórdão: Min. Celso de Mello. DJ 19.09.1991).

E prossegue, lembrando que a exigência legal para demonstração do interesse de agir (em sua faceta da “necessidade”) deriva pela imprescindível verificação da existência da lide no processo contencioso¹³⁹, a qual deve se fazer presente a fim de permitir a intervenção estatal na disputa *sub judice*:

¹³⁸ Súmula 02, STJ: “Não cabe o habeas data (CF, art. 5., LXXII, letra "a") se não houve recusa de informações por parte da autoridade administrativa.”

¹³⁹ Nesse mesmo sentido: “O habeas data para anotação de contestação ou explicação de dado sujeito a pendência deve ser empregado com parcimônia, pois não pode servir para satisfação de meros caprichos dos particulares. A explicação não só deverá ser devidamente instruída e justificada, como o requerente deverá provar o seu interesse processual (CPC, art. 3º), consistente na necessidade de fazer constar a anotação para evitar algum tipo de prejuízo material ou moral. Como regra geral do processo civil, o autor de uma ação deve provar a necessidade que tem de recorrer ao Poder Judiciário; e, portanto, não bastará a mera vontade do impetrante para justificar o cabimento do habeas data para simples anotação.” (MEIRELLES, 2009, p. 316).

Impossível, ausente interesse legitimador da ação, o exercício desse direito público subjetivo. Impõe-se, por isso mesmo, que o autor demonstre a existência de uma pretensão resistida. Esta resistência, que se vê traduzida na ocorrência de obstáculo que impede o gozo de um direito pelo requerente, deve manifestar-se na verificação real, prévia e concreta de um óbice oposto pela parte contrária, em ordem a evidenciar que a invocação da tutela jurisdicional se justifica e se torna necessária em face de impedimento, jurídico ou de fato, que inviabilize a satisfação de uma determinada pretensão de direito material. No caso – e tal como ressaltado pela Procuradoria-Geral da República em seu douto parecer – incorre situação de pretensão resistida, eis que ausente qualquer obstáculo prévio de índole estatal, razão pela qual impunha-se reconhecer o Autor como carecedor da presente ação e, em consequência, declarar extinto o processo, sem julgamento de mérito. (STF – Tribunal Pleno - RHD 22/DF. Rel. p/ Acórdão: Min. Celso de Mello. DJ 19.09.1991).

Logo, o *Habeas Data* é a prova viva da necessidade da exigência de demonstração expressa do interesse de agir, sendo imperioso ao postulante, primeiro, buscar a satisfação de sua pretensão (*in casu* o acesso à informação ou retificação de dados) de forma direta sem qualquer intervenção ou intermediação de terceiro, e somente depois de negado seu pleito administrativo, ou omissão da autoridade pelo prazo legal de 10 (dez) dias, surgirá a lide como pressuposto para se intentar o pedido via Judiciário.

De se notar, portanto, que antes da recusa da autoridade na concessão do pedido do interessado não há lide instaurada, tampouco qualquer resistência a permitir a invocação da força jurisdicional para substituição da recalcitrância da autoridade pela prestação da informação devida. Admitir o contrário tornaria o Poder Judiciário um balcão de informações, e não um Poder à disposição da sociedade para resolver os conflitos que os particulares não conseguiram, por conta própria, resolver.

Repise-se aqui as felizes palavras de MEIRELLES (2009, p. 317) em sua obra clássica dedicada ao tema: “Como regra geral do processo civil, o autor de uma ação deve provar a necessidade que tem de recorrer ao Poder Judiciário; e, portanto, não bastará a mera vontade do impetrante para justificar o cabimento do habeas data para simples anotação.”

Importante frisar que o histórico de interpretação do Supremo Tribunal Federal converte para a defesa de que o acesso ao Judiciário não pode ser algo desmedido, havendo, portanto, necessária regulamentação e condicionantes a serem respeitadas dos casos hábeis a serem submetidos à tutela jurisdicional¹⁴⁰.

¹⁴⁰ “O art. 5º, inc. XXXV, da Constituição não assegura o acesso indiscriminado ao Poder Judiciário” (STF, RE 145.023, Rel. Min. Ilmar Galvão. DJ 18.12.1992); “Os princípios constitucionais que garantem o livre acesso ao Poder Judiciário, o contraditório e a ampla defesa, não são absolutos e hão de ser exercidos, pelos jurisdicionados,

É por esses motivos que muitos autores inserem no rol dos pressupostos processuais de existência a própria demanda (lide)¹⁴¹, a qual deverá representar o conflito que se busca pacificar, oriundo da pretensão resistida ao direito do postulante, ou ainda o conflito de interesses entre as partes, enfim, todas as gamas possíveis deriváveis de uma suposta lesão ou ameaça de lesão à direito.

O caso em testilha nos revela, portanto, que é possível falar em constitucionalidade mesmo quando há impedimentos expressos no acesso ao Judiciário, como é a Lei 9.507/97, que exige a demonstração de prévia recusa administrativa para conhecimento da ação.

5.1.1.5. Ações previdenciárias e o julgamento do RE nº 631.240/MG pelo Supremo Tribunal Federal.

Embora a condicionante do interesse-necessidade seja uma realidade no universo jurídico brasileiro desde muito, mormente para os processos de Habeas Data, o baixo número de processos versando sobre o assunto contribuiu para a falta de popularidade dessa tese, mantendo no ideário processual constitucional a tese da inafastabilidade plena da jurisdição. Esse movimento, contudo, fora alterado através da mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em um tipo de demanda bastante popular – ações previdenciárias -

por meio das normas processuais que regem a matéria, não se constituindo negativa de prestação jurisdicional e cerceamento de defesa a inadmissão de recursos quando não observados os procedimentos estatuídos nas normas instrumentais" (STF, Agi 152.676-AgRg, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 3-11-1995); "Não há confundir negativa de prestação jurisdicional com decisão jurisdicional contrária à pretensão da parte" (STF, Agi 135.850-AgRg, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 24-5-1991).

¹⁴¹ "O direito de ação, essencialmente abstrato, é materializado pelo ato de demandar, que significa provocar a jurisdição por meio do processo. Nesse sentido, cabe ao interessado demandar, e, sendo o direito de ação um direito disponível, independentemente da natureza jurídica do direito material que fundamentará a pretensão do autor, é indispensável que esse ato de provocação seja realizado pelo sujeito que afirma ser titular de um direito material violado ou ameaçado. A relação jurídica processual começa de forma linear, envolvendo o demandante e o juiz, complementando-se com a citação válida do réu, mas tudo isso dependerá num primeiro momento da existência da demanda. Trata-se, portanto, de pressuposto processual de existência do processo, porque sem a provocação do interessado por meio do ato de demandar a relação jurídica processual de direito processual nem mesmo chegará a existir." (NEVES, ob. cit., 171);

"Assim, não existirá relação jurídica processual sem pedido inicial. Sem demanda não há o que se esperar do poder jurisdicional. Como a provocação do poder jurisdicional dá-se por intermédio da petição inicial, ela é imprescindível para que haja processo e, conseqüentemente, relação jurídica processual. Nesse sentido, a petição inicial, ainda que inepta, é necessária para provocar o poder jurisdicional." (PEDRA, 2007, p. 30).

através do Recurso Extraordinário nº 631.240/MG, de 03.09.2014, no que diz respeito ao prévio requerimento administrativo em processos previdenciários.

Com efeito, muito se fala na desnecessidade de se postular administrativamente algo perante a Administração Pública como condição para o acesso ao Judiciário¹⁴², notadamente nas demandas envolvendo as autarquias previdenciárias, as quais, notoriamente, prestam um serviço de má qualidade ao cidadão.

Em decorrência dos maus serviços prestados pelas referidas autarquias, que quase sempre culminavam em longos períodos de espera de uma resposta pelo jurisdicionado, bem como pela forte tendência desses órgãos em não acatarem as provas e argumentos dos cidadãos em busca do reconhecimento de um benefício previdenciário, negando-lhes seus pleitos, começou-se a observar uma forte migração desses pedidos diretamente para o Poder Judiciário, ante a permissão concedida pela então ampla interpretação do princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Outrossim, atraídos pela chance de obter a concessão do benefício rapidamente pelo caminho das tutelas provisórias, essa migração dos pedidos de concessão dos benefícios resultou em verdadeiras avalanches de ações previdenciárias nos fóruns brasileiros, transformando o Poder Judiciário em uma filial das agências previdenciárias.

Ocorre que, a despeito da busca pela efetividade através da qual postulava-se diretamente o benefício diretamente no Poder Judiciário, existia aí uma irregularidade técnica que passou despercebida ao longo do tempo: a inexistência de lesão ou ameaça a direito.

Tal qual salientamos na discussão acerca do Habeas Data, quando se ajuíza uma demanda previdenciária sem o prévio requerimento administrativo junto à autarquia, esta não possui conhecimento da pretensão do(a) Autor(a). Somente após ser citada da existência de um processo judicial contra si é que o órgão passa a ter ciência do desejo do cidadão, e, para

¹⁴² Tal posicionamento, inclusive, ainda persiste em muitos autores consagrados de quem ousamos discordar ao longo deste trabalho. Por conferência, registre-se os dizeres de Fábio Caldas de Araújo: “O acesso ao Poder Judiciário é irrestrito tanto para a defesa de lesões que pressupõem a ocorrência de um dano (tutela ressarcitória) como em face de ameaças de lesão (tutela inibitória). Nosso sistema atual não condiciona o acesso prévio à esfera administrativa para que a parte possa se valer da tutela jurisdicional. Não existe a possibilidade de condicionar o direito de ação ao prévio pedido na esfera administrativa. O direito de ação é um direito fundamental e não fica vinculado à resposta prévia do Estado ou de qualquer pessoa jurídica.” (ARAÚJO, 2016, p. 133.

concedê-lo, deverá fazê-lo sob os auspícios do Judiciário, custeando não apenas os benefícios, mas as custas e os honorários de sucumbência, tal qual tivesse se recusado antes em conceder o benefício.

Logo, veja a discrepância: o ajuizamento direto da demanda perante o Poder Judiciário levava ao juiz um pedido despido de resistência por parte do réu. A pretensão do(a) Autor(a) era conhecida apenas na citação do processo!

Certamente muitos juristas especialistas em direito previdenciário dirão que o ajuizamento prévio da demanda perante a autoridade administrativa somente retardaria o direito do jurisdicionado, porquanto é muito difícil o órgão conceder os benefícios amistosamente. Nesse ponto, é importante frisar que a despeito da péssima qualidade dos serviços administrativos oferecidos pelas autarquias previdenciárias, trata-se de fato que não pode ser levantado como fundamento para ignorar os pressupostos existentes no Código de Processo Civil, sob pena de subverter os valores da ordem jurídica, afinal, o Poder Judiciário é um órgão criado para dirimir conflitos, e não para executar funções de outras entidades da administração. No mais, consta da norma constitucional que a jurisdição será acessível ante a existência de lesão ou ameaça de lesão a um direito, mas isso precisa ser demonstrado, e não apenas presumido.

Se assim fosse, permitir que o Poder Judiciário defira a concessão de benefícios previdenciários à revelia do prévio requerimento à autoridade competente desrespeitaria a própria teoria clássica da tripartição dos poderes, uma vez que o Poder Judiciário estaria a executar a lei e não apenas julgando os fatos em tese contrários à norma¹⁴³.

¹⁴³ “Pode-se concluir, pois, que o INSS foi especificamente criado pelo Poder Executivo para desempenhar, de forma principal, a função administrativo-previdenciária - para tanto, e decorrente de sua natureza de autarquia, dispõe de quadro próprio de servidores (selecionados por meio de concurso público e submetidos a regime de pessoal idêntico ao dos servidores da Administração Direta), capacitados para desenvolver a atividade-fim da Autarquia e as atividades correlatas; possui base de dados e sistemas próprios que possibilitam a execução de seus misteres; conta com procedimentos específicos, como visto, para conceder os benefícios previdenciários (assegurando, inclusive, a participação do beneficiário no processo de concessão); enfim,. Possui estrutura precisamente criada para desempenhar a função que lhe foi expressamente consignada. Assim, permitir que o Poder Judiciário se substitua ao INSS nessa análise inicial da concessão de benefícios é esvaziar a função-fim do Instituto, é vazar a função administrativo-previdenciária. Em outras palavras, a análise judicial com decisão de mérito em ações previdenciárias sem prévio requerimento administrativo atenta contra o núcleo essencial da separação de funções. (GONTIJO, 2015, p. 85).

Logo, sendo preciso haver uma lesão ou ameaça de lesão a fundamentar o processo contencioso, de rigor que o postulante de um benefício previdenciário, portanto, primeiro se dirija à autarquia responsável e nela postule o direito, permitindo à autarquia a análise de seus argumentos e documentos. Somente em sendo indeferido o pedido, ou ignorado acima do prazo dado pela lei para que o órgão responda o cidadão, é que a ofensa a um direito estará instaurada, gerando o interesse processual necessário para a distribuição da demanda junto ao Poder Judiciário.

Fora dessa forma que o Supremo Tribunal Federal, em voto capitaneado pelo Min. Luís Roberto Barroso, firmou o entendimento em sede de repercussão geral acerca da constitucionalidade das condições da ação previstas no Código de Processo Civil, vejamos a ementa:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO E INTERESSE EM AGIR. 1. A instituição de condições para o regular exercício do direito de ação é compatível com o art. 5º, XXXV, da Constituição. Para se caracterizar a presença de interesse em agir, é preciso haver necessidade de ir a juízo. 2. A concessão de benefícios previdenciários depende de requerimento do interessado, não se caracterizando ameaça ou lesão a direito antes de sua apreciação e indeferimento pelo INSS, ou se excedido o prazo legal para sua análise. É bem de ver, no entanto, que a exigência de prévio requerimento não se confunde com o exaurimento das vias administrativas. (STF – Tribunal Pleno – RE 631.240/MG – Rel. Min. Roberto Barroso – DJ 03.09.2014).

Conforme se extrai do voto do saudoso Min. Teori Zavascki (acompanhando o relator) o próprio STF já havia se posicionado anteriormente em deferência às condições da ação e o preenchimento de prévios requisitos para o ingresso em Juízo:

É da jurisprudência firme do Tribunal o entendimento de que o direito de ação garantido nesse preceito constitucional não é incompatível com a submissão do demandante a certos pré-requisitos de ordem processual, estabelecidos nas leis ordinárias (v.g.: Pet 4556 AgR/DF, Pleno, Min. Eros Grau, DJe 21/8/2009). Nesse sentido, jamais se duvidou da constitucionalidade da submissão do demandante ao atendimento de certas “condições de ação”, previstas no Código de Processo Civil, entre as quais a do “interesse de agir” (art. 267, VI). Consiste essa condição em demonstrar que a demanda judicial é providência necessária, útil e adequada à obtenção de provimento tendente a reparar a lesão ou a afastar a ameaça a direito. Portanto, antes de antagonizar-se com ela, o interesse de agir, na verdade, é requisito natural e próprio da garantia constitucional de acesso ao Judiciário. Realmente, se a ação judicial é assegurada e reservada para casos de “lesão ou ameaça a direito” (CF, art. 5º, XXXV), não seria apropriado aceitá-la em hipóteses em que, nem em tese, se verifica lesão ou ameaça dessa natureza. (STF – Tribunal Pleno – RE 631.240/MG – Rel. Min. Roberto Barroso – DJ 03.09.2014).

E arremata, delineando acerca da exigência e satisfação dos direitos potestativos:

Ora, não se pode considerar presente o interesse de agir em juízo nas hipóteses em que o demandado não tem o dever de prestar, ou porque a prestação é inexigível ou porque sua satisfação pressupõe a provocação do titular do direito. Essa hipótese é especialmente corriqueira no domínio dos direitos potestativos. O que caracteriza os direitos potestativos – ou formativos-geradores, na linguagem de Pontes de Miranda -, é justamente isso: enquanto não forem efetivamente exercidos pelo seu titular, eles não podem ser satisfeitos espontaneamente pelo sujeito passivo. Por isso se afirma que a um direito potestativo ainda não exercido corresponde um dever de sujeição, mas não um dever de imediata satisfação. A consequência prática é que, enquanto não exercido o direito pelo seu titular, não pode, logicamente, ser considerado violado ou sequer ameaçado pelo devedor da prestação. Sendo assim, não há interesse de agir em juízo visando a obter a satisfação de um direito potestativo ainda não exercido porque, em tal situação, não está o sujeito passivo com o dever – e sequer com a faculdade – de satisfazer espontaneamente a correspondente prestação. O dever de satisfazer a entrega da prestação somente nasce com a manifestação do sujeito ativo de exercer efetivamente o direito. (STF – Tribunal Pleno – RE 631.240/MG – Rel. Min. Roberto Barroso – DJ 03.09.2014).

Verifica-se, portanto, que o entendimento firmado pelo STF, em sede de repercussão geral (Tema nº 350), ratificou as chamadas condições da ação como legítimas condicionantes ao exercício do direito de ação, devendo, portanto, serem expressamente demonstradas a fim de que o magistrado singular efetue o correto juízo de admissibilidade no momento de recebê-la.

A partir da decisão tomada pelo STF no caso em comento, fora possível verificar uma evolução na jurisprudência de outros tribunais que, mesmo em casos de natureza diversa da previdenciária, aplicaram as razões de decidir invocadas no julgamento do RE 631.240 para exigir do postulante, em respeito ao interesse processual, o prévio requerimento administrativo acompanhado da devida recusa pela parte requerida.

