XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS II

VALTER MOURA DO CARMO

MARCIA ANDREA BÜHRING

PATRICIA ELIAS VIEIRA

Copyright © 2022 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

F723

Formas consensuais de solução de conflitos II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Marcia Andrea Bühring; Patricia Elias Vieira; Valter Moura do Carmo.

– Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-613-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Formas consensuais. 3. Solução de conflitos.

XXIX Congresso Nacional do CONPEDI Balneário Camboriu - SC (3: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS II

Apresentação

O Grupo de Trabalho “Formas Consensuais de Solução de Conflitos II”, foi realizado durante o XXIX Congresso Nacional do CONPEDi (Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities) que ocorreu nos dias 7, 8 e 9 de dezembro de 2022 na UNIVALI em Balneário Camboriú. O GT - Grupo de Trabalho recebeu 14 artigos para apresentação e discussão, que levaram em consideração as formas adequadas de resolução de conflitos, permitindo aos sujeitos envolvidos no choque de interesses à possibilidade de dirimir o ruído de comunicação existente na relação jurídico-social por métodos autocompositivos.

O sistema multiportas idealizado por Frank Sander na Universidade de Harvard em 1976 se espraiou para além das fronteiras americanas e é objeto de aplicação no Brasil de forma extrajudicial e judicial.

Discussões que transitaram pela negociação, conciliação, mediação, arbitragem e justiça restaurativa sobre contratos de agronegócio, comunidades quilombolas, crianças e adolescentes vítimas de maus tratos, arrendamento rural, licitações e contratações públicas, direito à imagem entre outros temas que levam em conta o interesse dos particulares, mas especialmente a relevância social da solução adequada dos conflitos nessas diferentes áreas do direito material.

Motivos pelo qual, recomenda-se a leitura dos artigos do GT, parabenizando os autores pela excelência da produção científica apresentada no evento e ao CONPEDi pela organização de mais um evento de destaque no cenário da Pós-Graduação do Brasil.

Foram apresentados os seguintes artigos neste Grupo de Trabalho:

1 - FACES E INTERFACES DA LEI N. 13.986/2020 NO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO, AMBIENTAL E PACIFICADOR DO AGRONEGÓCIO - Daniela da Silva Jumpire, Augusto Martinez Perez Filho e Edmundo Alves de Oliveira.

2 - A APLICAÇÃO DOS COSTUMES EM PROCEDIMENTOS ARBITRAIS DECORRENTES DE CONTRATO DE ARRENDAMENTO RURAL - Maria Cristina Gomes da Silva D'ornellas, Thiago Bortolini Teixeira e Marina Dal Pizzol Siqueira.

3 - TERRITÓRIO QUILOMBOLA: RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NO PROCESSO FUNDIÁRIO QUILOMBOLA - Hellen Carolina da Rocha Cardoso, Jean Carlos Nunes Pereira.

4 - LEVANDO A JUSTIÇA RESTAURATIVA A SÉRIO: A CONCRETIZAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS SOCIAIS - Lenice Kelner Giordani, Alexandre Colvara Pereira e Michele Borges Greco

5 - MEDIAÇÃO E CAPACITAÇÃO DOS MEDIADORES PARA EFETIVAÇÃO DA PACIFICAÇÃO SOCIAL - Alderico Kleber De Borba, Gustavo Ivan Martins Nunes.

6 - MEDIAÇÃO: UM TRATAMENTO MULTIDISCIPLINAR PARA OS INDIVÍDUOS ENVOLVIDOS EM CONFLITOS E A EFICÁCIA SOCIAL - Danielle Cristina da Mota de Morais Rezende, Laise Alves do Carmo e Lauren Lautenschlager Scalco.

7 - ARBITRABILIDADE DE CONFLITOS ORIUNDOS DE CONTRATOS DE ARRENDAMENTO RURAL - Maria Cristina Gomes da Silva D'ornellas, Marina Dal Pizzol Siqueira e Thiago Bortolini Teixeira.

Boa leitura!

Profa. Dra. Patricia Elias Vieira – UNIVALI

Profa. Dra. Marcia Andrea Bühring - PUCRS

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA

O PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO E A DESJUDICIALIZAÇÃO NO CONTEXTO BRASILEIRO

THE PRINCIPLE OF THE FAILURE OF THE JURISDICTION AND THE DISJUDICIALIZATION IN BRAZILIAN CONTEXT

Ronan Cardoso Naves Neto
Marina Araújo Campos Cardoso
Ricardo Dos Reis Silveira

Resumo

O presente artigo investiga o princípio da inafastabilidade da jurisdição previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, e a necessidade de desjudicialização e desafogo do Poder Judiciário, sempre com vistas à promoção do acesso à justiça. A pesquisa analisa os contornos do aludido princípio, de modo a evitar a banalização do acesso ao Poder Judiciário, principalmente nas hipóteses em que o conflito de interesses possa ser solucionado por outras vias, igualmente legítimas. São estudadas a legitimidade das condições da ação, que devem ser necessariamente verificadas para que se possa avançar ao julgamento do mérito da ação. Destaca-se ainda os limites do condicionamento da jurisdição, de modo que não represente impedimento de acesso ao Judiciário e, ao mesmo tempo, possa contribuir com o necessário movimento de desjudicialização. As diferentes ondas de acesso à justiça e a necessidade de novos meios de promoção da justiça são preocupações ínsitas ao presente trabalho. A metodologia foi baseada na revisão bibliográfica.

Palavras-chave: Jurisdição, Inafastabilidade, Acesso, Condicionamento, Desjudicialização

Abstract/Resumen/Résumé

This article investigates the principle of inexorability of jurisdiction provided for in art. 5, XXXV, of the Federal Constitution, and the need for dejudicialization and relief of the Judiciary, always with a view to promoting access to justice. The research analyzes the contours of the aforementioned principle, in order to avoid the trivialization of access to the Judiciary, especially in cases where the conflict of interests can be resolved by other, equally legitimate, ways. The legitimacy of the conditions of the action are studied, which must necessarily be verified in order to proceed to the judgment of the merits of the action. It also highlights the limits of jurisdiction conditioning, so that it does not represent an impediment to access to the Judiciary and, at the same time, can contribute to the necessary movement of dejudicialization. The different waves of access to justice and the need for new means of promoting justice are concerns inherent to the present work. The methodology was based on a literature review.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Jurisdiction, Inseparability, Access, Conditioning, Desjudicialization

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como escopo promover o estudo do princípio da inafastabilidade da jurisdição previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, no contexto do necessário movimento de desjudicialização, de modo a investigar os contornos de aludido princípio, sempre com vistas à otimização do acesso à justiça e à satisfação dos direitos.

Conforme dispõe o art. 5º, XXXV, da CF/88, é vedado à lei excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. A norma constitucional não se destina apenas ao legislador, mas a qualquer pessoa que impossibilite o jurisdicionado de apresentar sua pretensão ao Poder Judiciário. Representa, de fato, uma conquista prevista na Constituição da República, que estabelece a prestação de tutela jurisdicional justa e adequada.

