

UNIVERSIDADE FEDERAL DE OURO PRETO

Escola de Direito, Turismo e Museologia

Departamento de Direito

Tháisa Gomes Luiz

**A OBRIGATORIEDADE DA SESSÃO EXTRAJUDICIAL PRÉVIA COMO
CONDIÇÃO PARA O EXERCÍCIO DO DIREITO DE AÇÃO NOS LITÍGIOS
ENVOLVENDO DIREITOS PATRIMONIAIS DISPONÍVEIS**

Ouro Preto

2023

Tháisa Gomes Luiz

A obrigatoriedade da sessão extrajudicial prévia como condição para o exercício do direito de ação nos litígios envolvendo direitos patrimoniais disponíveis

Monografia apresentada ao curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Ouro Preto, como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Processual Civil

Orientador: Prof. Dr. Leonardo Silva Nunes

Ouro Preto

2023



FOLHA DE APROVAÇÃO

Tháisa Gomes Luiz

A Obrigatoriedade da Sessão Extrajudicial Prévia como Condição para o Exercício do Direito de Ação nos Litígios Envolvendo Direitos Patrimoniais Disponíveis

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal de Ouro Preto como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito

Aprovada em 31 de agosto de 2023.

Membros da banca

Prof. Dr. Leonardo Silva Nunes - Orientador(a) (Universidade Federal de Ouro Preto)
Prof. Dr. André de Abreu Costa - (Universidade Federal de Ouro Preto)
Mestranda Izabela Alexandre Marri Amado - (Universidade Federal de Ouro Preto)

O Prof. Dr. Leonardo Silva Nunes, orientador do trabalho, aprovou a versão final e autorizou seu depósito na Biblioteca Digital de Trabalhos de Conclusão de Curso da UFOP, em 27 de setembro de 2023.



Documento assinado eletronicamente por **Leonardo Silva Nunes, PROFESSOR DE MAGISTERIO SUPERIOR**, em 27/09/2023, às 13:43, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site http://sei.ufop.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **0595788** e o código CRC **E81F430D**.

RESUMO

O acesso à justiça faz-se de modos diversos, consensuais ou litigiosos. Entre os modos de acesso à justiça, encontra-se a jurisdição prestada pelo estado, à qual todo cidadão possui a prerrogativa de exercê-lo mediante o exercício da ação, um direito público, subjetivo, autônomo, abstrato e condicionado à demonstração dos requisitos estabelecidos pelo CPC/2015, quais sejam: a legitimidade das partes e o interesse de agir. A pesquisa realizada objetivou delimitar o conceito de interesse de agir e investigar propostas tendentes a condicionar o exercício do direito de ação à prévia demonstração, pelo autor, da tentativa de resolução extrajudicial de conflito antes de o submeter à apreciação pelo Poder Judiciário. Além das questões concernentes à constitucionalidade e legalidade, a hipótese que se pretende analisar é a de que, se concretizada a proposta, tal redundaria na reconfiguração e ampliação das condições da ação, impondo possível limitação ao acesso à justiça.

Palavras-chave: Processo civil; Condições da ação; Interesse de agir; Resolução extrajudicial de conflito; Pretensão resistida.

ABSTRACT

Access to justice takes place in different ways, consensual or litigious. Among the modes of access to justice, there is the jurisdiction provided by the state, which every citizen has the prerogative to exercise through the exercise of action, a public, subjective, autonomous, abstract right and conditioned to the demonstration of the established requirements by CPC/2015, namely: the legitimacy of the parties and the interest in acting. The research carried out aimed to delimit the concept of interest to act and investigate proposals tending to condition the exercise of the right of action to the previous demonstration, by the author, of the attempt of extrajudicial resolution of conflict before submitting it to the appreciation by the Judiciary. In addition to questions concerning constitutionality and legality, the hypothesis that is intended to be analyzed is that, if the proposal is implemented, this would result in the reconfiguration and expansion of the conditions of action, imposing a possible limitation on access to justice.

Keywords: Civil procedure; Action conditions; Interest to act; Extrajudicial conflict resolution; Resisted Claim.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	5
2 DIREITO DE AÇÃO: BREVES CONSIDERAÇÕES.....	8
2.1 Teorias Imanentistas.....	9
2.2 Teorias Autonomistas.....	10
2.3 As condições da ação no CPC/2015.....	16
2.3.1 O Interesse de Agir.....	18
3 INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO E ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA: ACESSO À JUSTIÇA X ACESSO À JURISDIÇÃO.....	20
3.1 Equivalentes jurisdicionais de solução de conflitos: acesso, eficiência e adequação.....	25
4 A PRETENSÃO RESISTIDA: DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO À FILTRAGEM DE DEMANDAS.....	28
4.1 Pretensão resistida e iniciativas legislativas.....	32
4.1.1 O PL 533/2019.....	32
4.1.2 O PL 3813/2020.....	33
4.2 Outras Iniciativas.....	36
4.3 Tendências jurisprudências: uma análise a partir dos posicionamentos do Tribunal de Justiça de Minas Gerais e do Supremo Tribunal Federal.....	40
4.3.1 Tema 91, TJMG.....	40
4.3.2 Necessidade de prévio requerimento administrativo: recurso extraordinário n. 631.240-MG.....	42
4.4 Legalidade, (in)constitucionalidade e adequação da pretensão resistida.....	44
5 CONCLUSÃO.....	47
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	48