Nesse sentido, o STJ, através de sua segunda turma, já exigiu prévia tentativa extrajudicial de solução do conflito junto à Receita Federal do Brasil para processamento de ação judicial relativa à revisões de valores de contribuições previdenciárias pagas por contribuintes. Confira-se:

... efetivamente, o direito de ação garantido pelo art. 5º, XXXV, da CF tem como legítimo limitador o interesse processual do pretense autor da ação. O interesse de agir, também chamado interesse processual, caracteriza-se pela materialização do binômio necessidade-utilidade da atuação jurisdicional. A existência de conflito de interesses no âmbito do direito material faz nascer o interesse processual para aquele que não conseguiu satisfazer consensualmente seu direito (...) Substanciado pelo apanhado doutrinário e jurisprudencial, tem-se que a falta de postulação administrativa dos pedidos de compensação ou de repetição do indébito tributário resulta, como no caso dos autos, na ausência de interesse processual dos que litigam

diretamente no Poder Judiciário. O pedido, nesses casos, carece do elemento configurador de resistência pela Administração Tributária à pretensão. Não há conflito. Não há lide. Não há, por conseguinte, interesse de agir nessas situações. O Poder Judiciário é a via destinada à resolução dos conflitos, o que também indica que, enquanto não houver resistência da Administração, não há interesse de agir daquele que 'judicializa' sua pretensão (...) Como as matérias tributária e previdenciária relacionadas ao Regime Geral de Previdência Social possuem natureza jurídica distinta, mas complementares, pois, em verdade, tratam-se as relações jurídicas de custeio e de benefício (prestacional) titularizadas pela União e pelo INSS, respectivamente, com o fim último de garantir a cobertura dos riscos sociais de natureza previdenciária, entende-se que a 'ratio decidendi' utilizada quando do julgamento da exigência ou não do prévio requerimento administrativo nos benefícios previdenciários pode também ser adotada para os pedidos formulados à Secretaria da Receita Federal concernentes às contribuições previdenciárias. (STJ - REsp 1.734.733/PE, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, DJ 07.06.2018, DJe 28.11.2018).

O próprio STJ já possui precedente firmado em 2008 (Tema Repetitivo nº 42) acerca da necessidade de prévio requerimento administrativo formal para obtenção de documentos com dados societários como condição para ingresso de ação judicial de exibição de documentos¹⁴⁴. Vejamos a ementa formada no recurso condutor da tese firmada:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTO. RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE PARTICIPAÇÃO FINANCEIRA. FORNECIMENTO DE DOCUMENTOS COM DADOS SOCIETÁRIOS. RECUSA. RECURSO À COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. LEI N. 6.404/1976, ART. 100, § 1º. AUSÊNCIA DO COMPROVANTE DE RECOLHIMENTO DA "TAXA DE SERVIÇO". RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. LEI N. 11.672/2008. RESOLUÇÃO/STJ N. 8, DE 07.08.2008. APLICAÇÃO. I. Falta ao autor interesse de agir para a ação em que postula a obtenção de documentos com dados societários, se não logra demonstrar: a) haver apresentado requerimento formal à ré nesse sentido; b) o pagamento pelo custo do serviço respectivo, quando a empresa lhe exigir, legitimamente respaldada no art. 100, parágrafo, 1º da Lei 6.404/1976. II. Julgamento afetado à 2ª. Seção com base no Procedimento da Lei n. 11.672/2008 e Resolução/STJ n. 8/2008 (Lei de Recursos Repetitivos). III. Recurso especial não conhecido. (STJ – REsp nº 982.133/RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, 2º Seção, DJ 10.09.2008).

Temos, portanto, somados aos demais casos aqui trazidos¹⁴⁵, mais tantos casos onde o direito de acesso à justiça, longe de ser um direito absoluto, é relativo, posto que

¹⁴⁴ Em sentido contrário, em uma questão fática muito próxima, relativa à prestação de contas, ainda entende o STJ pela desnecessidade do prévio requerimento solicitando a prestação de contas como condição para pleitear a mesma em Juízo. Nesse sentido confira-se: AREsp nº 2.009.966/RS, Rel.ª Min.ª Nancy Andriighi, DJ 10.02.2022.

¹⁴⁵ Outros casos em que o interesse processual exige do postulante a prévia demonstração de tentativa de resolução extrajudicial: Em São Paulo, a corte estadual entendeu que a concessão de uso especial para moradia, nos termos da Medida Provisória nº 2.220/01, pode ser concedida aos possuidores de área pública em determinadas condições, mas o acesso à via judicial para tanto dependerá da omissão ou recusa administrativa, sendo necessário prévio requerimento administrativo (TJSP - Apelação Cível nº 1031511-09.2018.8.26.0506, Rel. Des. Torres de Carvalho, 10ª Câmara de Direito Público, DJ 23.09.2019); Outrossim, em processos que reclamam pela obrigação do Estado em fornecer medicamentos, o STJ já se posicionou pela necessidade de se requerer anteriormente à ação a satisfação do pedido diretamente ao órgão público responsável, entendendo pela presença do interesse de agir apenas em razão da omissão ou negativa (STJ - AgRg no REsp 1492148/SC, Rel.ª Min.ª Assussete Magalhães, 2ª Turma,

condicionado à demonstração de requisitos exigidos por lei regulamentadora, no caso, o Código de Processo Civil.

5.2. Do dever de se buscar uma solução extrajudicial prévia ao ingresso da ação baseada no interesse processual de agir.

Consoante exposto ao longo do tópico anterior, o exercício do direito de ação, inobstante seja um direito fundamental assim reconhecido pela Constituição Federal, é um direito desde muito relativizado e suscetível de ser regulamentado por lei inferior, inclusive com a existência de um filtro prévio a exigir a prévia tentativa de solução extrajudicial do conflito como condicionante para o efetivo ajuizamento da ação.¹⁴⁶

É importante esclarecer que relativizar o direito do acesso não é diminuí-lo ou torná-lo menos importante, mas apenas mitigá-lo em seus efeitos a fim de fracioná-lo, para que cada feixe de sua composição seja satisfeito no momento oportuno, primeiro com a tentativa de solução extrajudicial assim que identificada a lide pelos interessados, e em sendo essa insuficiente, abrindo-se a possibilidade jurídica de levar o pleito ao Judiciário.

Vale recordar que o acesso à justiça compreende não apenas o ingresso da demanda no Judiciário, mas relaciona-se também com os seguintes feixes: ingresso em juízo, desenvolvimento do processo, obtenção de uma decisão final.¹⁴⁷

DJ 10.03.2016; No Rio Grande do Sul o Judiciário registrou um caso onde uma consumidora não teve seu pleito conhecido por se negar a buscar uma solução prévia via atendimento ao consumidor: “APELAÇÃO CÍVEL. PROCESSUAL CIVIL. INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO E INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS. ‘SOLUÇÃO DIRETA CONSUMIDOR’. PRÉVIA TENTATIVA DE SOLUÇÃO DO CONFLITO. NÃO ATENDIMENTO. EXTINÇÃO DO FEITO MANTIDA. Situação dos autos em que a parte autora, instada a buscar prévia resolução extrajudicial, por meio do projeto “Solução Direta Consumidor”, não atendeu à determinação judicial. Utilização do sistema alternativo que se apresenta como instrumento necessário no contexto atual da busca de meios e formas de (des) judicializar questões de menor complexidade, e que não causam maior repercussão na estrutura do tecido social, reservando ao sistema de Justiça melhores e maiores condições para o enfrentamento daqueles litígios que necessitam sim, pela sua magnitude, a intervenção do aparato judicial. Sentença de extinção, sem resolução do mérito, mantida. Precedentes jurisprudenciais. RECURSO DESPROVIDO.” (TJRS - AC: 50029342520218210008 RS, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, Data de Julgamento: 19/10/2021, Nona Câmara Cível, Data de Publicação: 19/10/2021).

¹⁴⁶ Nesse sentido: “Se o princípio do ‘acesso à justiça’ representa, fundamentalmente, a ideia de que o Judiciário está aberto, desde o plano constitucional, a quaisquer situações de ‘ameaças ou lesões a direito’, o princípio do ‘devido processo legal’ volta-se, basicamente, a indicar as condições mínimas em que o desenvolvimento do processo, isto é, o método de atuação do Estado-juiz para lidar com a afirmação de uma situação de ameaça ou lesão a direito, deve se dar.” (BUENO, ob. cit., p. 45).

¹⁴⁷ Em somatória à decomposição do direito de acesso, são as lições do constitucionalista André Ramos Tavares: “Mas, sendo o direito de ação a possibilidade de exercer todos os meios necessários à obtenção de uma solução jurisdicional definitiva, como visto acima, evidentemente que esse direito não se esgota na mera possibilidade de

Nesse sentido, é o escólio de Mancuso:

Por aí se vê que, ao contrário do que pode sugerir uma leitura apressada ou desavisada do contido no inc. XXXV do art. 5.º da CF/1988, não há confundir: (i) o singelo direito de acessar um órgão jurisdicional (“direito de demandar”), com (ii) o vero exercício do direito de ação, que, uma vez cumpridamente exercido, assegura o pronunciamento judicial sobre o fulcro da controvérsia, seja ou não fundada a pretensão material. Outra coisa, pois, é o reconhecimento judicial quanto à procedência do direito afirmado, alti-plano que se expressa por meio da efetiva tutela jurisdicional, mediante a outorga do bem da vida por meio da decisão de mérito (CPC/1973, art. 269, I e IV; novo CPC, art. 487, I e II) ou homologatória equivalente (incs. II, III e V desse artigo; novo CPC, art. 487, III). (MANCUSO, ob. cit. p. 228/229).

Para tanto, o Código de Processo Civil (desde sua primeira versão federalizada, em 1939) sempre regulamentou o acesso à justiça, exigindo do pretendente à tutela jurisdicional (via exercício do direito de ação) a demonstração de pelo menos 02 (duas) condições¹⁴⁸: legitimidade e interesse de agir.¹⁴⁹ Tratam-se, portanto, de 02 (duas) condicionantes instituídas pela lei processual regulamentadora do direito de ação para que o direito constitucional seja executável pelos operadores do direito, condicionantes estas plenamente legítimas pois hábeis a justificar o manuseio da estrutura estatal na resolução de conflitos privados.¹⁵⁰

Feitas as considerações iniciais, passemos à análise individualizada dessas condicionantes, com enfoque especial ao interesse de agir, mormente em seu desdobramento

ingressar em juízo, alcançando, além da provocação ampla já assinalada, também a possibilidade de desenvolver uma participação processual ampla, envolvendo a argumentação e a produção probatória, bem como a própria decisão final em si, colocando termo ao litígio da maneira mais adequada possível (forma de tutela específica, consoante o direito material envolvido). Assim, direito de ação não é apenas a possibilidade de provocar o processo judicial, mas também o direito de acompanhá-lo, com todas as implicações daí decorrentes.” (TAVARES, ob. cit. p. 410).

¹⁴⁸ A compreensão das condições da ação como legítimas condicionantes do direito de ação é antiga, senão vejamos o que já disse sobre Nelson Nery Junior em clássico artigo: “podemos verificar que o direito de ação é um direito cívico e abstrato, vale dizer, é um direito subjetivo à sentença *tout court*, seja essa de acolhimento ou de rejeição da pretensão, desde que preenchidas as condições da ação”. (NERY JUNIOR, 1994, p. 91).

¹⁴⁹ Art. 2º, CPC/1939: “Para propor ou contestar ação é necessário legítimo interesse, econômico ou moral. Parágrafo único. O interesse do autor poderá limitar-se à declaração da existência ou inexistência de relação jurídica ou à declaração da autenticidade ou falsidade de documento.”; Art. 3º, CPC/1973: “Para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade.”; Art. 17, CPC/2015: “Para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade.”

¹⁵⁰ “No mesmo sentido: ‘malgrado todos tenham acesso à Justiça (direito de demanda, direito de ação em nível constitucional), a movimentação da máquina judiciária tem um custo (despesas para o Estado, energia das pessoas envolvidas, custo financeiro das partes e advogados), e é razoável que a lei condicione o poder de provocar o exercício da função jurisdicional a alguns requisitos.’ [...] A ação encontra-se consagrada constitucionalmente, como direito genérico e abstrato. Todavia, o exercício regular deste direito, no âmbito infraconstitucional ou puramente processual, conhecido como demanda, pode e deve ser limitado, como no direito positivo brasileiro, por meio das condições da ação.” (FREIRE, 2005, p. 62).

acerca da necessidade de obtenção da tutela jurisdicional, a fim de demonstrar a legalidade da graduação do direito de ação.

5.2.1. Legitimidade das partes.

A primeira condição da legitimidade é, em verdade, bastante simples, e está adstrita à ideia de titularidade, o que, nas lições de Teresa Arruda Alvim Wambier, significa: “uma qualidade que resulta da relação entre o sujeito e o objeto: essa qualidade é aferida em função de ato jurídico realizado ou a ser praticado, ou, mais especificamente, da relação entre o sujeito e a relação jurídica.” (WAMBIER, 2007, p. 57).

Assim, uma ação judicial somente pode ser movida pelo legítimo autor, qual seja, o titular do direito nela vindicado. Não é por acaso, portanto, que o CPC expressamente proíbe a postulação de direitos que não pertençam aos determinados autores (art. 18, já anteriormente transcrito). Igualmente, somente poderá figurar no polo passivo da ação o legítimo réu, aqui entendido como o verdadeiro titular da responsabilidade buscada.

Não obstante a regra seja da legitimação pela titularidade, há casos especiais a permitir que terceiros pleiteiem direito de outrem. Esses casos são normalmente indicados como hipóteses de legitimação extraordinária para a ação.

Segundo DIDIER JUNIOR (2014), há inúmeros exemplos de legitimação extraordinária que decorre da lei: i) legitimação para as ações coletivas (art. 5º da Lei n. 7.347/1985; art. 82 do CDC); ii) legitimação para a propositura das ações de controle concentrado de constitucionalidade (art. 103, CF/1988); iii) legitimação para impetração do mandado de segurança do terceiro titular de direito líquido e certo que depende do exercício do direito por outrem (art. 3º, Lei n. 12.016/2009); iv) legitimação do denunciado à lide para defender os interesses do denunciante em relação ao adversário comum (arts. 127-128, NCPC); v) legitimação do Ministério Público para o ajuizamento de ação de investigação de paternidade (art. 2º, §4º, Lei n. 8.560/1992); vi) legitimação do capitão do navio para pedir arresto, para garantir pagamento do frete (art. 527 do Código Comercial); vi) legitimação do credor e do Ministério Público para propor ação revocatória falimentar – substituem a massa falida (art. 132 da Lei n. 11.101/2005); vii) legitimação para impetração do habeas corpus (art. 654 do Código de Processo Penal); viii) legitimação do representante da entidade onde está abrigado o

interditando para a ação de interdição (art. 762, III, NCPC); ix) credor solidário para a ação de cobrança ou de execução da obrigação solidária (art. 267 do Código Civil) etc.

O que é interessante apontar no contexto da legitimação extraordinária é que pelo fato da mesma excepcionar a regra geral, somente será admitida mediante expressa autorização legal, tal qual apontamos em cada um dos 09 (nove) exemplos acima delineados.

5.2.2. Do interesse de agir.

Por seu turno, a condição do interesse de agir, muitas vezes referida apenas por “interesse”, é mais complexa e intriga maiores discussões pela reconhecida doutrina processualista brasileira. Não obstante, todas as correntes apontam para a inexistência de um conceito objetivo sobre o interesse puro e simples, mas acordam que na decomposição do interesse em 03 (três) núcleos específicos: utilidade, necessidade e adequação.

Importante consignar que na atualidade não há mais espaço para a antiga confusão entre o interesse de agir (busca pela tutela jurisdicional) e o interesse substancial (satisfação do direito material).¹⁵¹ Com efeito, se determinada ação é julgada improcedente ao declarar a inexistência do direito material nela buscado, atesta a deficiência do interesse substancial, não obstante tenha havido interesse processual na sua consecução.

Nesse sentido pontua Arruda Alvim:

... são inconfundíveis, certamente, os interesses substancial ou material e o processual. Aquele é representativo da afirmação da existência de um elo que liga alguém a um bem da vida, em face do direito material, porque se terá estabelecido a titularidade do direito, esse plano; e o processual, via de regra, emerge da insatisfação, no plano do direito substancial, e consiste na própria imprescindibilidade do uso do processo, sob pena de impossibilidade de fruição do direito material (se existente). (ALVIM NETTO, 1990, p. 86).

Retomando à mitigação do conteúdo do interesse processual, temos que a despeito da unicidade com que se afirma a existência dos núcleos da utilidade, necessidade e adequação, há divergência residente na cumulação simultânea desses núcleos, havendo quem atribua ao interesse um binômio, seja da utilidade-necessidade, utilidade-adequação,

¹⁵¹ “O Estado intervém quando o interesse primário de uma das partes é violado e dá azo ao nascimento do interesse secundário, ou processual.” (ARAÚJO, 2016, p. 58).

necessidade-adequação, ou ainda um possível trinômio onde os 03 (três) centros convivem simultaneamente.