A necessidade de uma releitura do princípio da inafastabilidade da jurisdição, cumulada com a ampliação dos meios de acesso à justiça representa hoje grande desafio do Direito brasileiro. As formas tradicionais de concepção da atuação jurisdicional precisam de uma releitura para que as previsões legais não sejam inefetivas e acabem por geram uma violação generalizada de direitos.

O condicionamento legítimo da jurisdição, através de instrumentos extrajudiciais efetivos que não representem qualquer aviltamento aos direitos dos cidadãos certamente é um caminho legítimo para o desafogo do Judiciário e maior efetivação da justiça, que hoje deve transbordar os fóruns e tribunais brasileiros.

A relevância da pesquisa se deve à necessidade de estudar as dificuldades e entraves que obstaculizam o efetivo acesso à justiça, com a desjudicialização de procedimentos e uma leitura consentânea e atualizada do princípio da inafastabilidade da jurisdição.

A desjudicialização representa atualmente o principal e mais eficiente caminho para a efetivação de direitos, sejam individuais ou coletivos. O acesso banalizado ao Poder Judiciário acaba por aviltar direitos dos cidadãos e desestimular os mais hipossuficientes a esperar anos a fio pela solução de determinada controvérsia.

2. O PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO

O estudo do princípio da inafastabilidade da jurisdição no contexto da desjudicialização está intrinsecamente relacionado às deficiências e insuficiências do sistema jurídico e das próprias instituições responsáveis pela aplicação do direito, como elucida Lênio Streck:

> Em nosso país, não há dúvida de que, sob a ótica do Estado Democrático de Direito – em que o Direito deve ser visto como instrumento de transformação social - , ocorre uma disfuncionalidade do Direito e das Instituições encarregadas de aplicar a lei. O direito brasileiro – e a dogmática jurídica que o instrumentaliza – está assentado em um paradigma liberal-individualista que sustenta essa disfuncionalidade, que, paradoxalmente, vem a ser a sua própria funcionalidade! Ou seja, não houve ainda, no plano hermenêutico, a devida filtragem – em face da emergência de um novo modo de produção do Direito, para os limites desta abordagem, a política econômica de regulamentação, proteção e legitimação num dado espaço nacional, num momento específico, que inclui: O modo com que a profissão jurídica e a prestação de seus serviços são organizados; A localização de papéis entre as várias posições no campo jurídico (praticantes, aplicadores da lei, guardiões da doutrina, acadêmicos, etc); O modo com que o campo produz o habitus, incluindo variações na educação e importância das vantagens sociais (antecedentes e relações pessoais) para o recrutamento no campo; As modalidades para a articulação da doutrina preponderante e os modos com que estas incidem em relações entre jogadores e posições; O papel que os advogados, juntamente com os protagonistas globais e regimes transnacionais representam num dado campo jurídico; A relação entre regulamentação e proteção; O modo dominante de legitimação. (STRECK, 2014, p. 43-44).

É nesse contexto que o princípio da inafastabilidade da jurisdição representa garantia fundamental aos cidadãos prevista no art. 5º, XXXV, da CF/88, o qual estabelece que é vedado à lei excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. O dispositivo afasta qualquer impedimento que impeça a dedução de uma pretensão em juízo. Assegura, ademais, uma prestação jurisdicional adequada e justa. Nesse sentido, destaca Nelson Nery Júnior:

> [...] todos têm acesso à justiça para postular tutela jurisdicional preventiva ou reparatória relativamente a um direito. Estão aqui contemplados não só os direitos individuais, como também os difusos e coletivos. Pelo princípio constitucional do direito de ação, além do direito ao processo justo, todos têm o direito de obter do Poder Judiciário a tutela jurisdicional adequada. Não é suficiente o direito à tutela jurisdicional. É preciso que essa tutela seja adequada, sem o que estaria vazio de sentido o princípio. Quando a tutela adequada para o jurisdicionado for medida urgente, o juiz, preenchidos os requisitos legais, tem de concedê-la, independentemente de haver lei autorizando ou, ainda, que haja lei proibindo a tutela urgente. (...) A lei infraconstitucional que impedir a concessão da tutela adequada será ofensiva ao princípio constitucional do direito de ação. (NERY JUNIOR, 2017, p. 214-215).

Nesse ponto, impende distinguir o direito de ação do direito de petição, previsto no art. 5º, XXXIV, a, da Constituição Federal de 1988 (“XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;”).

Aludido direito significa um direito político assegurado aos cidadãos que pretendam reclamar, junto aos poderes da república, a defesa de direitos contra abuso de poder ou ilegalidade, bastando a identificação do peticionário acompanhada da exposição do que se pretende.

O direito de ação, por sua vez, consiste em direito público subjetivo à sentença, seja de deferimento ou indeferimento dos pedidos, uma vez satisfeitas as condições da ação. É que o direito fundamental à inafastabilidade da jurisdição não significa, de forma alguma, direito a um provimento favorável ao autor ou mesmo direito à sentença de mérito, se não estiverem satisfeitas as condições da ação. Nesse sentido, vale reproduzir as lições de Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery Júnior:

> A necessidade de serem preenchidas as condições da ação e os pressupostos processuais, serem observados os prazos para o exercício do direito de ação, bem como de serem obedecidas as formas dos atos processuais significam limitações naturais e legítimas ao exercício do direito de ação. (NERY JUNIOR; ANDRADE NERY, 2014, p. 256).

Com efeito, é certo que a ação, enquanto direito autônomo distinto do direito material e abstrato, submete-se à determinadas condições, as quais permitem ao magistrado solucionar o mérito da demanda. Outro não é o teor do art. 487 do CPC/2015:

> Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz:
> I - acolher ou rejeitar o pedido formulado na ação ou na reconvenção;
> II - decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição;
> III - homologar: a) o reconhecimento da procedência do pedido formulado na ação ou na reconvenção; b) a transação; c) a renúncia à pretensão formulada na ação ou na reconvenção. (BRASIL, 2015a).

Caso ausentes aludidas condições, estará configurada a carência de ação, que fatalmente gerará a extinção do processo sem julgamento do mérito, *ex vi* do art. 485, VI, do CPC/2015 (“Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando: [...] VI - verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual;”).

3. AS CONDIÇÕES DA AÇÃO

A verificação das condições da ação para o escorreito julgamento do mérito da demanda está intrinsecamente relacionada ao princípio da economia processual. Nesse sentindo, manifestam-se Ada Grinover, Antônio Carlos Cinta e Cândido Dinamarco:

> São as denominadas condições da ação (possibilidade jurídica, interesse de agir, legitimação ad causam), ou seja, condições para que legitimamente se possa exigir, na espécie, o provimento jurisdicional. A exigência da observância das condições da ação deve-se ao princípio da economia processual: quando se percebe, em tese, segundo a afirmação do autor na petição inicial ou os elementos de convicção já

> trazidos com ela, que a tutela jurisdicional requerida não poderá ser concedida, a atividade estatal será inútil, devendo ser imediatamente negada. Mas ainda que a resposta do juiz se exaure na pronúncia de carência de ação (porque não se configuram as condições da ação), terá havido exercício da função jurisdicional. Para uma corrente, as condições da ação são condições de existência da própria ação; para outra, condições para seu exercício. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009, p. 276).

As condições da ação já estavam previstas no Código de Processo Civil de 1973, no art. 267, VI. As condições previstas eram a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade *ad causam* das partes e o interesse de agir. Ausentes aludidas condições, imperioso o indeferimento da petição inicial.

Com a edição do CPC/15, algumas mudanças no tema foram verificadas. Eliminou-se a expressão "condições da ação" e não mais se previu a possibilidade jurídica como hipótese de julgamento sem análise do mérito.

Na visão de Adroaldo Fabrício, não obstante tais modificações legislativas, as discussões acerca do tema permanecem:

> Anoto que o vigente Código de Processo Civil, cuidadosamente, omite referência à tais condições como categoria genérica: pode ser que o legislador, talvez ingenuamente, tenha pensado fugir à controvérsia infindável. Mas continuou a incluir entre as sentenças terminativas (isto é, pronunciadas sem julgamento do mérito) aquelas onde se constata ausência de legitimação ou de interesse (art. 485, VI). Na verdade, não se reduziu o vulto nem se modificou a face do problema. A polêmica que prossegue e prosseguirá é aquela mesma entabulada sob a vigência do antigo art. 267, VI, sequer atenuada pela redução das condições a duas. (FABRÍCIO, 2018, p 168)

A propósito, pode-se afirmar que a possibilidade jurídica do pedido é a ausência de vedação jurídica à pretensão do autor. Vejamos as lições de Alexandre Freitas Câmara:

> A rigor, esta "condição da ação" diz respeito, também, às partes da demanda. Basta pensar no caso de se cobrar, em Juizado Especial Cível, uma indenização por dano decorrente de acidente de trânsito em um caso em que o demandado esteja, no momento da instauração do processo, preso. Sendo certo que a lei não permite ao preso ser parte nos processos que tramitam pelos Juizados Especiais, deve-se considerar que tal demanda é juridicamente impossível. Verifica-se, assim, que toda a demanda (partes, causa de pedir e pedido), e não só o pedido, deve ser juridicamente possível. Exige-se, em outros termos, a possibilidade jurídica de todos os elementos constitutivos da demanda. (CÂMARA, 2015, p. 153).

A legitimidade *ad causam* é condição da ação que consiste na pertinência subjetiva dos sujeitos para figurarem no polo ativo e passivo da demanda. É o que autoriza o autor requerer a tutela do Poder Judiciário face ao réu. Assim como o CPC/73, o CPC/15 continuou

expressamente prevendo essa condição para o julgamento do mérito da demanda. Adroaldo Fabrício destaca:

> Outrossim, quando se julga ausente a legitimação para a causa – ativa ou passiva – o que se está afirmando, por um específico motivo, é que o autor não tem o direito subjetivo material que invocara, e não apenas que "carece de ação". Se o demandante não é o titular do alegado direito, ou se ele efetivamente o tem, mas em face de outrem que não o demandado, tanto equivale dizer que esse direito, com a conformação a ele atribuída pelo autor, não existe. (...) Se Pedro afirmara ser credor de João, e veio-se a verificar que, se João devia, era a Paulo e não a Pedro, ou que o possível devedor deste era Mário, e não João, o que se decide e transitará, sim, em julgado é que João não deve a Pedro, e só. (FABRÍCIO, 2018, p. 168).

De outra senda, o interesse de agir, também chamado interesse processual, é condição da ação que não significa interesse jurídico substancial ou de direito material, pois este pode ser satisfeito sem necessidade de acionar os órgãos do Poder Judiciário. Não bastasse, pode acontecer de o pedido formulado ser julgado improcedente, embora existente o interesse processual. Vale reproduzir as lições de Ada Grinover, Antônio Carlos Cinta e Cândido Dinamarco acerca dessa condição da ação:

> [...] tendo embora o Estado o interesse no exercício da jurisdição (função indispensável para manter a paz e a ordem na sociedade), não lhe convém acionar o aparato judiciário sem que dessa atividade se possa extrair algum resultado útil. É preciso, pois, sob esse prisma, que que, cada caso concreto, a prestação jurisdicional seja necessária e adequada. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009, p. 277).

Os elementos indispensáveis para a existência do interesse de agir são a necessidade e utilidade da tutela jurisdicional estatal, sempre com vistas a afastar danos injustos. O requisito do interesse processual é definido como necessidade e a utilidade da prestação jurisdicional.

Com efeito, a necessidade está relacionada à ideia de que somente o processo é meio para a obtenção do bem da vida pleiteado pela parte. A utilidade, de outro lado, significa que o processo deve produzir, pelo menos tese, proveito ao autor.

Logo, a existência de interesse processual representa a necessidade de intervenção judicial para que a tutela do direito alegado reste garantida. Para Adroaldo Fabrício, a jurisdição deve ser concebida como um meio alternativo de solução das controvérsias jurídicas. Os meios comuns e, na sua ótica, preferenciais, são a atuação direta das partes uma frente à outra, com ou sem a participação de mediadores ou terceiros. Não terá interesse "aquele que pode alcançar a satisfação do seu invocado direito subjetivo por vias menos onerosas, social e economicamente, do que a disputa judicial" (FABRÍCIO, 2018, p. 170).

Já a utilidade exige que o interessado possa, ao menos em tese, com o provimento judicial pretendido, alcançar condição ou posição jurídica mais favorável que a que atualmente ostenta. Ora, somente fará jus à sentença de mérito aquele que comprovar expectativa de melhora em sua realidade atual. Destarte, os dois elementos necessidade e utilidade possuem significados bem próximos, difíceis até mesmo de serem diferenciados.

A adequação também é apontada como elemento do interesse de agir, representando a eleição pela parte da via processual adequada aos fins que busca[1], embora seja plausível a tese dos que advogam que a adequação se relaciona mais especificamente com a tutela jurídica pretendida e não com o interesse processual em si (FABRÍCIO, 2018).

Nesse contexto, exsurge a discussão sobre a (in)constitucionalidade da denominada jurisdição condicionada, que significa a exigência de exaurimento de prévio procedimento administrativo como requisito para a configuração do interesse de agir, tema que é alvo de intensos debates.[2]

4. O CONDICIONAMENTO DA JURISDIÇÃO

É certo que o atual art. 5º, XXXV, da CF/88 eliminou a segunda parte do correspondente art. 153, § 4º, da Constituição Federal de 1967, que assim dispunha: "O ingresso em juízo poderá ser condicionado a que se exauram previamente as vias administrativas, desde que não exigida garantia de instância, nem ultrapassado o prazo de 180 (cento e oitenta) dias para a decisão sobre o pedido."