A adequação exigida como satisfação do interesse processual é aquela que denota o acerto do autor em amoldar o direito material objetivado à espécie de ação correspondente. Nesse sentido, não estaria satisfeita integralmente a condição do interesse se uma ação fosse usada para fim inapropriado. Exemplificando, como é possível alguém ter interesse numa ação declaratória se o intento buscado é a condenação da parte contrária a uma obrigação imperativa?!¹⁵²

Outrossim, por utilidade devemos entender que o processo judicial se presta a entregar ao demandante um resultado satisfatório positivo, de modo a integrar na esfera de poder do Autor o bem da vida que lhe era devido, mas não acessível. Acerca da utilidade do processo ainda, importante recordar que o CPC reputa litigante de má-fé aquele que se utilizar do processo para conseguir objetivo ilegal (art. 80, III), evidenciando, pois, servir a prestação jurisdicional somente aos interessados na obtenção de resultados legais e realmente úteis.

Trata-se, portanto, de tratamento da lesão ao bem jurídico violado, de modo que a aferição da lesão, ou de sua ameaça, passará pela análise da ofensa a um direito subjetivo do proponente da ação. Por isso se diz que, em não havendo lesão a reparar, não há utilidade a ser entregue pelo processo aventado.

Por seu turno, o núcleo da necessidade constante no interesse processual se revela como forma de validar o acesso à justiça, de modo que o interessado na ação deve ter no processo a última forma de solucionar o conflito que não conseguiu resolver por conta própria, servindo, portanto, a intervenção estatal como mecanismo hábil em entregar ao jurisdicionado aquilo que lhe é devido, mas que havia lhe sido negado: “Haverá necessidade sempre que o autor não puder obter o bem da vida pretendido sem a devida intervenção do Poder Judiciário.” (NEVES, ob. cit., p. 116).

¹⁵² Para os juristas que defendem a corrente de interpretação do interesse processual apenas como o binômio necessidade-utilidade, a qual nos parece mais correta, aliás, o conceito de adequação estaria nele imbuído: “Parece-nos, entanto, que, no binômio de que se falou – utilidade e necessidade -, está embutida a ideia de ‘adequação’, pois, se a via escolhida é *inadequada*, por conseguinte, é *inútil*. Só a via *adequada* há de ser *útil* para que, teoricamente (= se fundado o pedido), possam ser atingidos os objetivos colimados”. (WAMBIER, 2017, p. 60).

O conceito acima delineado é assente na doutrina brasileira, a qual não diverge em conceituar o interesse processual como o direito disponibilizado à parte lesada que não tiver meios de buscar a satisfação da utilidade de seu direito senão por intermédio do Poder Judiciário.¹⁵³

As lições de Fredie Didier Junior bem representam o pensamento clássico predominante sob o interesse na modalidade necessidade:

O exame da ‘necessidade da jurisdição’ fundamenta-se na premissa de que a jurisdição tem de ser encarada como última forma de solução de conflito. Esse pensamento só é correto, entretanto, para as situações em que se pretende exercitar, pelo processo, direitos a uma prestação (obrigacionais, reais e personalíssimos), pois há a possibilidade de cumprimento espontâneo da prestação. Se não houver meios para a satisfação voluntária, há necessidade da jurisdição. (DIDIER JR., 2015, p. 362).

De relevante importância a transcrição no corpo do trabalho da definição do grande processualista baiano, uma vez que dela se observa a conceituação da necessidade do processo a partir do momento em que não mais existir “possibilidade de cumprimento espontâneo da prestação”. Ou seja, enquanto o devedor da obrigação puder satisfazê-la espontaneamente, carecerá o credor de interesse processual. Se origina daí o recorrente exemplo utilizado para exemplificar o núcleo da necessidade dentro do interesse de agir, no sentido de que enquanto não vencida a obrigação, não gozará o credor de interesse para a cobrança. Contudo, após o vencimento da dívida e não tendo sido ela satisfeita integralmente, nascerá para o credor o interesse na busca pelo seu recebimento via Poder Judiciário, uma vez que o devedor ao não pagar o débito no vencimento renunciou à espontaneidade, permitindo a utilização do meio coercitivo pelo credor.

Temos, portanto, como incontroverso a existência do elemento “necessidade” como integrante indissociável do interesse de agir, restando saber a intensidade em que esse

¹⁵³ Confira-se, nesse sentido, as clássicas lições de Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover, e Cândido Rangel Dinamarco: “Repousa a necessidade da tutela jurisdicional na impossibilidade de obter a satisfação do alegado direito sem a intercessão do Estado – ou porque a parte contrária se nega a satisfazê-lo, sendo vedado o uso da autotutela, ou porque a própria lei exige que determinados direitos só possam ser exercidos mediante prévia declaração judicial (são as chamadas ações constitutivas necessárias, no processo civil e ação penal condenatória, no processo penal)”. (GRINOVER, ob. cit. p. 267).

elemento surge nas demandas, bem como qual nível de demonstração se exige para tê-lo como satisfeito.

5.2.2.1. Dos diferentes graus do interesse-necessidade.

Conforme dito, o núcleo da necessidade integrante do interesse de agir comporta diferentes intensidades de atuação dentro do processo civil. A doutrina clássica aponta para o surgimento da necessidade jurisdicional a partir de uma ofensa a um direito material subjetivo.¹⁵⁴ Logo, para essa corrente, uma simples ofensa a um direito já autorizaria de plano o ingresso da demanda na via Judiciária, ainda que existam outros meios de solução disponíveis para o autor.

No entanto, referida teoria nos parece um tanto incompleta e condicionaria o direito de ação à real ofensa ao direito material, tornando quase que obrigatória a necessidade de decisão judicial favorável ao peticionante, retirando o caráter abstrato hoje presente de forma inequívoca na teoria da ação.

Assim, acreditamos que a necessidade da jurisdição surgirá a partir de momento posterior à simples lesão, exigindo do postulante não apenas a demonstração da ofensa ao direito, mas também de uma tentativa de solucioná-lo por conta própria, a fim de que a necessidade não seja presumida, mas sim efetiva.¹⁵⁵

Perfilha nesse mesmo entendimento o Prof. Fernando da Fonseca Gajardoni:

¹⁵⁴ “Para aqueles que não concebiam a ação como um direito autônomo ou que pensavam ou ainda hoje vislumbram a ação como um direito a uma sentença favorável, o interesse de agir surgiria da concreta lesão ao direito subjetivo material. Neste ângulo de visão, seriam condições da ação, dentre outras, a existência do direito subjetivo material e o interesse de agir, decorrente da violação ou lesão a este mesmo direito. [...] Seria preciso, dessa forma, que existisse um direito subjetivo material e um estado de violação ou lesão a este direito, surgindo um interesse à intervenção estatal, como condição para que se fizesse a ação, sendo proferida uma sentença favorável ao autor. Na ótica civilista, a ação seria o próprio direito subjetivo material lesado em posição de combate, enquanto, na visão concretista, a ação seria um novo direito, ou um poder jurídico, surgido a partir da lesão ao direito subjetivo material. Nesse contexto, o interesse de agir resultaria da própria violação ao direito subjetivo material, pois sem a intervenção do Estado não poderia ser reparada a lesão sofrida, o que tornaria ineficaz a própria tutela que o ordenamento jurídico ofereceu ao titular do direito material violado.” (FREIRE, ob. cit. p. 147/148).

¹⁵⁵ Exatamente nesse sentido, desde muito já pontuava Celso Agrícola Barbi: “... outros autores são mais liberais no conceituar o interesse de agir e o qualificam como a utilidade que se pode retirar da atividade jurisdicional, mas, a meu ver, a primeira posição é a mais correta, porque o tempo e o trabalho dos órgãos jurisdicionais não devem ser gastos quando sua atividade não for necessária à proteção de um direito. Deve-se considerar que um dos problemas quase universais é o da morosidade dos serviços judiciais. Assim, para atendimento dos que realmente necessitam da proteção judicial, deve-se afastar a pretensão dos que poderiam realizar seu direito sem a intervenção daqueles órgãos.” (BARBI, 1975, p. 49).

A tentativa de solução do conflito extrajudicialmente é condicionante legítima para o acesso ao sistema de Justiça? É necessário prévio requerimento administrativo para o acesso ao Poder Judiciário? Esta questão, que durante longos anos foi respondida no Brasil de modo negativo, tem ganhado novos contornos a partir de diversos precedentes de Tribunais Superiores, em releitura das condições para o exercício do direito de ação, especialmente do interesse processual (interesse de agir). De fato, visto o interesse processual (art. 17 do CPC) como um duplo juízo de necessidade/utilidade e adequação do provimento jurisdicional[225], não parece fazer sentido se afirmar “necessário” o pronunciamento judicial, sem que o interessado tenha, antes, manifestado ao adversário sua pretensão. Afinal, como dizer existente a resistência à pretensão (lide), se o adverso sequer sabe da existência dela? Além disso, não se pode ignorar o estímulo que o CPC/2015 (Lei 13.105) – nitidamente influenciado que foi pela política de solução consensual dos conflitos inaugurada pela Resolução 125/2010 do CNJ – confere aos meios extrajudiciais de solução de conflitos (art. 3º, § 3º), o que sugere afirmar que, como regra, nenhum conflito deve ser enfrentado pelo Poder Judiciário antes que as partes possam tentar resolvê-lo consensualmente. Desse modo, é necessária a releitura do princípio do acesso à justiça para afirmar que, dentro de certos parâmetros, e desde que isso seja possível sem maiores dificuldades, não viola o art. 5º, XXXV, da CF e o art. 3º, caput, do CPC, a exigência de prévio requerimento extrajudicial antes da propositura de ações perante o Judiciário. (GAJARDONI, 2021, p. 134/135).

Trataremos do momento do surgimento do interesse no tópico adiante, sendo importante, por ora, demonstrar que o interesse-necessidade, na forma entendida por nós, só surgirá em processos onde é possível buscar e esperar o cumprimento espontâneo da parte contrária.

Não podemos olvidar, todavia, que é inviável a aplicação desse entendimento em todo e qualquer tipo de processo. É que em certos tipos de processos não é conferido aos litigantes a oportunidade de resolverem o conflito de forma diversa da via Judiciária, sendo este caminho, portanto, uma imperatividade imposta pelo legislador às partes. Esse engessamento do conflito é chamado de “ações constitutivas necessárias”, justamente pela caracterização do monopólio jurisdicional estatal como única via hábil a resolvê-lo.¹⁵⁶

Assim, exemplificando, um casamento onde o casal possui filhos menores só poderá ser dissolvido pelo divórcio judicial, uma vez que a Lei 11.441/07 que inovou no ordenamento jurídico ao permitir a desconstituição do matrimônio por escritura pública lavrada no ofício de notas reservou ao Judiciário os casos onde há interesse de incapazes.

¹⁵⁶ É como se posiciona, exemplificando, José Roberto dos Santos Bedaque: “Muitas vezes, a necessidade da tutela jurisdicional verifica-se com a mera alegação de incidência da hipótese legal, à medida que inexistente outro meio de obter o resultado pretendido. São as chamadas ações constitutivas necessárias (por exemplo, anulação de casamento), em que a atividade jurisdicional constitui o único meio para a satisfação do interesse.” (BEDAQUE, 2008, p. 8/9).

Logo, o núcleo da necessidade do interesse de agir nesse tipo de demanda restará satisfeito tão-somente para afirmação das partes do desejo de encerrarem a união, emergindo daí a necessidade jurisdicional, posto que inexistente outra forma de entregar ao casal divorciando a utilidade buscada.

Diferentemente de uma ação de cobrança, um despejo locatício, ou um ajuste contratual, conflitos pessoais que possuam, após eventual ofensa ao bem jurídico, uma gama de caminhos distintos para se buscar a solução que não apenas o processo judicial, e onde a demonstração de interesse, acreditamos, que deve ocorrer numa intensidade maior a fim de exigir dos litigantes a efetiva busca prévia por uma solução rápida e adequada que tão-somente delegar ao Estado a cura de seu problema.

Essa exigência, entendemos, não deve ser de uma formalidade capaz de inviabilizar seu exercício, como seria se exigíssemos a submissão prévia das partes a um procedimento formal de mediação. Deve ser o suficiente, porém, para se verificar que o proponente da demanda buscou de alguma forma efetiva uma solução extrajudicial, isso para que o processo judicial não seja a primeira opção para a situação vivenciada, estimulando com afinco a prática dos meios extrajudiciais de resolução de controvérsias, e, por consequência, filtrando o número de processos distribuídos ao Poder Judiciário, contribuindo com a sua otimização, uma vez que, cremos, haveria uma sensível diminuição dos processos admitidos, permitindo uma melhor resolução daqueles que realmente carecem de um pronunciamento estatal.

5.2.2.2. Do momento de se verificar a presença do interesse-necessidade.

Com efeito, estando superada a premissa de que o interesse processual, em sua faceta de necessidade, desponta como uma legítima condição da ação (art. 17, CPC), é preciso identificarmos em que momento da ação o julgador deverá analisar a sua presença, sob pena da ação ser julgada extinta sem resolução de mérito.

Nesse sentido, a teoria mais aceita na atualidade pelos doutrinadores remonta à chamada Teoria da Asserção, ou seja, logo no início do processo, ao analisar a admissibilidade da petição inicial, deverá o magistrado buscar a presença do interesse-necessidade, juntamente

com as demais condições da ação e pressupostos processuais. Nos dizeres de Alexandre Freitas Câmara: “Asserção, como cedição, significa *afirmação*, e daí vem o nome desta técnica, por força da qual as “condições da ação” devem ser examinadas *in statu assertionis*, isto é, no estado das afirmações feitas pela parte em sua petição.” (CÂMARA, 2017, p. 250).

Ou seja, considerando a característica abstrata do direito de ação, no momento de distribuição da petição inicial e análise de sua admissibilidade, o magistrado não possui meios hábeis para atestar existir ou não razão às alegações do autor, motivo pelo qual deve o juiz realizar um exercício de hipotético para chegar à conclusão da existência ou não do interesse-necessidade e das demais condições da ação.

Assim, no momento de análise preliminar da proemial, deverá o juiz “supor” serem verdadeiros todos os fatos alegados pelo autor. Se desta hipótese puder ser obtido um resultado processual satisfatório, as condições da ação estarão presentes. Caso o exercício reste negativo, estaremos diante de carência da ação.¹⁵⁷

Ousamos parafrasear o exemplo trazido pelo magistrado carioca, o qual é bastante elucidativo para fins de demonstrar a execução da teoria da asserção:

Imagine-se o seguinte exemplo: A vai a juízo em face de B, afirmando ser o réu seu pai biológico que sempre se recusou a reconhecer a paternidade. Postula, então, a declaração da relação familiar existente entre eles. Admitidas como verdadeiras as alegações feitas pelo demandante (de que B é seu pai e que jamais o reconheceu como filho), será o caso de acolher sua pretensão. Significa isto dizer que as “condições da ação” estão presentes. A partir daí, então, o processo poderá desenvolver-se, realizando-se a instrução probatória. Caso se confirme que B é mesmo pai biológico de A, o pedido será julgado procedente. De outro lado, verificando-se pela prova produzida que A não é filho biológico de B, o pedido será julgado improcedente. Agora, figure-se este outro exemplo: A vai a juízo em face de B alegando que é irmão de C, que por sua vez é credor de B. Afirma que a dívida se vencerá dentro de um ano, mas que o devedor já anda a dizer que não pagará o que deve. Em função disso, postula a condenação do réu a pagar a dívida. Ora, ainda que todas essas alegações sejam verdadeiras, a pretensão de A não poderia ser colhida. Afinal, A não pode postular em nome próprio na defesa de interesse alheio (art. 18), sendo certo que não existe qualquer lei ou negócio processual a autorizar que as pessoas demandem na defesa dos direitos de seus irmãos. Falta, no caso, uma das “condições da ação”, a legitimidade ativa, devendo o processo ser extinto sem resolução do mérito (art. 485, VI). (CÂMARA, ob. cit., p. 251).

¹⁵⁷ Em posição contrária, defendendo a verificação do interesse-necessidade na sentença: “O interesse do autor deve existir no momento em que a sentença é proferida. Se desapareceu antes, o processo será extinto sem julgamento do mérito (RT 489/143, JTJ 163/9, 173/126, JTA 106/391), de ofício e a qualquer tempo (STJ-3ª T., REsp 23.563-AgRg, Min. Eduardo Ribeiro, j. 19.8.97, DJU 15.9.97). No mesmo sentido: RP 33/239, com comentário de Gelson Amaro de Souza, e parecer de Nelson Nery Jr., em RP 42/200.” (NEGRÃO, 2016, p. 212).

Temos, portanto, que a Teoria da Asserção muito bem justifica a ideia apresentada nesta tese. Ora, se é certo que o magistrado deve realizar o exame da presença das condições da ação logo de imediato na análise de admissibilidade da petição inicial (até mesmo para evitar a prática de atividade processual inútil), deveria ali o magistrado verificar, em verdade, se, de fato, houve por parte do autor uma busca efetiva e concreta pela solução do conflito narrado em sua petição.¹⁵⁸ Em sendo negativa a resposta, caso o demandante esteja buscando logo de início a solução pelo Poder Judiciário, e não sendo sua contenda uma ação constitutiva necessária, poderia o magistrado determinar a emenda da petição inicial (art. 321, CPC) para que o autor trouxesse aos autos prova de que ao menos buscou contato com o réu.

Ao agir assim, entendemos que estaria o Poder Judiciário não apenas incentivando os particulares a, ao menos, tentarem resolver seus problemas sem a intervenção judicial¹⁵⁹, mas garantindo que as causas a serem analisadas pelos tribunais sejam aquelas que realmente necessitem da apreciação do aparato estatal¹⁶⁰.