Com a atual previsão constitucional, uma interpretação açodada, literal e gramatical do dispositivo poderia sugerir a inconstitucionalidade da necessidade de observância de condições da ação, o que, em tese, poderia representar entrave à resolução do mérito pelo Poder Judiciário. Nesse contexto, a exigência de prévia etapa administrativa como necessário para a configuração do interesse de agir é alvo de críticas e debates.

---

[1] Reconhecendo que o interesse de agir também é constituído pelo elemento "necessidade-adequação" destacam-se: ATTARDI, Aldo. **L'interesse ad agire.** Padova: Cedam, Pádua, 1955, p. 204 e FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. **Condições da ação: enfoque sobre o interesse de agir.** São Paulo: Editora RT, 2000, p. 99.

[2] O Supremo Tribunal Federal já pontuou reiteradamente a constitucionalidade da verificação das condições da ação: "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." (BRASIL, 2001).

Os que não admitem a exigência de prévia etapa administrativa como condicionamento da ação jurisdicional, na modalidade interesse de agir, argumentam que apenas o poder constituinte teria legitimidade para excepcionar as hipóteses em que se impõe o necessário esgotamento prévio da instância administrativa, como se deu nas ações relativas às disputas desportivas, as quais pressupõem exaurimento das instâncias da Justiça Desportiva, a teor do art. 217, § 1º, da CF/88, assim como também se dá na previsão do art. 114, § 2º, da CF/88, que prevê como condição para o dissídio coletivo a existência de anterior envolvimento em arbitragem ou recusa de participação em negociação.

Todavia, a atual redação do art. 5º, XXXV, da CF/88, na seara processual e técnica, exige reparos. É certo que a previsão constitucional atual representou avanço ao expressamente assegurar a tutela preventiva, seja inibitória, cautelar ou antecipada, mas de outro lado, se interpretado literalmente, o dispositivo homenageia o já ultrapassado concretismo, pois este pressupõe efetiva lesão ou ameaça a direito para que o pedido seja apreciado. Nesse sentido, elucida Marcelo Barbi Gonçalves:

> [...] a redação do inc. XXXV do art. 5º não é um primor. [...] o texto, caso interpretado gramaticalmente, é um tributo ao concretismo, na medida em que pressupõe a lesão/ameaça ao direito para que o pedido seja apreciado. À apreciação, porém, basta que seja narrado um histórico de infração atual ou provável ao ordenamento. A tutela jurisdicional, sim, é que será ou não concedida à vista da existência dos fatos jurídicos expostos pelo autor. São dois, portanto, os planos: o primeiro – que demanda apenas a afirmação de um histórico – é o da apreciação; o segundo – no caso de efetiva lesão/ameaça – é o da tutela. [...] Outro ponto que demanda lume é aquele relacionado à norma jurídica que está subjacente ao enunciado prescritivo em tela. [...] Segundo uma linha interpretativa, a norma a ser extraída possui caráter institucional, pois objetiva responder aos desmandos do Estado praticados nos regimes de exceção. Seria, portanto, uma cláusula de salvaguarda contra as arbitrariedades praticadas à época da ditadura, as quais restaram impunes à vista do que preconizava o art. 11 do AI 5/1968. [...] Sem embargo, de acordo com outra visão, o texto encamparia o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, de sorte que se migra de um enfoque horizontal (preocupado com a separação dos poderes) para outro vertical (centrado na relação cidadão x Estado). (GONÇALVES, 2016).

Deve-se reconhecer que o princípio constitucional não tolera a criação de óbices capazes de aniquilar a garantia do acesso à justiça, mas, ao mesmo tempo, não impede que o legislador ordinário, no plano infraconstitucional, regulamente o direito de ação e, à vista do interesse público, legitimamente estabeleça condições para que o mérito proposto seja judicialmente apreciado. O art. 22, I, da CF/88, atribuiu competência ao legislador ordinário para que possa disciplinar não apenas as condições para o exercício da ação, mas, de igual forma, os pressupostos processuais, as regras de competência, os prazos, a preclusão, entre outros institutos.

A economicidade também está diretamente relacionada à existência de condições ao direito público e subjetivo de acionar o Poder Judiciário, uma vez que o acionamento da máquina estatal deve estar calcado em condições mínimas de acesso, sob pena de inutilidade de qualquer provimento jurisdicional[3]. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federou reconheceu a perfeita compatibilidade de tais condições ao princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição:

> [...] 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. (BRSIL, 2000).

No julgamento do Recurso Extraordinário 631.240/MG, com repercussão geral, ao julgar a compatibilidade de prévio requerimento administrativo como condição para o ajuizamento de ações nas quais se pleiteia benefícios previdenciários, o Ministro Luís Roberto Barroso esclareceu a necessária distinção entre a proibição de exigência de esgotamento da instância administrativa e a possível exigência de prévio requerimento administrativo:

> É muito importante não confundir - como às vezes faz a jurisprudência - a exigência de prévio requerimento com o exaurimento das vias administrativas. A regra do art. 153, § 4º da Constituição anterior (na redação dada pela EC nº 7/1977), que autorizava a lei a exigir o exaurimento das vias administrativas como condição para ingresso em juízo, não foi reproduzida pela Constituição de 1988. (...) Esclareça-se, porém que o requisito do prévio requerimento se satisfaz com a mera postulação administrativa do beneficiário, perante a primeira instância com atribuição para conhecê-lo, enquanto o exaurimento significa a efetiva utilização de todos os recursos administrativos cabíveis. (BRASIL, 2012).

Ora, o prévio requerimento administrativo não inviabiliza o posterior acesso ao Poder Judiciário, razão pela qual não pode ser confundido com exigência de exaurimento das vias administrativas, situação que, aí sim, poderia representar alijamento do controle jurisdicional, principalmente caso haja retardo ou omissões por parte do Poder Público.

É certo que, mesmo antes do mencionado julgamento, o Superior Tribunal de Justiça já firmava o entendimento de que o prévio requerimento perante o INSS é imprescindível para o ajuizamento de ação previdenciária, sem que se represente afronta ao art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, pois o interesse de agir situa-se no campo processual. (BRASIL, 2012).[4]

---

[3] De forma elucidativa, Maurício Antonio Tamer pontua: "[...] parece ser legítimo que a lei infraconstitucional estabeleça condições de procedibilidade nesse sentido, o que não afasta do Poder Judiciário a possibilidade de entender por inconstitucionais tais requisitos diante da necessidade do caso em concreto. Condicionar o exercício da jurisdição não implica obstá-lo ou vedá-lo." (TAMER, 2017, p. 110-111).

[4] No mesmo sentido: Agravo Regimental no Recurso Especial 1.341.269/PR (BRASIL, 2013).

Quanto ao acesso à justiça, importante diferenciar a concepção da ação enquanto direito ou poder garantido constitucionalmente, de forma genérica e abstrata, do direito de ação de natureza processual, o qual em que pese esteja fundamentado na aludida garantia constitucional, tem relevância para o processo e pode ser regulamentado infraconstitucionalmente, desde que não represente aniquilação ou mutilação àquela garantia. (GRINOVER, 1998).

5. A DESJUDICIALIZAÇÃO E O ACESSO À JUSTIÇA A PARTIR DO CONDICIONAMENTO LEGÍTIMO DA JURISDIÇÃO

O princípio do acesso à justiça é direito fundamental de primeira geração, previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República, que garante a concretização dos demais direitos. É diferente do simples direito de petição ou mero acesso formal ao Poder Judiciário, pois deve ser compreendido em sentido material, o que inclui o escopo de promover a paz social e de amplitude de acesso a serviços, informações e órgãos, de forma a garantir os direitos fundamentais da pessoa humana.

Os problemas estruturais e as falhas existentes em todos os poderes afetam sobremaneira o acesso à justiça no Brasil, como bem assevera Lênio Streck:

> Ora, a realidade brasileira aponta em direção contrária: o assim denominado Estado Social não se concretizou no Brasil (foi, pois, um simulacro), onde a função intervencionista do Estado serviu para aumentar ainda mais as desigualdades sociais (pensemos nos Donos do Poder, do Faoro, e no capitalismo de Laços, de Lazzarini); parcela expressiva dos mínimos direitos individuais e sociais não e cumprida; o controle concentrado das normas apresenta um déficit de eficácia, decorrente de uma "baixa constitucionalidade", os preceitos fundamentais que apontam para o acesso à justiça continuam ineficazes (basta lembrar, exemplificadamente, afora a "crônica de uma morte anunciada" ocorrida com o mandado de injunção, que a arguição de descumprimento de preceito fundamental somente foi regulamentada onze anos depois da promulgação da CF; no âmbito do parlamento, aprovam-se leis por voto de liderança; um voto de um eleitor de uma pequena unidade federada chega a valer dezesseis vezes o voto de um cidadão das unidades maiores, fazenda como que uma estranha matemática transforme a maioria em minoria; [...]. (STRECK, 2014, p. 62-63).

Rodolfo Mancuso destaca a necessidade de pluralizar os instrumentos de acesso à justiça, defendendo uma (re)leitura atual e contextualizada do princípio insculpido no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição da República. (MANCUSO, 2011).

De fato, não é mais concebível que, hoje, o Poder Judiciário seja o único meio de acesso à justiça. Não é possível limitar o acesso à Justiça ao acesso ao Judiciário. É

imprescindível que o princípio seja combinado com o intenso estímulo à desjudicialização de procedimentos e ao desenvolvimento de técnicas de solução pacífica de controvérsias.

No tocante à acessibilidade, vale reconhecer que os meios alternativos de solução de conflitos são compatíveis com o princípio em tela. As diferentes realidades econômicas, culturais e sociais existentes no país exigem o alargamento das formas de solução das variadas controvérsias. É necessário que o poder público, a sociedade civil, empresas e particulares estejam engajados na efetivação do justo. Ao Poder Judiciário, nesse contexto, cabe manter-se vigilante e responsável pela proteção e defesa substantiva dos direitos, não como instituição única ou primeira, mas como órgão último do resguardo dos direitos fundamentais.

A operosidade foi um dos motes do Código de Processo Civil de 2015, o qual visou conter o excesso de demandas, o abuso no manejo de recursos e as formalidades desnecessárias. Assim, a desjudicialização inclui-se no conceito de melhor técnica, na medida e em que fomenta a pacificação social e promove o desafogo do Poder Judiciário.

Nas palavras de Boaventura de Sousa Santos: "[...] o sistema jurídico estatal nem sempre é, sequer, o mais importante na gestão normativa do quotidiano da grande maioria dos cidadãos." (SANTOS, 2007, p. 9). A concretização do resultado pretendido pelo direito material relaciona-se à utilidade. Com efeito, muitas vezes, o resultado prático, independente da utilização da via judicial, pode ser atingido.

Os princípios do acesso à justiça e da inafastabilidade da jurisdição impõem uma leitura comprometida com a realidade do Poder Judiciário, através do incentivo de meios que possam acrescentar no processo de desjudicialização. O acesso à justiça está vinculado ao resultado útil da prestação jurisdicional, administrativa ou conciliatória. A concretização do Direito não está adstrita ao órgão jurisdicional estatal, mas também por inúmeros outras formas idôneas e eficientes.

De fato, a promoção da desjudicialização exige coragem por parte dos atores políticos e operadores do direito. O congestionamento do Poder Judiciário exige mudanças na realidade jurídica e desapego de métodos e sistemas ultrapassados de resolução de conflitos que já mostraram fracasso ou ineficiência.

Nesse contexto, muitas discussões foram travadas a respeito da denominada jurisdição condicionada, ou seja, situações em que o legislador, sem impedir as partes de buscar o Poder Judiciário, preconiza que, antes do ajuizamento da ação judicial, aquelas devem empreender certa atividade. A condição deve representar avanço para o exercício da atividade judicante. Importante reconhecer que não há alijamento da proteção jurídica, mas subordinação legítima

a certa atividade, sempre visando o fortalecimento da atividade jurisdicional, como bem esclarece Francesco Paolo Luiso:

> Outra hipótese, cuja legitimidade constitucional deve ser testada com base no art. 24 da Constituição, é a da chamada jurisdição condicional, que ocorre quando o legislador não inibe as partes de recorrer ao juiz, mas estabelece que, antes que isso aconteça, as partes devem exercer determinada atividade: há condições a serem preenchidas, antes de poder propor a questão ao juiz. Aqui, a proteção judicial não é excluída diretamente, mas subordinada, condicionada à realização prévia de determinada atividade. Sobre este ponto o Tribunal Constitucional teve oportunidade de intervir frequentemente, em várias ocasiões, e das decisões do Tribunal podemos derivar o seguinte princípio: desde que os obstáculos colocados e, portanto, o que deve ser feito antes de recorrer ao juiz, não dificultem excessivamente o acesso à jurisdição, a jurisdição condicional é constitucionalmente legítima, mas apenas se as condições a serem cumpridas tiverem por objetivo assegurar um melhor desempenho da atividade judicial; enquanto o condicionamento de jurisdição é inconstitucional quando, por meio dele, o legislador deseja atingir uma finalidade diferente daquela de permitir um melhor desempenho da própria atividade judiciária. (LUISO, 2013, p. 28, tradução nossa).

Ao averiguar a constitucionalidade do art. 460 do Código de Processo Civil Italiano face aos artigos 24 e 113 da Constituição Italiana de 1947, a Suprema Constitucional reconheceu legítima a exigência de prévio esgotamento das vias administrativas para configuração do interesse de agir em matéria de previdência social. Pontuou-se que o fato de a Constituição garantir o acesso à jurisdição, este acesso, no plano processual, pode ser condicionado a exigências, desde que não afaste completamento a garantia constitucional. (GONÇALVES, 2016).