Não podemos nos esquecer que segundo a pesquisa publicada por Sadek (2010), os próprios magistrados relataram que o grande número de processos é uma das principais causas para a chamada “crise da justiça”, e sugeriram, entre outras melhorias, filtros para diminuição de recursos e o fortalecimento (real) dos meios de conciliação da justiça. Urge, portanto, haver uma implementação real desses anseios para que a Justiça possa superar essa crise tão antiga, e entregar para a população soluções em menor espaço de tempo, e com qualidade.

Logo, a partir da definição da crise do judiciário, tem-se que um mecanismo eficiente de combate à Crise do Judiciário deve necessariamente diminuir o grau de litigiosidade de um determinado sistema, evitando o prolongamento de demandas existentes e/ou prevenindo ajuizamento de novas demandas. (MARTINS, 2022, p. 55)

¹⁵⁸ “A teoria é, porém, útil na análise inicial do interesse de agir: no recebimento da petição inicial, antes de citar o réu, o exame do interesse processual deve ser feito *in statu assertionis*, exatamente como sugerido pela teoria da asserção. É um excelente filtro para demandas inúteis ou desnecessárias – é por isso que se admite o indeferimento da petição inicial pela falta de interesse de agir (art. 330, III, CPC). Se, futuramente, constatar a falta de interesse de agir, o juiz poderá extinguir o processo sem resolução do mérito, com base no inciso VI do art. 485.” (DIDIER JR., 2015, p. 489).

¹⁵⁹ Retirando, aos poucos, o dogma de que a Justiça deva ser o primeiro lugar para se debater um problema, quando, na verdade, deveria ser a última.

¹⁶⁰ Registre-se, em prol da pesquisa, que se eventualmente uma ausência de condição da ação não restar verificada no início do processo, nada impede que ela seja examinada ao longo da tramitação processual, uma vez tratar-se de matéria de ordem pública (art. 485, §3º, CPC).

5.2.3. Da efetiva demonstração da necessidade para satisfação do interesse de agir: processo civil como a *ultima ratio*.

Estabelecidos os conceitos e a profundidade das condições da ação e do interesse de agir, investiguemos como entendemos deveria se dar a demonstração concreta de sua presença em Juízo.

Com efeito, a prática forense revela que a interpretação conferida ao inciso XXXV, art. 5º, da CF/1988, de que a jurisdição seria uma atividade pública inafastável, faz com que os magistrados brasileiros tenham sido demasiadamente condescendentes com a desnecessidade de se comprovar documentalmente a presença da condição da ação do interesse de agir, partindo da ideia de que referida condição está implícita ao próprio exercício do direito de ação, uma vez que, como se acredita, não iria o autor buscar a tutela jurisdicional se realmente não necessitasse dela. Ou ainda, tal conduta praticada pelos juízes derivaria do simples aceite da afirmação de existência do direito e da lide nele instaurada para dar como satisfeito o elo da necessidade presente no interesse processual.

Nesse aspecto, é importante notar uma prática dos advogados que atuam no contencioso cível: ao redigirem as petições iniciais é bastante comum constar ao final da exposição dos fatos a inserção de uma frase clichê dando conta de que o autor se utilizou dos meios hábeis à obtenção de seu direito, mas por não tê-lo conseguido, vale-se agora do processo judicial para receber o lhe é devido. Independente da justificativa adotada, fato é que o Judiciário tem feito vista grossa à condição da ação do interesse-necessidade, não se investigando a fundo a real necessidade do autor em postular algo perante o Poder Judiciário, notadamente por receio de ofensa à alegada inafastabilidade jurisdicional.

Contudo, tal comportamento tem servido de estímulo para que o número de processos distribuídos ao Poder Judiciário atingisse um nível nunca antes imaginado. E a relação entre a desnecessidade de confirmação do interesse de agir com o aumento do número de processos se justifica pelo fato de que um dos grandes motivos desse aumento explosivo é a cultura da judicialização das demandas¹⁶¹, onde pequenos problemas que poderiam ser

¹⁶¹ Cultura essa apoiada pela grande massa de advogados, que, em sua formação profissional, não contaram com apoio pedagógico para esse enfrentamento. A respeito: “Ainda são poucas as faculdades de Direito que oferecem

resolvidos através de métodos mais adequados à sua natureza acabam por serem levados ao Judiciário.

Surge então o tempestivo questionamento feito por Mancuso:

Cuida-se então de saber se o interesse de agir é de se entender configurado *in statu asserionis*, bastando a apresentação de um singelo histórico de lesão sofrida ou temida perante uma autoridade judiciária, ou hoje se reclama *um passo a mais*, que permita densificar, atualizar e contextualizar aquele conceito, mormente em se considerando que o interesse de agir é a mola propulsora da judicialização do conflito. (MANCUSO, ob. cit., p. 234).

Certamente, fossem os litigantes conduzidos a demonstrar expressamente em Juízo a necessidade de ali estarem por não terem realmente conseguido resolver seu imbróglio de outra maneira, haveria uma seleção de processos que contribuiria não apenas com o desafogamento do Poder Judiciário, mas também, permitiria aos cidadãos conhecerem outras técnicas de solução de conflitos até então desconhecidas pela grande massa.

É dizer, embora o exemplo clássico indique que o autor da cobrança de uma dívida tenha interesse no seu ajuizamento somente após o vencimento da mesma, porque não exigir dele, em caso de alegada inadimplência, a demonstração da efetiva tentativa de recebimento do seu crédito?! Não se busca defender aqui seja forçado o autor a patrocinar uma sessão particular de mediação ou conciliação como requisito para o ajuizamento da demanda (salvo a existência de prévia cláusula de mediação, vale lembrar), mas somente exigir deste que apresente ao menos uma notificação indicando o desejo de receber, uma ata de reunião onde se buscou o parcelamento do débito, ou até mesmo uma troca de mensagens eletrônicas (via e-mail ou aplicativos de conversas instantâneas) que demonstre a verdadeira busca pelo

as disciplinas relativas aos meios adequados de resolução de disputas como parte de suas grades curriculares. As aulas de processo, por outro lado, de modo geral, estão ligadas à exegese e análise do próprio Código de Processo Civil. Há uma deficiência de formação do profissional jurídico. Os alunos aprendem a litigar, mas não são ensinados a negociar adequadamente, a partir de uma compreensão das circunstâncias, das necessidades reais e análise jurídica dos possíveis desfechos do caso. As faculdades de Direito, permeadas pelo paradigma legalista e cientificista, passam ao aluno a noção de que o conflito é, para o direito e para o jurista, um problema exclusivamente jurídico, a ser resolvido com a aplicação da lei. Nessa perspectiva tradicional, que o NCPC busca superar, ao Judiciário não importa o conflito, mas, tão somente, resolver a lide processual. Este é um paradigma arraigado em nosso Direito e no processo civil. É curioso observar que num curso como o de Direito, em que os profissionais trabalham eminentemente tentando convencer uns aos outros, não exista, no Brasil, espaço nas grades curriculares para o ensino dos valores, técnicas e habilidades da negociação, diretamente ou com o apoio de mediadores e conciliadores, e dos fundamentos do instituto da arbitragem. Trata-se de uma lacuna notável nos cursos jurídicos.” (LESSA NETO, ob.cit., p. 5).

adimplemento da obrigação, para, em sendo inócuo o esforço, haver real necessidade no aviamento da contenda judicial.

Em outras palavras, deveria ser dada ao credor a chance de solucionar sua contenda de outra forma que não apenas pela via Judiciária. Ocorre que, em muitos casos, mormente pela presença enraizada da cultura da judicialização¹⁶², o particular não tem ideia da existência de outros mecanismos disponíveis a solucionar seus conflitos, e vê na Justiça a única maneira de coagir o devedor a lhe pagar o que é devido, sem medir, no entanto, os altos custos que tal opção lhe implicará, como custas processuais e honorários advocatícios, além do longo período de tramitação de um processo.

Assim, embora a nossa geração de juristas tenha sido educada sob o mantra de que o Judiciário tudo resolve, não podemos aceitar a ideia de que todos os conflitos mereçam o mesmo tratamento.¹⁶³ Todos os conflitos merecem sim o resultado final justo, mas não a sua busca com o mesmo grau de intensidade.¹⁶⁴

Logo, fosse possível ao Judiciário se ocupar apenas com as questões realmente imprescindíveis de sua intervenção, conferir-se-ia não apenas maior qualidade à atividade jurisdicional pública, mas também maior celeridade e efetividade para causas cujo tratamento mais indicado seja realmente a sentença judicial, e não outras cujos conflitos seriam melhor resolvidos de outra maneira.¹⁶⁵

¹⁶² Dizemos que as partes, em muitos casos, não enxergam outra saída para dirimirem seus conflitos porque foram esses indivíduos criados numa sociedade onde o sofisma do Judiciário é um quadro pintado desde cedo como a única forma de se resolver todos os problemas da vida, independentemente de sua natureza ou intensidade. E, tal qual as partes, foram os advogados na atualidade doutrinados sob o espectro da extrema litigiosidade.

¹⁶³ Daí porque o Conselho Nacional de Justiça foi muito feliz na adoção da nomenclatura “adequados” ao se referir aos demais meios de solução de conflitos que não a sentença judicial em sua Resolução nº 125/2010, a qual instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário. É importante registrar que o termo não desmerece a sentença judicial como forma inadequada de solução de conflitos, mas apenas consigna que conflitos pessoais podem ocorrer de tantas e variadas formas que uma única ferramenta apaziguadora não daria conta de atendê-los com qualidade. Afinal, tal qual no ramo da medicina existe um remédio específico para cada doença, o mesmo raciocínio deverá ser aplicado na forma de se analisar um conflito e definir a melhor forma de cessá-lo.

¹⁶⁴ “A atividade jurisdicional, como se sabe, inspira-se significativamente no princípio da economia processual, segundo o qual deve haver o mínimo de esforço e dispêndio, quer de tempo, quer de dinheiro, para a produção do máximo de trabalho e rendimento.” (WAMBIER, 2007, p. 62).

¹⁶⁵ Como já observava Donaldo Armelin: “uma das formas mais adequadas de propiciar ao processo maior eficiência dentro dos parâmetros traçados para as suas específicas finalidades é a de evitar, senão a instauração, pelo menos o prosseguimento de processos fadados a um término anormal, por carência de requisitos indispensáveis à colimação daquelas finalidades, centradas na dirimência do conflito mediante a aplicação do direito objetivo ou através da satisfação do direito de uma das partes.” (ARMELIN, 1979, p. 31).

Na vigência do novo Código de Processo Civil, com a implantação do sistema multiportas, nunca se falou tanto nos conceitos de conciliação e mediação como antes, e, no mesmo sentido, nunca se diagnosticou a origem do gigantismo do Judiciário como antes, não havendo dúvidas tratar-se a cultura jurídica da litigiosidade como a grande causa do assoberbamento dos fóruns.¹⁶⁶

A cena clássica de um advogado respondendo ao questionamento de um cliente sobre um problema deverá passar de “podemos ajuizar uma ação” para “podemos conversar com a parte”. A falta de diálogo, bem como do bom diálogo, é algo que alimenta a litigiosidade e reflete nos números escabrosos apresentados pela Justiça hodierna.

Ademais, os advogados, tendo ciência que para sua futura ação ser aceita deverão demonstrar que não houve outros meios de solução do conflito sem a intervenção estatal, serão encorajados a primeiro buscar a solução pela via extrajudicial, fomentando assim o diálogo e os variados meios disponíveis à população para solução de seus problemas. Sob esse prisma, haveria ainda a valorização do próprio advogado, que não ficaria à mercê de ser mero postulador de causas judiciais, mas, sobretudo, um consultor para a prevenção de litígios e, se não evitados, um solucionador de conflitos de maneira muito mais objetiva e rápida.

Por tais motivos, não havendo dúvidas sobre a principal origem do grande problema do Judiciário na atualidade, sem prejuízo das grandes inovações e reformas promovidas no sistema processual civil, é chegada a hora de olhar para as ferramentas que possuímos desde sempre e dar a elas uma aplicação prática que mais se aproxime da teoria.

É com base nesse espírito que Mancuso aponta em sua obra a necessidade de dar ao interesse de agir uma nova roupagem para, dentro dos novos ditames e valores implantados no Brasil desde a Resolução nº 125/2010 do CNJ, finalizada com o advento do Novo Código de Processo Civil em 2015, incorporar no núcleo necessidade a efetiva demonstração de uma

¹⁶⁶ “Urge, pois, uma mudança de mentalidade, permitindo reconhecer que a decisão judicial (solução adjudicada estatal) em muitos casos não é o modus ideal de resolução de conflitos (ou ao menos não deve ser ofertada como opção imediata e primária). Esse novo contexto parece vir sinalizado na Exposição de Motivos do novo CPC, item 2: ‘Pretendeu-se converter o processo em instrumento incluído no contexto social em que produzirá efeito o seu resultado. Deu-se ênfase à possibilidade de as partes porem fim ao conflito pela via da mediação ou da conciliação. Entendeu-se que a satisfação efetiva das partes pode dar-se de modo mais intenso se a solução é por elas criadas e não imposta pelo juiz.’” (MANCUSO, ob. cit., p. 235).

prévia tentativa conciliatória com a parte *ex adverso*, não sem antes, porém, fazer as ressalvas necessárias para as exceções legais. Confira-se:

Presente esse contexto, e numa exegese sistemática e teleológica dos textos, trazidos à realidade judiciária contemporânea, é justo que se promova um enriquecimento conceitual do interesse de agir, agregando-lhe a existência do prévio esgotamento de outros meios auto e heterocompositivos, à exceção, naturalmente, dos casos e situações envolvendo crise jurídica especialmente complexa, ou cujas peculiaridades de matéria ou de pessoa reclamem necessária passagem judiciária da controvérsia, tais como uma ação rescisória, uma ação no controle direto de constitucionalidade, uma homologação de sentença estrangeira. (MANCUSO, ob. cit., p. 234).

A não adoção dessa teoria contribui diretamente com o assoberbamento do Poder Judiciário e a malfadada cultura da litigiosidade, pois ao não ser exigida a demonstração concreta da necessidade de estar em Juízo, fomenta-se um sentimento de que o Judiciário tudo aceita.

Repisemos que tal comportamento oculta do conhecimento popular institutos de solução de conflitos céleres e eficientes, como a mediação e a conciliação, que, inclusive, em determinados casos, são mais adequadas para resolução de conflitos que o próprio julgamento pelo Judiciário.

O que se vem afirmando projeta importante reflexo numa das condições da ação, a saber, o interesse de agir: se este se configura quando há necessidade e utilidade do acesso à Justiça, então é possível entender-se, numa releitura atualizada e contextualizada, que falta dita condição quando o direito controvertido poderá e deveria ter sido antes submetido a outros meios auto ou heterocompositivos preordenados a resolvê-lo de modo justo, tempestivo e sob razoável relação custo-benefício. Com tal estratégia se estimularia, ademais, a prática da vera cidadania, a par de ensejar alívio à notória sobrecarga do serviço judiciário estatal, o qual, assim postado numa perspectiva residual ou subsidiária, recepcionaria os casos que, por singularidades de pessoas ou de matérias ou pela complexidade de *quaestio iuris*, reclamassem cognição plena e exauriente, e bem assim, aquelas controvérsias que se mostrassem resistentes à resolução por aqueles outros meios. (MANCUSO, ob. cit., p. 266).

Sobre o que Mancuso se refere como sendo a “vera cidadania”, é importante lembrar que, de fato, os meios autocompositivos trazem consigo uma maior carga de harmonia, posto que resultará de uma vontade proferida pelas próprias partes¹⁶⁷, de modo que mesmo diante de uma renúncia parcial de uma pretensão¹⁶⁸, tal circunstância derivará do anseio da parte em pôr fim ao conflito. E justamente pelo fato de tais meios serem dotados de uma maior carga de harmonia e fraternidade devem ser não só incentivados pelo Estado, mas também, numa via

¹⁶⁷ Vale lembrar que um dos princípios da mediação é a autonomia da vontade das partes (art. 2º, V, Lei 13.140/15).

¹⁶⁸ Entendida como “concessão recíproca” a permitir a transação (art. 840, Código Civil),

mais direta, exigido das partes, porquanto somos todos integrantes de uma sociedade cujos princípios e valores encontram referência na Constituição Federal, de onde extraímos justamente o comando de que os conflitos serão resolvidos por meios pacíficos, conforme consta em seu preâmbulo.¹⁶⁹

Aliás, o preâmbulo que embora não seja apresentado na condição de norma objetiva, possui forte influência na interpretação do direito, como bem delineou a Min.^a Carmem Lúcia, *in verbis*:

Devem ser postos em relevo os valores que norteiam a Constituição e que devem servir de orientação para a correta interpretação e aplicação das normas constitucionais e apreciação da subsunção, ou não, da Lei 8.899/1994 a elas. Vale, assim, uma palavra, ainda que brevíssima, ao Preâmbulo da Constituição, no qual se contém a explicitação dos valores que dominam a obra constitucional de 1988 (...). Não apenas o Estado haverá de ser convocado para formular as políticas públicas que podem conduzir ao bem-estar, à igualdade e à justiça, mas a sociedade haverá de se organizar segundo aqueles valores, a fim de que se firme como uma comunidade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...). E, referindo-se, expressamente, ao Preâmbulo da Constituição brasileira de 1988, escolia José Afonso da Silva que "O Estado Democrático de Direito destina-se a assegurar o exercício de determinados valores supremos. 'Assegurar', tem, no contexto, função de garantia dogmático-constitucional; não, porém, de garantia dos valores abstratamente considerados, mas do seu 'exercício'. Este signo desempenha, aí, função pragmática, porque, com o objetivo de 'assegurar', tem o efeito imediato de prescrever ao Estado uma ação em favor da efetiva realização dos ditos valores em direção (função diretiva) de destinatários das normas constitucionais que dão a esses valores conteúdo específico" (...). Na esteira destes valores supremos explicitados no Preâmbulo da Constituição brasileira de 1988 é que se afirma, nas normas constitucionais vigentes, o princípio jurídico da solidariedade. (STF - ADI 2.649, voto da rel. min. Cármen Lúcia, j. 8-5-2008, P, DJE de 17-10-2008).

E que melhor harmonia haverá numa solução encontrada pelos próprios envolvidos no conflito?! Ora, a decisão judicial como forma de solução de conflitos só encontra razão de ser em vista da força imposta na jurisdição capaz de substituir a vontade da parte recalcitrante em acatar a decisão judicial, logo, o sucumbente numa ação judicial cumpre a decisão por bem ou por mal, tanto que há, inclusive, popular ditado dando que decisão judicial não se respeita, se cumpre.

Não é por acaso, outrossim, que inúmeras decisões judiciais são proferidas à revelia das reais condições da parte sucumbente em dar-lhe cumprimento, resultando em milhares de feitos de cumprimento de sentença sem qualquer espécie de satisfação dada a

¹⁶⁹ Já citado, nota de rodapé nº 98.

inexistência de patrimônio penhorável pelo devedor, o que só colabora com a massificação das demandas tanto aqui já falada.

Diferente situação ocorre na autocomposição, onde a parte opta por construir a solução do conflito dentro de suas reais possibilidades, creditando ao instituto, inclusive, um índice de inadimplência muito menor que as sentenças judiciais, afinal, cada parte conhece os limites daquilo que é possível para si.

Uma das razões existentes que justifica a baixa inadimplência das soluções autocompositivas é o caráter pedagógico da mesma. Com efeito, a partir do momento em que um acordo é firmado por puro desejo da parte, cria-se uma força vinculativa moral entre a parte e o acordo por si firmado, impedindo o soerguimento de escusas a justificar um eventual inadimplemento.

Por outro lado, quando a determinação é imposta por um terceiro – no caso o Juiz – a parte sucumbente sente-se à vontade para buscar subterfúgios a embasar sua inadimplência, como a existência de recursos processuais a serem interpostos, um erro de julgamento cometido pelo juiz, e até mesmo um sentimento de injustiça praticada pela parte contrária. Nesse cenário, não é de causar estranheza o fato do sucumbente não desejar cumprir voluntariamente o comando estatal.

Mas nada disso ocorrerá quando um acordo for firmado voluntariamente por si, mormente porque as rugas e insatisfações pretéritas serão resolvidas por ocasião do acordo.

Nesse sentido, de suma importância conferir o posicionamento registrado por Daniel Roberto Fink, onde este também finca a tese de ser o processo civil a *ultima ratio* para o cidadão:

É oportuno lembrar que a solução judicial por via da sentença condenatória deve ser o último recurso. A busca da prestação jurisdicional só pode ser resultado inequívoco da impossibilidade de solução extrajudicial. Há várias razões para que assim o seja, inclusive de natureza processual – interesse de agir -, mas há uma outra razão também muito importante para se preferir a solução do conflito anteriormente ao processo. É uma razão psicológica. [...] A composição negociada pelo ajustamento de conduta é a realização do possível, e as partes têm consciência disso. Respeitados os contornos possível da transação, cujo limite é o interesse público, todas as demais cláusulas e condições serão resultado de um processo psicológico de apreensão de cada uma das obrigações assumidas, de tal forma que, ao final, cada parte terá a certeza de que cada

obrigação é resultado daquilo que cada um pode dar e na forma como poder dar. É a realização do possível. (FINK, 2002, p. 132).

Ademais, conforme já assentado ao longo deste trabalho, exigir do postulante a demonstração expressa de um prévio contato com a parte contrária para se buscar um entendimento em nada se contrapõe à garantia da inafastabilidade da jurisdição, até mesmo porque a ideia ora apresentada não impede o acesso à justiça, mas apenas sugere que, antes de o fazê-lo, tenha a parte ingressante ao menos tido uma tentativa de efetivamente buscar a solução de seu conflito antes de pedir para que o Estado faça por si.¹⁷⁰

Essa tentativa poderá ser de qualquer forma que permita um contato efetivo, bem como ofertada uma real tentativa de conciliação ou busca pelo solução do conflito. Há, na atualidade, diversas formas de se buscar isso, seja com o envio de mensagens eletrônicas, e-mails, ou até mesmo situações mais formais como sessões de conciliação ou mediação privadas.

Conforme asseverado por LOPES (2019, p. 5), uma das causas principais do estrangulamento do Poder Judiciário é o acesso irrestrito à sua estrutura, que permite toda e qualquer discussão se tornar um processo judicial. Fazendo um paralelo com as lições de BAUMAN (2001) anteriormente dissertadas, torna claro entender que para a parte promovente é muito mais cômodo entregar a demanda a um advogado para ajuizar uma ação, do que buscar uma solução efetiva com a parte contrária com quem houve um rompimento dos vínculos sociais em razão do surgimento da lide. Sem a prévia necessidade de solução, não há nenhum encorajamento ao proponente de dedicar um tempo na solução do conflito, podendo ele simplesmente delegar a solução ao Judiciário e seguir em frente.

¹⁷⁰ “Não cabe perscrutar nessa política qualquer *capitis diminutio* à função judicial do Estado ou qualquer maltrato à garantia constitucional do acesso à Justiça, porque em nenhum momento se está impedindo a judicialização, ou obstaculizando a função precípua do juiz togado, mas, antes e legitimamente, se está inserindo uma condição prévia para a obtenção da solução adjudicada estatal, assim evitando que o direito de ação – que, por natureza, é (muito) condicionado – seja exercido *ultra vires*, em modo genérico e açodado, até porque não se concebem direitos absolutos. O vexo da judicialização pronta e imediata de todo e qualquer conflito, sem prévia passagem por agentes, órgãos ou instâncias capazes de recepcioná-los, resolvê-los ou ao menos depurá-los, assim levando-os a um razoável ponto de maturação, é uma prática que, além de insuflar a notória crise numérica de processos, ainda traz de envolta o risco de efeitos sistêmicos (porventura indesejados, mas inevitáveis), projetados por certas decisões judiciais, mormente aquelas incidentes em questões ligadas às políticas públicas.” (MANCUSO, ob. cit. p. 267).

Não seria exagero dizer, ainda, que a prévia exigência de um contato entre as partes a fim de buscarem uma solução para a lide resulta do próprio dever de boa-fé com que todas as pessoas devem se portar em suas obrigações¹⁷¹.

É importante destacar que nessa fase pré-processual o advogado teria fundamental importância para propiciar esse contato de forma técnica e profissional, seja diretamente com a parte contrária, ou com o patrono desta, onde poderiam valer-se da criatividade para buscar novas formas de contato e formulação de propostas, criando assim um sentimento comum de busca pela solução do problema.

Por esses motivos acreditamos que a satisfação plena da condição do interesse-necessidade deve ocorrer além da simples afirmação do autor em sua petição inicial, exigindo-se do postulante uma efetiva demonstração de que o processo judicial se faz de fato necessário em vista da ausência de outras formas de solução do conflito.¹⁷²

No ponto, vale rememorar as palavras de Fredie Didier Junior: “Se não houver meios para a satisfação voluntária, há necessidade da jurisdição. (DIDIER JR., 2015, p. 362).

Temos, portanto, que o interesse processual de agir escora o ideal de graduação do direito de ação, a fim de que o processo civil possa ser utilizado efetivamente como a *ultima ratio* pelo cidadão, elevando o patamar da ação para a última opção do demandante, nunca a primeira, salvo as reais hipóteses onde é manifestamente impossível a conciliação prévia, como os casos das ações constitutivas necessárias.

O tema, no entanto, é longe de ser pacífico, gerando calorosas discussões acerca de sua possibilidade jurídica, aqui já enfrentada, mas também acerca da sua real efetividade. Nesse sentido se posiciona a Prof.^a Fernanda Tartuce:

¹⁷¹ A boa-fé é exigida constantemente dos sujeitos em um conflito, tanto numa fase prévia ao conflito, posto que assim exige o Código Civil (art. 113, Código Civil: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.”), quanto na fase jurisdicional em que se discute o conflito (art. 5º, Código de Processo Civil: “Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.”).

¹⁷² A fim de robustecer as ideias aqui reproduzidas, trazemos alguns embasamentos doutrinários que perfilham na mesma linha de entendimento, por exemplo: “O interesse de agir, primeira das condições da ação indicadas pelo legislador (art. 17), decorre da necessidade de se recorrer ao exercício da jurisdição para tentar obter a satisfação da pretensão do autor. Essa necessidade surge da inexistência de outro meio lícito para se alcançar o bem da vida pretendido.” (SCHENK, 2015, p. 52).

Soa adequado esse entendimento; no estado atual, à luz da garantia de acesso à justiça efetivamente se revela inadequada a previsão de prévia submissão a instâncias consensuais para o esgotamento das tentativas de acordo entre as partes. Os métodos autocompositivos exigem, como pressuposto de sua implementação, a intenção de participar de conversações; para que elas sejam proveitosas, devem ocorrer de forma não impositiva, sob pena de comprometimento da livre manifestação de vontade e da obtenção de consensos reais. (TARTUCE, 2018, p. 327).

E também o Prof. Humberto Dalla Bernardina de Pinho:

A par dessa evolução, não podemos concordar com a ideia de uma mediação obrigatória. É da essência desse procedimento a voluntariedade. Essa característica não pode ser jamais comprometida, mesmo que sob o argumento de que se trata de uma forma de educar o povo e implementar uma nova forma de política pública. (PINHO, 2014, p. 17).

De fato, é de se reconhecer que se a graduação ao direito de ação for implementada sem um amplo projeto de conscientização e incentivo à sua utilização, há o risco da nova etapa criada se tornar uma mera formalidade, tal qual já ocorreu com as audiências iniciais de conciliação e mediação previstas no art. 334 do Código de Processo Civil, e que, conforme exposto no item 3.4 desta tese, apresentam resultados aquém do esperado. Esse risco, no entanto, pode ser mitigado pela simplicidade proposta na satisfação da condição da ação.

Com efeito, não olvidamos que a mediação enquanto instituto demanda um esforço grande de todos os envolvidos na consecução do acordo¹⁷³, formalismo esse que a falta de recursos, tempo, e até mesmo interesse, pode transformar o momento em uma mera etapa a ser superada pelos litigantes e advogados.

Nos parece, porém, que a solução passa por um ponto intermediário, de modo a não exigir o cumprimento de uma reunião formal e solene, mas sim de efetivamente demonstrar apenas a resistência de qualquer forma que evidencia sua existência, bem como uma tentativa, ainda que singela, de tentar a resolução do problema.

¹⁷³ “Obviamente chegar a um acordo por meio do processo de mediação não é tarefa fácil. Exige tempo, dedicação e preparação adequada do mediador. Seria um erro grave pensar em executar mediações em série, de forma mecanizada, como hoje, infelizmente, se faz com as audiências prévias. A mediação é um trabalho artesanal. Não é uma ciência. Embora possa ser ensinada, não pode ser inteiramente apreendida. A habilidade do mediador é pessoal e intuitiva. Cada caso é único. Demanda tempo, estudo, análise aprofundada das questões sob os mais diversos ângulos. O mediador deve se inserir no contexto emocional-psicológico do conflito. Deve buscar os interesses, por trás das posições externas assumidas, para que possa indicar às partes o possível caminho que elas tanto procuravam.” (PINHO, 2014, p. 6).

A proposta feita neste trabalho não tem o condão de tornar a conciliação e mediação uma pré-etaapa obrigatória do processo, mas sim servir de filtro para as causas judiciais verdadeiramente despidas de interesse de agir, eliminando do Judiciário questões que devem ser resolvidas pelas próprias partes, e não pelo Estado!

É, pois, o primeiro passo, e não o último. É importante registrar que mesmo os estudiosos discordantes da tese de se exigir uma demonstração do interesse-necessidade além da singela afirmação pelo requerente, acordam atribuir ao processo civil a característica de última via para solução dos conflitos. Confira-se, nesse sentido, o escólio de Fábio Caldas de Araújo:

... não podemos discordar da doutrina que denomina o processo como *ultima ratio* (último recurso disponível). Esta expressão deve ser entendida em seus devidos termos, ou seja, no sentido de que uma sociedade organizada somente deve resolver os conflitos individuais ou coletivos perante regras preestabelecidas e com o respeito aos direitos fundamentais dos litigantes. E o processo civil fornece justamente este caminho, como o último instrumento para a pacificação social. Obviamente, esta constatação não elimina a existência dos meios alternativos de proteção social, mas apenas ressalta o papel do processo como meio de ordenação racional das disputas sociais, através de um processo pautado pelo diálogo entre as partes e pelo oferecimento da segurança jurídica, representada pela estabilidade do procedimento, decisões fundamentadas, públicas e com a formação da coisa julgada, que consiste em nota particular da atividade jurisdicional. (ARAUJO, ob. cit. p. 59).

Temos, portanto, que a utilização real da condição interesse-necessidade, como fundamento de uma graduação ao direito de ação, é parte de um sistema maior que busca incentivar a conciliação e mediação, porém, não a tornando obrigatória a ponto de inviabilizar essa etapa.

5.3. Do dever de renegociar no direito civil.

Além do interesse processual de agir, funciona também em favor da teoria da graduação do direito de ação aqui proposta a teoria civilista acerca da existência do dever de renegociar contratos em situações de desequilíbrio contratual¹⁷⁴.

¹⁷⁴ “...apesar de possuírem seus interesses próprios, as partes empresárias que firmam contratos colaborativos possuem finalidade comum, que leva à necessidade de cooperação. Com efeito, um dos mecanismos utilizados pela prática dos contratos internacionais e sugerido pela doutrina para solucionar os problemas oriundos da incompletude desse tipo contratual e da sua longa duração é a renegociação das condições contratuais, seja quando atingido determinado marco, seja quando alterado o equilíbrio entre as partes a ponto de levar à necessidade de reapreciação dos termos iniciais.” (RABELO, 2020, p. 43).

Por esse teoria, entende-se que em sendo constatado um desequilíbrio contratual superveniente, naturalmente uma das partes contratantes restará prejudicada, enquanto a(s) outra(s) serão beneficiadas, ferindo a isonomia inicial¹⁷⁵. Nessa situação, antes de buscar o reequilíbrio judicial da relação contratual, os civilistas defensores desse entendimento sustentam que deva existir uma comunicação ativa e eficiente entre os contratantes, exigindo da parte lesada que comunique a outra parte acerca do desequilíbrio, juntamente com uma proposta para obtenção do reequilíbrio. A parte comunicada, por seu turno, não deverá se prevalecer da situação que injustamente a beneficia, silenciando-se, e deverá, segundo a mesma teoria, responder a parte lesada com uma contraproposta a fim de buscarem a isonomia.

Conforme se verifica, o dever de renegociar consiste em um singelo movimento de comunicação saudável, não existindo obrigatoriedade em se aceitar propostas, mas sim de iniciar um canal de comunicação para receber a denúncia de desequilíbrio de uma parte e responde-la oportunamente. Isso significa que a parte naturalmente beneficiada pelo desequilíbrio não deve silenciar-se quando provocada, e deve responder a solicitação da outra parte que se sente prejudicada. No mesmo sentido, a obrigação é recíproca, pois a parte que eventualmente percebe um desequilíbrio prejudicial a si, não pode silenciar-se e deixar de cumprir o contrato para, no futuro, usar do desequilíbrio como justificativa de sua inadimplência.

Em todos os possíveis cenários que surgem dessa situação, é perceptível que a boa-fé objetiva¹⁷⁶, força vinculante das obrigações, pretende evitar um “efeito surpresa” na

¹⁷⁵ “Não é raro, na prática brasileira, que, diante de cartas e notificações suscitando desequilíbrio contratual, a parte instada a renegociar os termos do contrato simplesmente silencie, confiando que o custo econômico e o ônus negocial da propositura de uma demanda judicial desestimularão a adoção de qualquer atitude do contratante prejudicado. Tal situação verifica-se, com ainda maior frequência, naquelas situações em que se configura a chamada “dependência econômica”, como no caso de fornecedores que atuam em mercados dominados por um pequeno número de agentes econômicos, que tais fornecedores precisam atender para manter sua viabilidade econômica, ou, ainda, dos distribuidores que atuam por anos a fio em prol do mesmo cliente de tal modo que seu fundo de comércio atrela-se indissociavelmente à oferta de produtos desse último. Nesse cenário, a inércia do contratante favorecido pelo desequilíbrio torna-se autêntico mecanismo de coerção, que confronta o contratante prejudicado com a “decisão trágica” de propor uma ação judicial – comprometendo sua relação negocial com aquele cliente e quiçá com outros clientes do seu mercado de atuação – ou manter o cumprimento de um contrato que se tornou economicamente injustificável. Por vezes, opta-se pela segunda via, com grave prejuízo para o contratante e para a economia em geral, na medida em que se mantêm preços artificiais por atividades produtivas, freando investimentos e resultando frequentemente na redução da mão de obra ou da qualidade dos serviços.” (SCHREIBER, 2020, 353).