No julgamento referido, pontificou-se que o acesso à tutela jurisdicional deve ser respeitado, mas, ao mesmo tempo, é possível que o legislador ordinário preveja providências prévias que sejam positivas para a prestação jurisdicional, como um todo, e para coibir o abuso no requerimento de tutela judicial. Ora, o direito de ação submete-se às regras processuais, cuja verificação é imprescindível para que o processo tramite até a prolação de uma sentença de mérito.

Apesar de, no Brasil, as discussões acerca da jurisdição condicionada terem se concentrado nas questões previdenciárias ou de exibição de documentos bancários, é certo que não deve se limitar a estes temas, pois em várias outras searas, a atividade administrativa pode ser capaz de satisfazer as partes e evitar o ajuizamento desnecessário de ações judiciais. A propósito, inúmeros profissionais do direito, como advogados, notários e registradores podem ser capazes, com suas respectivas atuações, solucionar previamente alguns conflitos de interesse.

Marcelo Barbi Gonçalves enumera os benefícios do condicionamento à jurisdição, desde que, obviamente, não represente afastamento da garantia constitucional de acesso ao Poder Judiciário:

> É esse, precisamente, o caso em tela, eis que o condicionamento, sem esvaziar o conteúdo da garantia constitucional de acesso ao Judiciário, responde às exigências de economia processual na medida em que (i) favorece o credor estatal que passa a dispor, para satisfação de sua pretensão, de um procedimento simplificado e econômico, já que o custo do acertamento administrativo remanesce a expensas do Estado ainda quando se resolve em desfavor do particular, sendo certo que, se fosse proposta a ação judicial, este deveria suportar as despesas processuais; (ii) permite ao credor da prestação conhecer as posições de defesa do Poder Público antes de deliberar acerca da oportunidade de ajuizar a ação judicial, de modo que corre um menor risco de sucumbência; e, ainda (iii) não se pode desconsiderar as benéficas externalidades macroprocessuais que decorreriam para o descongestionamento do Poder Judiciário. [...]. (GONÇALVES, 2016).

Ao defender a legitimidade das comissões de conciliação prévia instituídas pela Lei nº 9.958/00, que introduziu os artigos 625-A a 625-H na Consolidação das Leis Trabalhistas Brasileira, Estevão Mallet pontuou que o direito constitucional de ação não impõe a submissão de toda e qualquer demanda à apreciação direta e incondicionada do Poder Judiciário. Na verdade, defende que "se a condição a ser satisfeita antes do ajuizamento da ação revela-se legítima, na medida em que se funda em interesse público, não se destinando apenas a protelar a tutela jurisdicional ou a beneficiar o demandado, não se está diante de exigência abusiva." (MALLET, 2000, p. 444).

A propósito, a exigência de prévia providência administrativa como condição ao ingresso no Poder Judiciário é realidade no ordenamento jurídico brasileiro. Ora, sem prévia resistência à pretensão, não se verifica interesse de agir. A substitutividade, característica própria da jurisdição, significa que, na ausência de composição consensual de um litígio, o Estado será incumbido de efetivar a atividade de composição.

As inúmeras ações de exibição de documentos promovidas em face de instituições financeiras, bancos ou empresas abarrotam os tribunais brasileiros. Atento à essa realidade, o Superior Tribunal de Justiça pontificou e sedimentou que o prévio requerimento administrativo é condição para a configuração do interesse de agir dessas ações de exibição de documentos.

No julgamento o Recurso Especial Repetitivo nº 982.133/RS, o Tribunal da Cidadania fixou a tese de que "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." (BRASIL, 2008).

A propósito, a tese fixada está de acordo com o disposto na Súmula 389 daquele mesmo tribunal – STJ: "A comprovação do pagamento do 'custo do serviço' referente ao fornecimento de certidão de assentamentos constantes dos livros da companhia é requisito de procedibilidade da ação de exibição de documentos ajuizada em face da sociedade anônima."

Ao julgar o Recurso Especial Repetitivo nº 1.349.453/MS, aquele sodalício firmou o entendimento de que o prévio requerimento formulado à instituição financeira e o respectivo pagamento das taxas contratadas constituem condição da ação, na modalidade de interesse de agir, necessária para a propositura de ação de exibição de documentos. Concluiu-se pela compatibilidade da exigência com o princípio insculpido no art. 5º, XXXV, da CF/88. (BRASIL, 2015b).

O STF também pacificou a constitucionalidade da exigência de requerimento administrativo como condição para a propositura de ação previdenciária, conforme repisado no supracitado Recurso Extraordinário nº 631.240/MG, ao qual foi conferida repercussão geral.

Debateu-se também a constitucionalidade do art. 7º da Lei nº 11.417/2006, o qual exige o esgotamento das instâncias administrativas para que seja possível o ajuizamento de reclamação constitucional junto ao Supremo Tribunal Federal em face de omissão ou ato da administração pública que negue vigência, contrarie ou aplique indevidamente súmula vinculante. Questiona-se se a exigência estabelecida pelo legislador ordinário é compatível com o disposto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

O próprio STF apreciou a questão e repisou que: "não se admite reclamação contra omissão da administração pública, sob fundamento de ofensa a súmula vinculante, quando não demonstrado o esgotamento das vias administrativas, conforme disposto no art. 7º, § 1º, da Lei 11.417/2006." (BRASIL, 2014a). Ora, entende-se que, de acordo com a conformação estabelecida pelo legislador ordinário, é inviável a utilização *per saltum* da reclamação, suprimindo graus de jurisdição ou outros instrumentos processuais adequados, sem que signifique violação ao princípio da inafastabilidade da jurisdição. (BRASIL, 2018).

Com efeito, a ponderação entre os princípios constitucionais deve ser levada a cabo tanto pelo legislador, quanto pelos aplicadores do Direito. Não se pode admitir uma interpretação isolada dos princípios constitucionais, sob pena de esvaziar-se o conteúdo de determinado princípio, de forma desarrazoada e desproporcional.

Rodolfo de Camargo Mancuso defende a necessidade de uma releitura do monopólio jurisdicional na resolução de conflitos, de modo que tal função não reste limitada ao Poder

Judiciário, que pode e deve contar com outros instrumentos para reduzir a sobrecarga processual. (MANCUSO, 2011).