¹⁷⁶ Para além da boa-fé objetiva, é possível extrair a existência do dever de renegociar a partir do dever de cooperação entre as partes, que dentro do sistema processual civil também é uma regra (art. 6º, Código de Processo Civil: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.”) Ainda: “O dever de renegociação tem suas bases na cooperação, que, por sua vez, pode ser depreendida da cláusula geral da boa-fé objetiva. No âmbito do direito contratual, as cláusulas gerais surgiram

parte contrária, exigindo a comunicação transparente e ativa entre os contratantes, de modo que, na eventualidade de uma demanda, o ato de jurisdicionarizar o conflito não seja uma novidade para a parte contrária.

Tal qual sustentamos sobre o direito processual, é justamente o conceito de configuração da lide. Com efeito, não possui interesse processual de agir a parte despida de lide, e essa só nasce com a resistência da pretensão. E para se haver resistência à pretensão, é preciso exercê-la. Ou seja, com palavras diferentes o que temos é a mesma circunstância narrada de forma distinta. Em direito material civil a boa-fé exige das partes a renegociação satisfeita apenas como tratativas. Em direito processual civil, o interesse processual exige a configuração expressa da lide para justificar o ajuizamento da ação.

5.3.1. Base normativa do dever de renegociar.

De se registrar que a teoria do dever de renegociar é incipiente no direito brasileiro, e não possui regra expressa em nenhuma codificação ou legislação extravagante. Essa situação serve de embasamento para quem entende pela sua inexistência, mormente em razão do art. 5º, II, da Constituição Federal salientar que: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.”

Não obstante, SCHREIBER (2020, p. 371) sustenta que a base normativa do dever renegociar encontra guarida na consagração da regra da boa-fé objetiva, não sendo necessário existir uma norma específica que conduza os contratantes a um necessário dever de renegociar.

No ponto acerca do princípio da boa-fé, TARTUCE (2017, p. 65) faz uma interessante distinção entre boa-fé subjetiva (prevista no antigo Código Civil de 1916) como aquela que indica o sentimento do sujeito/intenção do sujeito. Surge depois a regra/ordem legal de adoção de uma conduta objetiva pautada na escorreitidade do agente, de modo a agir de

com o solidarismo, para abrir o sistema jurídico para fatores metajurídicos e valores socialmente aceitos e permitir ao aplicador da norma enquadrar o fato e determinar suas consequências, mantendo-a atualizada ao seu contexto.” (RABELO, 2020, p. 49).

maneira a contribuir com a persecução da obrigação avençada, que se convencionou referir-se como boa-fé objetiva¹⁷⁷.

A boa-fé já era prevista em legislações brasileiras pelo menos desde 1850, na edição do Código Comercial: O artigo 131, I, do Código Comercial de 1.850 previa tal princípio: “A inteligência simples e adequada que for mais conforme a boa-fé e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras”, tendo sido revogado pelo Código Civil atual. Essa postura ativa do sujeito de pautar-se forçadamente pela boa-fé se observa também no Código de Defesa do Consumidor¹⁷⁸, anterior ao atual Código Civil.

E é interessante notar que todas essas normas “conversam” entre si, em razão da aplicação da teoria do “diálogo das fontes”, preconizada pelo Enunciado 27 CJF/STJ: “Na interpretação da cláusula geral da boa-fé, deve-se levar em conta o sistema do Código Civil e as conexões sistemáticas com outros estatutos normativos e fatores metajurídicos.”

Em sendo uma regra geral aplicável à todas as obrigações, independentemente de sua previsão expressa, é certo dizer que todos os sujeitos da obrigação devem guardar obediência à boa-fé objetiva. Nessa perspectiva, segundo TEPEDINO (2021, p. 103) a doutrina brasileira, na esteira dos autores estrangeiros, atribui à boa-fé 03 (três) espécies de função: interpretativa, restritiva do exercício abusivo de direitos, e criadora de deveres anexos.

¹⁷⁷ Isso se observa em algumas codificações europeias: “No BGB Alemão, por exemplo, está prevista a boa-fé objetiva no parágrafo 242, segundo o qual o devedor está obrigado a cumprir a prestação de acordo com os requisitos de fidelidade e boa-fé, levando em consideração os usos e bons costumes. No Direito Alemão, duas expressões são utilizadas para apontar as modalidades de boa-fé ora expostas. O termo *Guten Glauben* – que quer dizer, literalmente, bom pensamento –, denota a boa-fé subjetiva; enquanto *Treu und Glauben* – fidelidade e pensamento – a boa-fé objetiva. [...] Nossa codificação segue assim a sistemática do Código Civil italiano de 1942, que traz a previsão do preceito ético em vários dos seus dispositivos. Vale destacar o seu art. 1.175, segundo o qual o devedor e o credor devem comportar-se segundo a regra da *correttezza*, entendida como um comportamento leal baseado na boa-fé objetiva, que traz às partes um dever mútuo de cooperação para o cumprimento da avença.” (TARTUCE, 2017, p. 65/66).

¹⁷⁸ Art. 4º, CDC: “A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.”

Na primeira função, conforme lições de TEPEDINO (2021, p. 103) a boa-fé apresenta-se como critério hermenêutico, voltado à devida compreensão das avenças, exigindo que a interpretação das cláusulas contratuais privilegie o sentido mais próximo à finalidade econômica pretendida pelas partes, em detrimento de soluções que, valendo-se por vezes de imprecisão ou ambivalência linguística do instrumento contratual, acabam por oferecer vantagem para uma das partes em detrimento da finalidade comum.

Prosseguindo em TEPEDINO (2021, p. 103), a segunda função derivada da boa-fé atua como limite negativo ao exercício de direitos, coibindo, no âmbito dos contratos, o exercício irregular ou abusivo de posições contratuais. Essa função está prevista no art. 187 do Código Civil, que institui a boa-fé como um fator de controle de abusividade de comportamentos. Foi nessa função que se desenvolveu as regras do *venire contra factum proprium*¹⁷⁹, *supressio* e *surrectio*¹⁸⁰, por exemplo.

Os institutos jurídicos denominados *supressio* e *surrectio* possuem origem conhecida no Direito alemão, pelas denominações *Verwirkung* e *Erwirkung*, respectivamente. Dentre os alemães, a boa-fé (*Treu und Glauben*) foi positivada no § 242 do *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), remetendo “à concepção de lealdade (*Treu* ou *Treue*) e crença (*Glauben* ou *Glaube*), que retratam qualidades ou estados humanos objetivados, traduzindo-se num conceito ideal de vida social civilizada”. Nesse passo,

¹⁷⁹ Pela regra do *venire contra factum proprium* é vedado aos contratantes agirem de maneira contraditória a fim de obterem benefícios. Nesse sentido: “A doutrina define o *venire contra factum proprium* como a tradução do «exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento exercido anteriormente pelo exercente». Tradicionalmente, os sistemas jurídicos advindos da tradição do *ius commune* têm como inadmissível que um agente assuma uma atitude em oposição a uma conduta anterior, ou fundamente a sua posição em um litígio invocando fatos que contrariem as suas próprias afirmações anteriores. Tecnicamente, configura um limite ao exercício de um direito subjetivo, ou potestativo, ou de uma faculdade. Para a sua configuração, são exigidos «dois comportamentos da mesma pessoa, lícitos em si e diferidos no tempo. O primeiro – repita-se, o *factum proprium* – é, porém, contrariado pelo segundo». Por essa definição e pelos requisitos que contém, já se vê que duas dificuldades, pelo menos, cercam a sua operatividade, razão pela qual chega a ser considerada «uma das figuras mais complicadas de todo o direito privado». A primeira diz respeito ao seu âmbito de delimitação e a segunda concerne à articulação com a boa-fé objetiva. (MARTINS-COSTA, 2018, p. 12684).

¹⁸⁰ As figuras jurídicas da *supressio* e *surrectio* atuam como freios de condutas abusivas. A primeira pretende garantir a supressão ou modificação de uma obrigação realizada na prática, distinta da originalmente avençada, suprimindo a obrigação em razão de uma renúncia tácita das partes. A segunda pretende obstar, em razão da ausência de formalização, a fruição de um direito construído ao longo de um tempo pela prática. Melhor explicitando: A *supressio* é a translação de funções atribuídas a instituto que os juristas germânicos denominam de *Verwirkung*, criação jurisprudencial que comporta a perda do direito subjetivo como consequência de uma inatividade do titular, quando essa inatividade, tendo perdurado por um período de tempo não determinado a priori, apresenta-se em face de circunstâncias idôneas a determinar, na contraparte, um investimento de confiança merecedor de proteção com base no princípio da boa-fé. [...] A *supressio* pode ensejar a *surrectio*, que é a criação de novas posições jurídico-subjetivas. «Perante um fenómeno de *supressio*», explicita Menezes Cordeiro, «o beneficiário pode encontrar-se numa de duas situações: ou, tendo-se livrado de uma adstrição antes existente, recuperou, nessa área, uma permissão genérica de actuação, ou, tendo conquistado uma vantagem particular, adquiriu uma permissão específica de aproveitamento, ou seja, um direito subjectivo». Esta é a razão pela qual a *surrectio* «tem sido utilizada para a constituição *ex novo* de direitos subjectivos». Portanto, pela *surrectio* ocorre não a paralisação de um direito [ou da possibilidade de exigir], mas o surgimento de um benefício conferido à contraparte.” (MARTINS-COSTA, 2018, p. 13397 e 13609/13621).

a *suppressio* e a *surrectio*, assim como o *nemo potest venire contra factum proprium*, o *tu quoque* e o *duty to mitigate the loss*, são considerados figuras parcelares da boa-fé objetiva e, embora haja dispositivos legais cujo conteúdo se coadunam com as noções delimitadoras desses institutos, não possuem previsão expressa no ordenamento jurídico pátrio, embora tenham aplicabilidade amplamente reconhecida tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência. (SILVA FILHO, 2017).

Por fim, temos a terceira função derivada da regra da boa-fé objetiva, denominada pela doutrina como deveres anexos (SILVA, 2006, p. 614). Tais deveres configuram: “deveres de lealdade, de honestidade, de transparência e de informação, dentre outros, exigidos dos contratantes de acordo com as peculiaridades de cada regulamento contratual, no sentido de otimizar o desempenho das prestações da contraparte.” (TEPEDINO, ob. cit., p. 105).

Exemplificando os deveres anexos, TARTUCE (2017, p. 67) indica as seguintes situações:

... o dever de cuidado em relação à outra parte negocial; o dever de respeito; o dever de informar a outra parte quanto ao conteúdo do negócio; o dever de agir conforme a confiança depositada; o dever de lealdade e probidade; o dever de colaboração ou cooperação; o dever de agir conforme a razoabilidade, a equidade e a boa razão.

Em vias práticas, os deveres anexos compõem o núcleo da cláusula geral de boa-fé, impondo ora de forma positiva, exigindo dos contratantes determinado comportamento, ora de forma negativa, restringindo ou condicionando o exercício de um direito previsto em lei ou no próprio contrato. De toda forma, como tais deveres decorrem de uma regra maior (boa-fé objetiva) e geral para todas as relações obrigacionais, verifica-se que não têm fundamento na vontade pura dos contratantes, mas sim na obrigação de atuar com lealdade e transparência nos contatos sociais. Portanto, são regras¹⁸¹ capazes de sobreviver à ineficácia do negócio e de incidir além do período contratual, bem como sendo possível atingir terceiros.

¹⁸¹ “Tais deveres anexos, todavia, não incidem de modo ilimitado ou de forma a privilegiar uma das partes contratantes em detrimento de outra. Não se poderia supor que a boa-fé objetiva criasse, por exemplo, dever de informação apto a exigir de cada contratante esclarecimentos acerca de todos os aspectos da sua atividade econômica ou de sua vida privada, a ponto de extrapolar o objeto do contrato. Assim, se é certo que o vendedor de um automóvel tem o dever – imposto pela boa-fé objetiva – de informar o comprador acerca do histórico de utilização do veículo, não tem, por certo, o dever de prestar ao comprador esclarecimentos sobre sua preferência partidária, sua vida familiar, orientação sexual ou seus hábitos cotidianos, ainda que tais informações, do ponto de vista subjetivo, pudessem ter importância crucial para o comprador. O dever de informação assim concebido mostrar-se-ia não apenas exagerado, mas desprovido de conexão funcional com as prestações contratuais. Faz-se necessário, portanto, vincular o dever de informação e demais deveres anexos à otimização do desempenho das obrigações assumidas pelos contratantes, evitando-se banalizar ou inviabilizar a aplicação da cláusula geral de

É nesse universo de obrigações morais, de atuação leal e transparente, que se pode extrair a existência de uma obrigação dos contratantes em renegociarem seus contratos quando ocorrer uma situação de desequilíbrio. Afinal: “nas relações paritárias, o direito não vem proteger uma das partes, mas exigir de ambas atuação honesta e leal (eis o que reclama a boa-fé objetiva), sempre em conformidade com os valores consagrados pelo ordenamento civil-constitucional.” (TEPEDINO, ob. cit, p. 107).

Não nos parece que seria forçoso exigir dos contratantes abrir um canal de comunicação, ainda que informal (conforme já nos posicionamentos anteriormente de modo favorável à simplificação pela busca consensual de resolução dos conflitos), para expor as dificuldades que o desequilíbrio está causando, e, do mesmo modo, é bastante razoável exigir da outra parte ao menos responder o pedido de revisão contratual dos solicitantes com uma proposta fidedigna.

Vale lembrar que além da boa-fé todo contrato deve ser cumprido em vista de sua função social¹⁸², decorrendo daí a ideia de que não seria lícito o ganho da parte beneficiada pelo desequilíbrio contratual, posto que o contrato original tinha função diversa da ocorrida em razão do desequilíbrio.

Nessa esteira, TARTUCE posiciona os ensinamentos de Marco Aurélio Bezerra de Melo:

Marco Aurélio Bezerra de Melo também faz interessante associação entre a boa-fé objetiva e a função social do contrato, lecionando que “há uma relação muito grande entre a boa-fé objetiva e a função social do contrato, sendo válida a citação do ditado onde vai a corda vai a caçamba, que retrata o fato de alguém depositar uma caçamba para pegar água no fundo do poço, ou dizer que as pessoas são como unha e carne. Nenhum contrato em que haja desrespeito à função social será reputado de boa-fé objetiva, assim como a má-fé na condução do contrato afeta a função social para o qual o mesmo foi celebrado.” (MELO, 2015, p. 89 *apud* TARTUCE, 2017, p. 68).

Em arremate, temos que o entendimento acerca da vinculação obrigatória dos deveres anexos (dentro dos quais incluímos o dever de renegociar) restou bem posicionado no direito civil, a partir da conjugação de 02 (dois) enunciados¹⁸³ aprovados nas Jornadas de

boa-fé.” (TEPEDINO, ob. cit, p. 106/107).

¹⁸² Art. 421, Código Civil: “A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato.”

¹⁸³ Enunciado nº 24 CJF/STJ: “Em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a

Direito Civil do Conselho da Justiça Federal que congregam os ensinamentos aqui relatados, onde ficou caracterizada como regras de ordem pública a observação da probidade e confiança, elementos próprios dos deveres anexos integrantes da boa-fé objetiva.

5.4. Do cotejo dos elementos processuais e materiais apresentados a demonstrar a possibilidade jurídica da graduação do direito de ação e sua função otimizadora.

Tendo por base os detalhes de cada umas das hipóteses analisadas sobre a legalidade/constitucionalidade de filtros jurisdicionais aptos a exigir do postulante a demonstração expressa do interesse de agir como condicionante do exercício do direito de ação (cláusula de arbitragem, cláusula de mediação, lides do desporto, *habeas data*, e lides previdenciárias), temos que o direito brasileiro, ao contrário do que se entende numa primeira leitura do art.5º, XXXV, da Constituição Federal, não é adepto de uma teoria de acesso à justiça totalmente ampla e irrestrita, sendo lícito o condicionamento de prévias exigências conforme indicado.

Conforme se observa, a simples existência de uma convenção contratual, seja ela de arbitragem (cláusula ou compromisso) ou de mediação, vincula seus aderentes à modalidade eleita, afastando a jurisdição pública da solução imediata do caso, não podendo, portanto, apresentarem o conflito diretamente ao Poder Judiciário, o qual só terá competência para analisar o caso após o exaurimento da condição eleita pelas partes.

Temos, portanto, uma verdadeira e constitucional hipótese de diferimento do cânon da inafastabilidade do jurisdição, e, referente ao mérito da causa, uma quase renúncia¹⁸⁴

violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa”. A violação positiva do contrato, com aplicação a todas as fases contratuais, vem sendo reconhecida pela doutrina contemporânea, como nova modalidade de inadimplemento obrigacional.”; e Enunciado nº 363 CJP/STJ: “Os princípios da probidade e da confiança são de ordem pública, estando a parte lesada somente obrigada a demonstrar a existência da violação”

¹⁸⁴ Dizemos isso pois a revisão judicial da sentença arbitral será limitada, podendo o Judiciário se debruçar apenas sobre as formalidades do procedimento arbitral após seu encerramento, mormente em relação às exigências mínimas do procedimento previstas no art. 32 da Lei 9.307/96. Ainda, mesmo sendo o Judiciário acionado para analisar eventual nulidade da sentença arbitral, não há no indigitado dispositivo legal possibilidade de revisão quanto ao mérito da demanda. Isso significa dizer que o direito material colocado sob discussão num procedimento de arbitragem somente terá a chance de ser revisto pela jurisdição pública se a sentença arbitral, primeiro, for considerada nula, e, em segundo, se o magistrado que acolher o pleito de nulidade não determinar que o juízo arbitral profira novo julgamento, conforme autoriza o §2º do art. 32, da lei de regência.

à jurisdição pública, porquanto remota a chance do Poder Judiciário vir a analisar o mérito diante a opção pelo procedimento arbitral.

O mesmo ocorre com relação à Justiça Desportiva, essa sim expressa exceção à regra imposta pelo próprio texto constitucional, contando, inclusive, com previsão expressa salientando que os conflitos oriundos do desporto somente poderão ser conhecidos pelo Poder Judiciário tão-somente após provocada essa instância administrativa, mas também exaurida essa via de julgamento.

A existência por si só dessa exceção constitucional revela que a regra instituída, e à qual se pretendeu atribuir o dogma de inafastável, não possui condições de agregar dentro do seu próprio conceito todos os nichos relacionados ao seu tema (solução de conflitos), o que mostra, destarte, tratar-se de um direito relativizado, ainda quando alocado no rol dos direitos fundamentais.

É perfeitamente possível, portanto, a coexistência pacífica e harmônica da garantia constitucional do acesso à justiça com a regulação do direito de ação. Essa regulação está prevista na legislação infraconstitucional, e se apresenta como legítimas condições da ação, ou seja, situações que necessariamente devem ser demonstradas sob a condição de se admitir a ação em juízo. Daí porque é possível falarmos na constitucionalidade das condições da ação, previstas no art. 17, CPC, bem como dos pressupostos processuais, requisitos esses que devem se fazer presente a fim de legitimar o exercício do direito de ação.

Constitucionalidade esta que, conforme dito, restou declarada em sede de repercussão geral pelo STF quando do julgamento do RE 631.240, bem como em diversas outras decisões proferidas pelo Excelso Pretório¹⁸⁵.

¹⁸⁵ “Execução fiscal - Inexistem as alegadas ofensas ao artigo 5º, XXXV, da Constituição, porquanto, por ter sido julgada extinta a execução fiscal por falta do interesse de agir, não se pode pretender, sob o fundamento de não ser cabível no caso essa extinção, que a decisão judicial que a confirmou haja impedido o livre acesso ao Poder Judiciário, ou haja violado o artigo 156, I, da Constituição que instituiu, em favor dos municípios, o IPTU. Recurso extraordinário não conhecido.” (STF - RE 287.154, Rel. Min. Moreira Alves, j. 09.10.2001); “I. RE: prequestionamento: falta suprida por embargos de declaração, ainda quando sobre o ponto não se haja manifestado a decisão que os rejeitou: Súmula 356 (cf. RE 210638, 22.04.98, Pertence, Inf. 107; RE 219934, Pl., Gallotti, 14.06.00). II. RE: processo trabalhista: prequestionamento. Quando o acórdão objeto do RE tenha sido proferido no recurso de revista, exige a jurisprudência do Tribunal que o questionamento da matéria constitucional já esteja presente na interposição daquele recurso trabalhista; é orientação inaplicável à hipótese de decisão de segundo grau, que, de ofício, extingue o processo sem julgamento de mérito por ausência de pressupostos processuais ou de condições de ação (C.Pr.Civ., art. 267, IV, V e VI, e § 3º), caso em que os embargos de declaração constituem

Logo, não é possível exercermos o direito de ação sem que exista alguns requisitos mínimos de validade dessa pretensão, mormente o interesse processual, que se dá através da demonstração da utilidade, necessidade e adequação.

Isso justifica o porquê do processo de *Habeas Data* exigir em sua lei regulamentadora, e nos precedentes já consolidados tanto do STJ quanto do STF, o prévio requerimento administrativo de acesso à informação ou retificação de dados que pretende o impetrante obter na via judicial, pois é somente a partir do descumprimento do dever da autoridade que surge o interesse (necessidade) do cidadão se valer do Judiciário. Antes disso, seu pleito poderia ser atendido pela autoridade administrativa, independentemente da intervenção do Estado.

E o mesmo ocorre agora a partir da decisão em repercussão geral do STF no RE 631.240 em relação às ações previdenciárias, onde restou registrado não existir lesão ou ameaça de lesão à direito hábil a ensejar a necessidade de obtenção da tutela jurisdicional quando o pleito não tenha sido postulado primeiramente junto ao órgão previdenciário responsável pela sua implantação.

Admitir o contrário, ou seja, permitir que as pretensões possam ser exercidas na justiça antes mesmo de se dar ciência à parte contrária sobre a intenção do postulante, é subverter a ordem social, pois a parte contrária será surpreendida pela ação, quando, muitas vezes, nem imaginava estar inserida numa contenda, posto que totalmente silenciada pelo proponente. E a consequência desse silêncio é que agora, para resolver a lide, será preciso fazê-lo dentro do Judiciário, com despesas processuais e honorários advocatícios, tendo a ação surpresa encarecido a lide.

a primeira oportunidade para agitar a questão constitucional. III. Garantia da jurisdição: alcance. O art. 5º, XXXV, assegura o acesso à jurisdição, mas não o direito à decisão de mérito, que pende - é um truísmo - de presença dos pressupostos do processo e das condições de ação, de regra, disciplinados pelo direito ordinário. IV. Garantia do contraditório e da coisa julgada. Não configura cerceamento de defesa o julgamento contrário à parte litigante da questão que - conforme a inteligência dada à lei processual ordinária - o Tribunal possa decidir de ofício; pela mesma razão, contra uma decisão que, malgrado não objeto do recurso, no ponto, nele mesmo pode ser revista de ofício, é manifesta a impossibilidade de invocar-se a preclusão e, muito menos, a proteção constitucional da coisa julgada.” (STF - RE 273.791, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ: 15.08.2000).

A subversão da ordem social é portanto mais que uma singela indelicadeza, é uma ofensa à boa-fé¹⁸⁶, conforme verificamos na análise material sobre a existência de um dever de renegociar dentro do conceito amplo da boa-fé objetiva, que é uma regra geral de toda relação obrigacional.

Isso sem falar no prestígio à função social das relações obrigacionais, a qual, como dever moral e legal (pois conta com previsão expressa no Código Civil), impõe aos contratantes o respeito ao cumprimento efetivo das avenças dentro das previsões originais, vedando o enriquecimento sem causa às custas de um desequilíbrio injusto e gerado por situações imprevisíveis e excepcionais.

É bastante nítida, pois, a correlação existente entre as condições da ação (art. 17, CPC), o incentivo às resoluções consensuais de controvérsias (art. 3º, §3º, CPC), a boa-fé objetiva (art. 113, Código Civil), e a função social dos contratos (art. 421, Código Civil), e, conjugando-se esses 04 (quatro) dispositivos legais, temos como resultado a total possibilidade jurídica de uma graduação ao direito de ação, capaz de exigir do postulante uma prévia negociação com a parte contrária a fim de buscar com efetividade a solução da celeuma, abrindo-se as partes do Judiciário somente após cumprida essa prévia condição.

O produto da conjugação dos 04 (quatro) dispositivos acima delineados tem potencial para gerar uma grande, e bem-vinda-, modificação no relacionamento da população com o Poder Judiciário.

Se implementado um sistema de graduação ao direito da ação, em que os postulantes sejam obrigados a demonstrar, como requisito da condição da ação interesse-necessidade, uma efetiva e prévia tentativa de solução extrajudicial do conflito apresentado, acreditamos que milhares de pequenos conflitos perderão a potencialidade de se tornarem demandas judiciais, como ocorre hoje, e serão resolvidos pela via adequada de sua complexidade, via conciliação ou mediação.

¹⁸⁶ “O agir segundo a boa-fé objetiva concretiza as exigências de probidade, correção e comportamento leal hábeis a viabilizar um adequado tráfico negocial, consideradas a finalidade e a utilidade do negócio em vista do qual se vinculam, vincularam, ou cogitam vincular-se, bem como o específico campo de atuação em que situada a relação obrigacional”. (MARTINS-COSTA, 2018, p. 912).

Certamente que o cenário acima vislumbrado se tornará realidade rapidamente, mas é um elemento que poderá acelerar a transformação da cultura de litigiosidade em uma cultura do diálogo e da pacificação das controvérsias. Nesse sentido acreditamos na mudança da mentalidade de atendimento da advocacia, que deverá se mostrar mais criativa e oferecer respostas mais rápidas e eficientes aos seus clientes além do famigerado, caro, e extremamente moroso, processo judicial.

Com o tratamento adequado de conflitos menores haverá uma seletividade natural de conflitos que realmente necessitam da atenção judicial, diminuindo o estoque de processos, e permitindo aos agentes da justiça uma atenção maior às causas sob seus cuidados, podendo gerar resultados rápidos e de melhor qualidade, hoje ausentes no atual modelo de justiça líquida.

CONCLUSÃO

Analisados os desdobramentos atinentes ao tema proposto, pode-se observar que o Poder Judiciário, desde muito tempo, enfrenta um grave problema relacionado ao congestionamento de processos judiciais, oriundos do fato de receber mais processos do que consegue administrar, desencadeando um fenômeno comumente referido como “crise do Judiciário”.

A crise do sistema de justiça resulta em diversos problemas de cunho prático, sendo os 02 (dois) principais deles a extrema morosidade dos processos judiciais, que, por vezes, levam de mais de 01 (uma) década para serem resolvidos em definitivo (tempo esse atestado por índices de produtividade organizados, sobretudo, pelo Conselho Nacional de Justiça) e a má qualidade das decisões judiciais, devidamente atestada pelas recentes alterações no Código de Processo Civil (como o esclarecimento redundante do que consiste uma decisão fundamentada), e pela baixa reputação da justiça nas pesquisas por nós analisadas.

Embora a crise do Poder Judiciário seja um sentimento bastante amplo, ano após ano a jurisdição pública registra um aumento na distribuição de processos, motivando o primeiro questionamento que buscamos elucidar, do por quê o Judiciário atrai tantas causas, mesmo sendo um mau gestor de processos.

Nossa análise demonstrou que a relação da sociedade com o Poder Judiciário possui elos com o momento social denominado por Zygmunt Bauman como Modernidade Líquida, caracterizado por um sentimento coletivo das pessoas em não saberem lidar com a frustração, em razão da angústia e o medo que tais situações proporcionam. Assim, em razão da modernidade tecnológica vivenciada, e de um liberalismo sentimental aceitável nas relações interpessoais, há uma cultura enraizada incompatível com a administração dos problemas.

Embora Bauman não tenha analisado a relação da sociedade com a justiça, debruçou-se sobre o sistema de consumo e as relações amorosas. Em ambos os casos a repulsa ao sofrimento e o conforto em descartar aquilo que não é mais útil são características presentes, tal qual na relação dos litigantes com o Poder Judiciário. Observamos, portanto, que mesmo a justiça sendo ruim, cara, e lenta, é mais fácil judicializar nossos problemas, terceirizando a solução ao Estado, do que nós mesmos resolve-los.

Identificada a causa social da cultura da litigiosidade, nos propusemos então a sugerir uma melhoria efetiva para o sistema de Justiça, tendo demonstrado que, apesar dos esforços promovidos no passado, houve apenas uma mitigação da piora, e não uma melhoria significativa.

Nossa proposta é, portanto, o fracionamento do direito de ação, no sentido do postulante, primeiramente, ter de buscar uma solução extrajudicial e consensual com seu adversário, e, somente essa sendo ineficiente, poder ingressar com a demanda em Juízo, graduando o direito de acesso à justiça em fases.

Para justificar a possibilidade jurídica da proposta, verificamos que o direito de acesso à justiça é um típico direito fundamental com guarida na Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988, mais precisamente em seu art. 5º, inciso XXXV, onde se verifica que: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Embora o comando constitucional atribua certo teor absolutista ao texto, temos que o direito de acesso não é extremamente rígido ao ponto de permitir que todo e qualquer questionamento possa ser submetido ao seu conhecimento, de modo que existem diversas situações que exigem a satisfação de prévios requisitos como condição de ingresso para a disputa judicial.

Nesse sentido, trouxemos para este trabalho 05 (cinco) elementos que demonstram como a lei permite fracionar o acesso à justiça nos casos de: i) existência de convenção de arbitragem; ii) existência de cláusula de mediação; iii) justiça desportiva; iv) *habeas data*; e v) ações previdenciárias.

Demonstrou-se, ainda que isso é possível em vista do direito de acesso ser mitigável, podendo ser decomposto em diferentes núcleos, como o ingresso da demanda em juízo, o desenvolvimento do processo, e o julgamento de mérito. Nesta senda, quando a lei cria uma pré-etapa processual não está impedindo o direito de acesso, mas tão somente impondo uma condição suspensiva para o primeiro feixe (de ingresso no Judiciário), a fim de que as etapas posteriores sejam satisfeitas, permitindo o bom desenvolvimento do feito, que ao final certamente levará ao julgamento de mérito, objetivo principal do processo.

Em vista do que se observou nesses 05 (cinco) elementos, pretendeu-se expandir a condição suspensiva do ingresso no Judiciário (primeiro feixe) para todos os casos de direito privado que pretendem valer-se da jurisdição pública via processo judicial (excetuadas as ações constitutivas necessárias), utilizando, para tanto, da condição da ação interesse de agir contida no art. 17 do Código de Processo Civil.

Para tanto, consignou-se todo o histórico das condições da ação no direito brasileiro, em especial à Teoria Eclética de Liebman, responsável pela definição da natureza jurídica do direito de ação como direito abstrato somado à demonstração da legitimidade das partes e o interesse de agir.

Verificamos que há unicidade na doutrina em se referir ao interesse como a demonstração de que a busca pela solução judicial é necessária pela impossibilidade de se resolver o conflito de outra forma. O problema, contudo, reside na não verificação efetiva da alegada necessidade, permitindo-se que esse requisito processual seja atendido pela singela afirmação do postulante na petição inicial de ser o processo necessário, nada mais.

Propomos, então, que o juiz analise com mais profundidade a presença do interesse-necessidade, exigindo dos postulantes de demandas judiciais uma efetiva demonstração de que, antes do ajuizamento da ação, buscaram as partes uma real solução para o conflito apresentado na petição inicial. Somente assim haverá um real incentivo à utilização dos meios consensuais e extrajudiciais de solução de conflitos menores.

Como sugestão, indicamos desde reuniões formais com conciliadores e mediadores, até tentativas mais singelas, porém efetivas, como notificações expedidas, diálogos realizados por meio eletrônico, enfim, qualquer forma de contato que permita à parte lesada expor seu desejo para a parte contrária, e a resposta dessa em atender ou não o pleito.

Além da justificativa técnica processual fulcrada no interesse de agir, o fracionamento do direito de ação também respeitará a boa-fé objetiva própria das relações obrigacionais privadas, e a função social dos contratos. É que esses elementos atraem para os contratantes obrigações implícitas como a probidade, lealdade e transparência nas comunicações, fundamentando um dever de renegociar inerente à todos os contratos.

Nessa seara, toda vez que um contrato celebrado sofrer uma assimetria causada por fatores imprevisíveis e inesperados, não será lícito que a parte naturalmente favorecida pelo desequilíbrio se enriqueça indevidamente, tampouco justo que a outra parte suporte um encargo maior por motivos alheios ao contrato, devendo buscar uma renegociação com o objetivo de recompor a isonomia inicial.

A simbiose da justificativas técnicas processual e material indica que as pessoas não devem ser surpreendidas com ações judiciais, ou prejuízos contratuais, antes de terem a chance de resolverem por si próprias as celeumas em que estão inseridas. Há de se ter uma oportunidade para resolverem seus próprios problemas.

Com essa proposta esperamos incitar pessoas em situação de conflito que não vejam no Poder Judiciário a primeira (e única) oportunidade de resolverem seus problemas, mas descubram que o direito oferece meios mais adequados para cada espécie de conflito, tornando a solução da contenda menos traumática, mais rápida e barata. Dessa forma, apenas demandas onde as partes realmente não tenham atingido o êxito nas tentativas conciliatórias serão processadas e julgadas pelo Poder Judiciário, contribuindo com a diminuição dos conflitos, a morosidade processual e a qualidade nas decisões.

REFERÊNCIAS

21,7 milhões de atos processuais: TJMT registra expressiva produtividade na pandemia. **Tribunal de Justiça de Mato Grosso**. 8 de fev. de 2021. <Disponível em: <<https://www.tjmt.jus.br/noticias/63206#.YuAr1XbMLIV>>. Acesso em: 26 jul. 2022.

A CRISE DO SUPREMO. **Superior Tribunal de Justiça**. Brasília, s.d. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Institucional/Historia/A-crise-do-Supremo>>. Acesso em: 24 jul. 2022.

ALVES JUNIOR, Mauro Gonzaga; ALQUALO, Fernando Pereira. Modernidade líquida: A utilização dos meios alternativos de resolução de conflitos como forma de garantir o acesso à justiça em uma sociedade cada vez mais individualizada e litigante. **XXVI Congresso Nacional do CONPEDI: Acesso à Justiça I**, fls. 163/183. Florianópolis: 2017.