Ao estudar o direito comparado, destaca-se a figura do *ombudsman*, presente no ordenamento jurídico alemão, suíço e italiano, cujo debate já é ventilado no Direito Brasileiro, principalmente com vistas à diminuição das demandas envolvendo instituições bancárias. Sidnei Beneti enuncia as vantagens de aludido profissional para o processo de desjudicialização na Alemanha e defende a instituição de práticas similares, com o objetivo de solucionar os problemas de congestionamento da justiça brasileira:

> O sistema de Ombudsman setorial é de enorme utilidade na desjudicialização, verdadeiro anseio da sociedade brasileira, que amarga as consequências do "tsunami" processual judicial. Existe já naquele país também para outros setores além do bancário. Pode também ser utilizado entre nós para outros setores responsáveis por indesejada massa de judicialização de casos concretos. Será útil, ainda no campo do Direito Privado, e além do âmbito bancário, à solução de controvérsias em casos de demandas referentes a seguros, planos de saúde, financiamentos, previdência privada, responsabilidade perante o consumidor e semelhantes, casos esses que, embora sem socorro estatístico de rigor, devem alçar a cerca de 70% do volume de recursos na Seção de Direito Privado do Superior Tribunal de Justiça. [...] Informa-se que o percentual de soluções é enorme. De qualquer maneira, não há custo para o Estado alemão e reduz-se o volume de ajuizamentos judiciais. Tudo indica tratar-se de um bom sistema alternativo de solução de controvérsias, de esclarecimento público e de efetividade dos direitos além de permitir a mobilização de consumidores em prol da realização dos próprios direitos perante a parte que os tenha lesado, com a vantagem de promover a adequada interação entre os participantes diretos do negócio jurídico, que são o consumidor e o banco. Um simples, objetivo e concreto instrumento de benfazeja desjudicialização. [...] Não custa experimentar o Ombudsman de Bancos. Buscar soluções concretas novas, relembre-se, faz parte da missão do jurista. (BENETI, 2013).

O *ombudsman* está relacionado aos conflitos envolvendo consumidores e bancos privados. No caso concreto, é nomeada uma pessoa com notório conhecimento jurídico e bancário, geralmente juízes aposentados dos tribunais alemães. O interessado formaliza a reclamação mediante formulário existente nas várias agências bancárias, caso a respectiva instituição não solucione a questão, a reclamação é encaminhada ao escritório central do *Ombudsman*, que na Alemanha localiza-se em Berlim, onde será realizada uma espécie de instrução simples e desburocratizada. Após tais providências, os documentos são enviados ao *ombudsman*, que de forma objetiva e com linguagem simples decidirá o caso. Na Alemanha, este profissional receberá os honorários da entidade mantenedora do *Ombudsman*, a Verband Der Deutschen Privaten Banken e, um detalhe bastante relevante é que o procedimento não terá qualquer custo para o Estado.

Quanto à atividade do *ombudsman*, Sidnei Beneti (BENETI, 2013) assinala que caso esse profissional reconheça o direito do consumidor reclamante e o valor pleiteado não

ultrapasse 5 mil libras, a decisão será vinculante para a instituição financeira, a qual depositará o valor correspondente na conta bancária do reclamante. De outro lado, se o banco é que sair vencedor, o reclamante estará autorizado a ingressar em juízo, descontando-se, nesse caso, do prazo prescricional o tempo utilizado para manifestação do *ombudsman*, acrescido de mais seis meses, que é o tempo em que se presume necessário para a contratação de advogado e ajuizamento da ação judicial.

O papel do *ombudsman*, na Itália, é ainda mais forte, pois a atuação desse profissional é etapa prévia obrigatória do processo judicial. (CANÁRIO, 2016).

A desjudicialização clamada pelos cidadãos brasileiros deve se inspirar em experiências positivas verificadas em outros países, como é o caso do *ombudsman* alemão, que, por ser eficiente, simples e econômico tem desbordado as questões bancárias para atuar em outras questões de direito privado, como as questões envolvendo contratos de seguro.

A figura do *Ombudsman* contribui sobremaneira para a verdadeira efetivação do princípio do acesso à justiça, pois é disponibilizado aos consumidores um sistema simples, ágil e econômico para a tutela de seus direitos, sem impedir posterior acesso ao Poder Judiciário. Assim, afastar propostas de desjudicialização por alegação de suposta ofensa ao princípio da inafastabilidade da jurisdição é ignorar o verdadeiro conteúdo da garantia constitucional. Tal como se dá no caso *Ombudsman*, o cidadão continua amparado juridicamente e, ato contínuo à atuação do profissional, terá todo acesso às instâncias jurisdicionais. O que não se pode tolerar é a leitura cega do princípio da insfastabilidade da jurisdição para impedir propostas inovadoras de acesso à justiça.

A propósito, o efetivo acesso à justiça por parte dos cidadãos é o caminho legítimo para diminuir desigualdades e tornar real o ideal de justiça no meio social. São inócuas previsão normativa de direitos ou normas processuais se os cidadãos não dispuserem de instituições e instrumentos efetivos e sólidos, capazes de estancar aludidas violações.

6. CONCLUSÃO

A partir dos estudos desenvolvidos, pode-se concluir que a efetivação do acesso à justiça depende de um movimento ousado de desjudicialização que seja capaz de garantir a tutela de direitos individuais ou coletivos. Não é possível mais que o Poder Judiciário seja a única porta de acesso à tutela de direitos.

Impende uma releitura do princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, de modo que o condicionamento legítimo da

jurisdição seja adotado em situação que procedimentos extrajudiciais sejam capazes de solucionar a crise de direitos eventualmente existente.

Sem representar alijamento da tutela jurisdicional, que poderá ser acionada, se necessário, o condicionamento da jurisdição através de mecanismos céleres e eficientes pode representar importante meio de desafogo do Poder Judiciário e importante modo de desjudicialização.

As principais ondas de acesso à justiça demonstraram a preocupação do acesso pelos cidadãos hipossuficientes econômica e socialmente, a garantia de direitos difusos e coletivos, a formação completa e comprometida dos profissionais do direito e a solução extrajudicial de conflitos como forma eficiente de desjudicialização.

O acesso à justiça não significa e não pode significar apenas acesso ao Poder Judiciário e nem mesmo acesso indiscriminado ao poder jurisdicional. É necessário desenvolver técnicas de conciliação e mediação e mesmo soluções extrajudiciais para que os direitos dos cidadãos possam ser assegurados de forma célere e efetiva. O condicionamento legítimo da jurisdição é medida que, a par de não representar aviltamento de direitos, garante a célere e eficiente tutela estatal.

O acesso à justiça, que não pode ser confundido estritamente com acesso ao Poder Judiciário, é uma das principais bases de uma sociedade democrática, plural e que assegura os direitos de seus cidadãos. Em paralelo à previsão legal de direitos devem existir mecanismos estatais eficientes e imparciais capazes de promover a justiça.

O direito comparado mostra que técnicas extrajudiciais de solução de conflitos, como a atuação do *ombudsman*, são medidas necessárias à maior acessibilidade à tutela de direitos e forma legítima de desafogo do Poder Judiciário, hoje tão necessário para que os demais direitos sejam satisfatoriamente tutelados. A desjudicialização deve ser movimento prioritário dos agentes estatais.

REFERÊNCIAS

ATTARDI, Aldo. **L'interesse ad agire.** Padova: Cedam, Pádua, 1955.