ALVIM NETTO, José Manoel Arruda. **Tratado de direito processual civil**. v.1. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria geral do processo**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ARAÚJO, Fábio Caldas. **Curso de processo civil: parte geral**. São Paulo: Malheiros, 2016.

ARMELIN, Donaldo. **Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro, vol. 1: parte geral: fundamentos e distribuição de conflitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro, vol. 4: manual de execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao código de processo civil: v. I t. I**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1975.

BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BAUMAN, Zygmunt. **Tempos líquidos**. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

BARBOSA, RUY. **Oração aos moços**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2019.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Código de processo civil interpretado**. Antonio Carlos Marcato (coord.). 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

BEZERRA, André Augusto Salvador. Explosão da litigiosidade é resultado da distância entre lei e realidade. **Revista Consultor Jurídico (CONJUR)**, 05 de novembro de 2016. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2016-nov-05/andre-bezerra-litigiosidade-vem-distancia-entre-lei-realidade>>. Acesso em: 21 dez. 2021.

BOVERO, Michelangelo. Bobbio e o jusnaturalismo: entre teoria e ideologia. **Revista Em tempo**, Marília, v. 18, p. 393-407, dez. 2019. Disponível em: <<https://revista.univem.edu.br/emtempo/issue/view/56>>. Acesso em: 09 dez. 2021.

BRASIL. **Projeto de Lei 3805/1993**. Altera dispositivos do código de processo civil, com a adoção da ação monitoria. Disponível em <<https://www.camara.leg.br/>>. Acesso em: 16 jan. 2022.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp 261.158. Rel. Min. Vicente Leal. Brasília, DF. Data de Julgamento: 22.08.2000

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp nº 982.133/RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, 2º Seção. Brasília, DF. DJ 10.09.2008.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. AgRg no AREsp 299.351. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, DF. Data de Julgamento: 18.11.2014.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp 1.102.460/RJ. Relator Min. Marco Buzzi. Brasília, DF. Data de Julgamento: 17.06.2015.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. AgInt no AREsp 889259. Relatora Min.^a Maria Isabel Gallotti. Brasília, DF. DJ 11.10.2016.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp 1.734.733/PE, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma. Brasília, DF. DJ 07.06.2018, DJe 28.11.2018.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. AREsp nº 2.009.966/RS, Rel.^a Min.^a Nancy Andrighi. Brasília, DF. DJ 10.02.2022.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. EDcl no AgInt no AREsp 1743203. Relator Min. Francisco Falcão. Brasília, DF. Data de Julgamento: 23.05.2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. AGI 135.850-AgRg. Rel. Min. Carlos Velloso. Data de Julgamento: 24.05.1991.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. RHD 22/DF. Rel. p/ Acórdão: Min. Celso de Mello. Data de Julgamento: 19.09.1991.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. RE 145.023, Rel. Min. Ilmar Galvão. Data de Julgamento: 18.12.1992.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. AGI 152.676-AgRg. Rel. Min. Maurício Corrêa. Data de Julgamento: 03.11.1995.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. RE 273.791. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Data de Julgamento: 15.08.2000.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. RE 287.154. Rel. Min. Moreira Alves. Data de Julgamento: 09.10.2001.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. SE 5.206 AgR/Espanha. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, DF. Data de Julgamento: 12.12.2001.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADI 2.937/DF. Rel. Min. Cezar Peluso. Data de Julgamento: 23.02.2012.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. RE 631.240/MG. Rel. Min. Roberto Barroso. Data de Julgamento: 03.09.2014.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CÉSAR, Paulo Sérgio Mendes; FERNANDES, Camili Barcelos; SANTOS, Marcelo Cardoso. Retrospectiva histórica da tutela antecipada e a antecipação dos efeitos da tutela no novo Código de Processo Civil: a tutela provisória de evidência. **Revista Âmbito Jurídico**, São Paulo, ano 21, vol. 175, ago 2018. Disponível em: <<http://www.ambitojuridico.com.br/>>. Acesso em: 16 jan. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 345**. 09 de outubro de 2020. Brasília: CNJ, 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2021**. Brasília: CNJ, 2021.

CRISE. *In*: **Dicionário brasileiro da língua portuguesa**. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=crise>. Acesso em: 23 jul. 2022.

DEFOE, Daniel. **Robinson Crusoe**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2018.

DIDIER JR. Fredie. Fonte normativa da legitimação extraordinária no novo Código de Processo Civil: a legitimação extraordinária de origem negocial. **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 232, ano 39, p. 69-76, jun. 2014.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

DIVÓRCIOS em cartórios de notas já representam quase 20% das dissoluções de casamentos no Brasil. **Colégio Notarial do Brasil**. 06 fev. 2020. Disponível em: <<https://www.notariado.org.br/divorcios-em-cartorios-de-notas-ja-representam-quase-20-das-dissolucoes-de-casamentos-no-brasil/>>. Acesso em: 18 jan. 2022.

EMERENCIANO, Adelmo. **Justiça Líquida**. Palestra Adelmo Emerenciano. Youtube, 17 de abr. de 2013 (1h06m14s). Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=d6iqSW1ygxU>>. Acesso em: 18 nov. 2021.

FEBBRAJO, Alberto; LIMA, Fernando Rister de Sousa. Autopoiese. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**, org. Celso Fernandes Campilongo e outros, São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/152/edicao-1/autopoiese>>. Acesso em: 10.07.2022.

FEIJÓ, Maria Angélica E. F. A visão de jurisdição incorporada pelo novo código de processo civil. In **Novo CPC doutrina selecionada, v. 1**: parte geral, org. Fredie Didier Jr, p. 209-240 Salvador: JusPodivm, 2016.

FINK, Daniel Roberto. Alternativa à ação civil pública ambiental (reflexões sobre as vantagens do termo de ajustamento de conduta). In **Ação civil pública – Lei 7347/85 – 15 anos**, coord. Édis Milaré. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. **Condições da ação**: enfoque sobre o interesse de agir. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FREUD, Sigmund. **Totem e tabu**: algumas correspondências entre a vida psíquica dos selvagens e a dos neuróticos. Tradução de Renato Zwick. Porto Alegre: L&MP, 2013.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Levando o dever de estimular a autocomposição a sério: uma proposta de releitura do princípio do acesso à justiça à luz do CPC/15. In **Acesso à justiça: um novo olhar a partir do Código de Processo Civil de 2015**, org. Benigna Araújo Teixeira Maia, p. 45-53. Londrina: Thoth, 2021.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Introdução ao estudo do direito**: teoria geral do direito. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2015.

GOES, Severino. Com trabalho remoto, STF fecha 2021 com menor acervo processual em 22 anos. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2022-fev-07/supremo-fechou-2021-menor-acervo-processual-22-anos?>>. 07 de fev. 2022. Acesso em: 24 jul 2022.

GOMES, Gustavo Gonçalves. **O processo civil participativo como instrumento para o fortalecimento do estado democrático de direito**. 2012. 219 fls. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012.

GONTIJO, Danielly Cristina Araújo. **O direito fundamental de acesso à justiça: em especial, as ações previdenciárias sem prévio requerimento administrativo no contexto brasileiro**. São Paulo: LTr, 2015.

GRÉGIO, Grécio Nogueira; SILVA, Gustavo Henrique Procópio; ELESBON, Salomão Akhnaton Zoroastro Spencer. Evidências em prol das citações eletrônicas nos Juizados Especiais Cíveis, à luz da Lei n. 14.195/2021 e das Resoluções n. 345/2020 e n. 354/2020 do Conselho Nacional de Justiça: estudo de caso no Tribunal de Justiça do Espírito Santo. **Revista Eletrônica do CNJ**, v. 6. n. 1, Jan./Jun. 2022. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/ojs/index.php/revista-cnj/article/view/249/154>>. Acesso em: 26 jul. 2022.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 21ª ed. rev. e at. São Paulo: Malheiros, 2005.

GRION, Renato Stephan; MATION, Gisela Ferreira. **Anuário da Arbitragem no Brasil 2018**. Disponível em: < <http://www.cesa.org.br/media/files/Anuario2018Arbitragem.PDF>>. São Paulo: Comitê temático de arbitragem do centro de estudos das sociedades de advogados – CESA, 2019. Acesso em: 09 dez. 2021.

HAN, Byung-Chul. **Sociedade da transparência**. Petrópolis: Vozes, 2017.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. 3ª ed. Lisboa: Espaço 2 Gráfico, 2001.

LESSA NETO, João Luiz. O novo CPC adotou o modelo multiportas!!! E agora?! **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 244, ano 40, p. 427-441, jun. 2015.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil. v.I**. Goiânia: Intelectos, 2003.

LIMA, Lucas Rister de Sousa. **Da improcedência à procedência liminar: hipóteses de incidência e aplicação da norma do art. 285-A do código de processo civil de lege lata e de lege ferenda**. 2014. Dissertação (Mestrado em direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014.

LOPES, João Batista. Modelo constitucional de processo e lentidão da justiça. **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 295, p. 19-37, set. 2019.

LUCCA, Rodrigo Ramina de. **A motivação das decisões judiciais civis em um estado de direito**: necessária proteção da segurança jurídica. 2013. 371 fls. Dissertação (Mestrado em direito) – Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

MAGALHÃES, Larissa Navarro Benevides de; RAMOS, Rafael Teixeira. Autonomia e independência da justiça desportiva brasileira. **Revista Brasileira de Direito Desportivo**, vol. 14, p. 68-75, dez. 2008.

MAIA, Benigna Araújo Teixeira; MARTTA, Camila Victorazzi. Releitura do Acesso à justiça após o advento do CPC/15. In **Acesso à justiça: um novo olhar a partir do Código de Processo Civil de 2015**, org. Benigna Araújo Teixeira Maia, p. 45-53. Londrina: Thoth, 2021.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça**: condicionantes legítimas e ilegítimas. 2ª ed. rev. at. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil, volume 1**: teoria do processo civil. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARTINS, Isabela Maia Mesquita. **A institucionalização da mediação no brasil**: a análise da mediação como instrumento de política pública de resolução adequada de conflitos. São Paulo: Editora Dialética, 2022.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. 2ª ed. do Kindle. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como supergo da sociedade: papel da atividade jurisprudencial na "sociedade orfã". Tradução: Martonio Lima e Paulo Albuquerque. **Revista Novos Estudos**, nº 58, p. 183-202, São Paulo, nov. 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. 32ª ed. at. São Paulo, Malheiros: 2009.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. Acesso à justiça: uma releitura da obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, a partir do Brasli, após 40 anos. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, vol. 8, n. 3, jul-set.2015. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/19385>>. Acesso em: 27 jul. 2022.

NEGRÃO, Theotônio et. al. **Código de processo civil e legislação processual em vigor**. 47ª ed. atual. e reform. São Paulo: Saraiva, 2016.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao código de processo civil**. 17º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 9ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

NUNES, Dierle; CRUZ, Clenderson Rodrigues da; DRUMMOND, Lucas Dias Costas. A regra interpretativa da primazia do mérito e o formalismo processual democrático. In **Novo CPC doutrina selecionada, v. 1**: parte geral, org. Fredie Didier Jr, p. 139-178. Salvador: JusPodivm, 2016.

OLIVON, Beatriz. Cartórios registram números recordes de divórcios e inventários. **Valor Econômico**. 14 jan. 2022. Disponível em: <https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2022/01/14/cartorios-registram-numeros-recordes-de-divorcios-e-inventarios.ghtml>. Acesso em: 18 jan. 2022.

PADILHA, Rodrigo. **Direito constitucional**. 6ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PEDRA, Adriano Sant´Ana. Processo e pressupostos processuais. **Revista da AGU**, n. 14, p. 25-44, Set-Dez.2007.

PEDRON, Flávio Quinaud. Um olhar reconstrutivo da modernidade e da “crise do judiciário”: a diminuição de recursos é mesmo uma solução? **Revista Da Escola Da Magistratura Regional Federal Da 2ª Região – EMARF**, vol.09, p. 285-311, Rio de Janeiro, abr. 2007.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. Mediação obrigatória: um oxímoro jurídico e mero placebo para a crise do acesso à justiça. In: **Arbitragem e Mediação: temas controvertidos**, org. Joaquim de Paiva Muniz e outros, p. 329-352. Rio de Janeiro: GEN, 2014.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Direito processual civil contemporâneo, v. 1**: teoria geral do processo. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Acesso à justiça e resolução dos conflitos na contemporaneidade. In **Acesso à justiça: um novo olhar a partir do Código de Processo Civil de 2015**, org. Benigna Araújo Teixeira Maia, p. 45-53. Londrina: Thoth, 2021.

RAMOS, Luciana de Oliveira et. al. **Relatório ICJBrasil, 2021**. São Paulo: FGV Direito SP, 2021.

RAMOS, Rafael Teixeira. Justiça desportiva brasileira: natureza, relação com o poder judiciário e os métodos extrajudiciais de resolução de conflitos. **Revista Brasileira de Direito Desportivo**, vol. 13, p. 27-48, São Paulo, jun. 2008.

ROCHA, Augusto da Silva. **Pesquisa de avaliação política, administrativa e eleição 2022**. Campo Grande: Ranking Comunicação e Pesquisa, 2021.

SAID FILHO, Fernando Fortes. A crise do poder judiciário: os mecanismos alternativos de solução de conflitos como condição de possibilidade para a garantia do acesso à justiça. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 44, n. 142, p. 175-182, jun. 2017.

SALLES, Sérgio de Souza; FERNANDES, Geovana Faza da Siveira. Os meios consensuais, entre a crítica do processo e a convicção das potencialidades da justiça. **Revista Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas**, Santo Angelo, vol. 21, p. 139-155, jan-abr/2021.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Manual de arbitragem: mediação e conciliação**. 6ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SCHREIBER, Anderson. **Equilíbrio contratual e dever de renegociar**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SADEK, Maria Tereza. **O judiciário em debate**. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010.

RABELO, Sofia Miranda; MARTINS, Guilherme Vinseiro. Notas sobre o dever de renegociar nos contratos empresariais de colaboração. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Belo Horizonte, v. 24, p. 43-58, abr. 2020.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil, v.1**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

SCHENK, Leonardo Faria. **Breves comentários ao novo código de processo civil**, coord. Teresa Arruda Alvim Wambier e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SEMER, Marcelo. **Os paradoxos da justiça: judiciário e política no Brasil**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021.

SILVA, Ovídio Batista da; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria geral do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, Clóvis V. do Couto e. **A obrigação como processo**. Edição do Kindle. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

SILVA, Rafael Bianchi; MENDES, Jéssica Paula Silva; ALVES, Rosieli dos Santos Lopes. O conceito de líquido em Zygmunt Bauman: Contemporaneidade e produção de subjetividade. **Athenea Digital**, Barcelona, v. 15, p. 249-264, jul. 2015.

SILVA FILHO, Artur Marques da. *Supressio e surrectio*. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**, org. Celso Fernandes Campilongo e outros. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/470/edicao-1/supressio-e-surrectio>> Acesso em: 29 jul. 2022.

SOMENTE 9% dos brasileiros conseguem pagar despesas de início de ano com o que recebem, mostra levantamento da CNDL/SPC Brasil. **SPC Brasil**. Disponível em: <<https://www.spcbrasil.org.br/pesquisas/pesquisa/5814>>. Acesso em: 11 jan. 2022.

SOUSA, Diego Crevelin de; DELFINO, Lúcio. O levante contra o art. 489, § 1º, incisos I a VI, CPC/2015: o autoritarismo nosso de cada dia e a resistência à normatividade constitucional. In: **Aspectos Polêmicos do Novo Código de Processo Civil**, org. Helder Morini Câmara e outros, v. I, p. 67-83, São Paulo: Almedina, 2018,

SOUSA, Yvna. Judiciário e Ministério Público estouraram teto de gastos em 2019. **G1**. 29 jan. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/01/29/judiciario-e-ministerio-publico-estouraram-teto-de-gastos-em-2019-diz-tesouro.ghtml>. Acesso em: 18 jan. 2022.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 4ª ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil, v. 3: teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. 12ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. **Fundamentos do direito civil, vol. 3: contratos**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

THAMAY, Rennan Faria Kruger. A crise do poder judiciário como fator determinante para a ocorrência da relativização da coisa julgada. **Jusbrasil**. 08 ago 2013. Disponível em: <https://rennankrugerthamay.jusbrasil.com.br/artigos/121943457/a-crise-do-poder-judiciario-como-fator-determinante-para-a-ocorrencia-da-relativizacao-da-coisa-julgada>. Acesso em: 13 jan 2022.

THAMAY, Rennan Faria Kruger; ANDRADE, Vinicius Ferreira de. Condições da ação no novo CPC. In **Novo CPC doutrina selecionada, v. 1: parte geral**, org. Fredie Didier Jr, p. 259-278. Salvador: JusPodivm, 2016.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil, v. III: execução forçada, processo nos tribunais, recursos, direito intertemporal**. 47ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

VASCONCELLOS, Marcos de; ROVER, Tadeu. Juízes pedem veto a artigo que traz regras para fundamentação de decisões. **Revista Consultor Jurídico**, 04 de março de 2015. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2015-mar-04/juizes-pedem-veto-artigo-cpc-exige-fundamentacao>. Acesso em 14 de fev. 2021.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil, volume 1: teoria geral do processo**. 16ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016a.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil, volume 2: cognição jurisdicional: processo comum de conhecimento e tutela provisória.** 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016b.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença.** 6ª ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a reforma processual 2006/2007. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.