BENETI, Sidnei. Ombudsman de Bancos e desjudicialização. Artigo. 2013. **Migalhas**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/187050/ombudsman-de-bancos-e-desjudicializacao>. Acesso em: 28 jul. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 29 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 29 jul. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento nos Embargos de Declaração no Recurso Especial 1771936/PR**. Relator: Ministra Nancy Andrighi, T3 - Terceira Turma. Data de julgamento: 04/05/2020. Data da publicação, DJe: 07/05/2020. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/855164748/agravo-interno-nos-embargos-de-declaracao-no-recurso-especial-agint-nos-edcl-no-resp-1771936-pr-2018-0267750-6/inteiro-teor-855164759?ref=serp>. Acesso em: 29 jul. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial 1.341.269/PR**. Relator: Ministro Castro Meira, Segunda Turma. Data do julgamento: 09/04/2013. Data da publicação, DJ: 28/02/2013. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/890467741/recurso-especial-resp-1341269-pr-2012-0148480-1>. Acesso em: 29 jul. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.310.042/PR**. Relator: Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma. Data do julgamento: 15/05/2012. Data da publicação, DJe: 28/05/2012. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/7278/8/STJ%20RECURSO%20ESPECIAL%20N%C2%BA%201.310.042%20-%20PR.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.349.453/MS**. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, S2 - Segunda Seção. Data da publicação, DJe: 02/02/2015. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/7693/1/STJ%20REsp%201349453%20Recurso%20Repetitivo.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 982133/RS**. Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior, S2 - Segunda Seção. Data do julgamento: 10/09/2008. Data da publicação, DJe: 22/09/2008. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/809996/recurso-especial-resp-982133-rs-2007-0185490-1/inteiro-teor-100506413>. Acesso em: 29 jul. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 14.343 CE**. Agravantes: Sindicato dos Trabalhadores e Trabalhadoras no Serviço Público Municipal de Carnaubal - SINDSEP. Agravado: Município de Carnaubal. Relator: Ministro Teori Zavascki. Data do julgamento: 27/02/2014. Data da publicação: 27/02/2014. Diário da Justiça Eletrônico. Brasília/DF. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5532670>. Acesso em: 03 ago. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 32544 BA**. Reclamante: União. Reclamado: Terceira Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária do Estado da Bahia. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF. Data do julgamento: 14/11/2018. Data da publicação, DJe: 19/11/2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5586863>. Acesso em: 03 ago. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 273.791/SP**. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, Primeira Turma. Data do julgamento: 15/08/2000. Data da publicação, DJ: 10/09/2000. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14753919/recurso-extraordinario-re-273791-sp>. Acesso em: 29 jul. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 287.154**. Relator: Ministro Moreira Alves, Primeira Turma. Data do julgamento: 09/10/2001. Data da publicação, DJ: 09/11/2001. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/776448/recurso-extraordinario-re-287154-sp>. Acesso em: 23 jul. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 631.240/MG**. Relator: Ministro Roberto Barroso. Data do julgamento: 03/09/2014. Data da publicação, DJ: 10/11/2014. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7168938>. Acesso em: 29 jul. 2021.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015.

CANÁRIO, Pedro. Desjudicialização de conflitos: Suíça e Alemanha mostram eficiência de modelo de ombudsman bancário. Artigo. 2016. **Revista Conjur.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-set-17/suica-alemanha-mostram-eficiencia-modelo-ombudsman-bancario>. Acesso em: 30 jul. 2021.

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

CINTRA, Antônio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo.** 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DIDIER JR, Freddie. Será o fim da categoria "condição da ação"? Um elogio ao projeto do novo CPC. Artigo. 2020. **Revista dos Tribunais Online. Revista de Processo**. Vol. 197/2011, p. 256-260, jul./2011. Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2012/06/Condi%C3%A7%C3%B5es-da-a%C3%A7%C3%A3o-e-o-projeto-de-novo-CPC.pdf>. Acesso em 30 jul. 2021.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Interesse de agir como pressuposto processual. Artigo. 2018. **Revista EMERJ**. Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, jan./abr. 2018, p. 164-195.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. **Condições da ação: enfoque sobre o interesse de agir.** São Paulo: Editora RT, 2000.

GALDINO, Flávio. A evolução das ideias de acesso à justiça. Artigo. 2007. **Revista Autônoma de Processo**. Curitiba, n. 3, abr./jun. 2007.

GONÇALVES, Marcelo Barbi. Jurisdição condicionada e acesso à justiça: considerações sobre a escalada de tutelas contra a Fazenda Pública. Artigo. 2016. **Revista de Processo.** Repro vol. 252, fev. 2016. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli

_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.252.15.PDF>. Acesso em 29 jul. 2021.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaios sobre a processualidade: Fundamentos para uma teoria geral do processo**. Brasília: Editora Gazeta Jurídica, 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

LUISO, Francesco Paolo. **Diritto processuale civile. Principi Generale.** 7. ed. vol. 1. Milano: Giuffrè, 2013.

MALLET, Estevão. Primeiras linhas sobre as Comissões de Conciliação. Artigo. 2000. **Revista LTr**. vol. 64, n. 4, abr. 2000. São Paulo: Editora LTr, 2000.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à Justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MEDEIROS, Orione Dantas; LIMA, Renato Moura de. Jurisdição Condicionada no Direito Brasileiro: uma análise da (in) constitucionalidade do § 1º, do art. 7º, da Lei nº 11.417/2006. Artigo. 2019. **Revista Estação Científica**. Centro Universitário Estácio Juiz de Fora. Juiz de Fora, n. 22, jul./dez. 2019. ISSN1809-046X. Disponível em: <https://portal.estacio.br/media/4681211/jurisdi%C3%A7%C3%A3o-condicionada-no-direito-brasileiro.pdf>. Acesso em: 03 ago. 2021.

MONTINEGRO, Monaliza. **O acesso à justiça depende da humanização dos profissionais do direito.** Disponível em: <http://www.justificando.com/2016/04/25/o-acesso-a-justica-depende-da-humanizacao-dos-profissionais-de-direito/#:~:text=A%20quarta%20onda%2C%20portanto%2C%20%C3%A9,busca%20de%20uma%20justi%C3%A7a%20efetiva>. Acesso em 02 ago. 2021.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal.** 13. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante.** 14. ed. São Paulo: Editora RT, 2014.

OLIVEIRA, Daniela Olímpio de. **Desjudicialização, acesso à justiça e teoria geral do processo.** 2 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2015.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da Justiça.** São Paulo: Cortez, 2007.

SEN, Amartya. **A ideia de Justiça** (versão Kindle)**.** Tradução: Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica (e)m crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11 ed. rev., atual. e ampl.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

TAMER, Mauricio Antonio. **O princípio da inafastabilidade da jurisdição no Direito Processual Brasileiro**. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2017.

WATANABE, Kazuo. **Modalidade de Mediação**. Série Cadernos do CEJ, 2022.