1 INTRODUÇÃO

O direito à ação, garantia constitucional (Constituição Federal de 1988, art. 5º, XXXV), trata-se de um direito público e subjetivo. Nesse sentido, tal instituto garante a todo e qualquer cidadão a prerrogativa de recorrer ao Estado para a proteção de seus direitos e interesses. Trata-se, pois, de um dos pilares mais importantes do sistema jurídico moderno. Não obstante, dada a sua relevância, a Constituição Federal o elenca como garantia fundamental e promove meios para sua efetivação, tais quais, a assistência jurídica gratuita, prevista no art. 5º, LXXIV¹.

Deflagrado o processo mediante o exercício do direito de ação, surge para o Estado o dever de prestar a jurisdição. Nesse contexto, diz-se que a ação é um direito que corresponde, diametralmente, ao dever do Estado de prestar jurisdição. Jurisdição que, por sua vez, é prestada dentro e através do processo, ou seja, do conjunto de atos que sucedem com o objetivo de obter-se a resposta estatal. Desse modo, as percepções de processo e jurisdição induzem à ação que substitui a solução privada e resolve conflitos intersubjetivos².

O CPC/2015, *in verbis*, lista as condições da ação em seu art. 17: “*Para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade*”³. Trata-se, pois, de requisitos que o autor deve preencher para postular em juízo. Nesse sentido, independente do resultado que a parte possivelmente possa obter, deve sujeitar-se ao preenchimento de tais. Não obstante a inegável importância do direito à ação, há iniciativas que visam instituir espécies de ‘quebra-molas’ ao exercício desse direito fundamental.

A pesquisa realizada por este estudo cinge-se à denominada pretensão resistida, que reverbera sobre o interesse de agir. A pretensão resistida pode ser compreendida como a necessidade de comprovação, por parte do demandante, da resistência do réu em satisfazer o direito material antes da propositura da ação judicial. Nessa conjuntura, surgiram os projetos

¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 de maio de 2023.

² FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. 1084 p. ISBN 978-65-5964-546-6.

³ BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. [S. l.], 16 mar. 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 26 maio 2023.

de Lei 533/2019⁴ e 3813/2020⁵, que tramitam atualmente no Congresso Nacional, além de atos normativos de iniciativa dos tribunais e magistrados.

Insta analisar a adequação, razoabilidade e (in)constitucionalidade de tais medidas sob o aspecto formal e material. Materialmente, a imposição pode apresentar-se inconstitucional na medida em que projeta seus reflexos sobre direitos e garantias fundamentais. Formalmente, é preciso analisar a iniciativa dos atos normativos uma vez que é de competência da União legislar sobre Direito Processual (art. 22, I, Constituição Federal)⁶. Para além, o estudo pretende analisar as possíveis implicações da proposta, a considerar a imposição de tais medidas sob os consumidores, parcela da sociedade que tem, constantemente, direitos e garantias violadas essencialmente sob a ótica da hipervulnerabilidade do consumidor.

Nesse viés, o direito à ação, trata-se, indubitavelmente, de um dos meios para a efetivação do acesso à justiça e a ordem jurídica justa. Não obstante, afirma-se ainda que há atualmente, com a justiça multiportas, outros meios adequados de solução de conflitos, tais quais, a mediação, a conciliação e a arbitragem, fomentados inclusive pelo regime processual civil em vigor (art.3º, §3º, CPC)⁷.

A própria definição dos meios alternativos – ou adequados – de solução de conflitos os caracterizam. Isto é, na medida em que representam meios voluntários, autocompositivos e cooperativos de solução de conflitos, há atributos primordiais para a sua existência e, conseqüentemente, o seu êxito, tais quais, a livre opção das partes para a sua adoção, a autonomia da vontade de participarem de tais meios e a predisposição a negociar, mediar ou conciliar.

Desse modo, é preciso analisar a adequação das iniciativas que visam instituir a chamada pretensão resistida, por risco de descaracterizar os métodos autocompositivos⁸ de

⁴ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de n. 533, de 06 de fevereiro de 2019*. Acrescenta o parágrafo único ao artigo 17 e §3º no artigo 491, ambos do Código de Processo Civil. Brasília: Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/>. Acesso em: 29 mar. 2023.

⁵ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 3.813, de 15 de julho de 2020*. Dispõe sobre a obrigatoriedade, nos litígios entre particulares que tenham por objeto direitos patrimoniais disponíveis, de realização de sessão extrajudicial de autocomposição prévia à propositura de ação judicial, estabelecendo normas para tanto. Brasília: Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2257795>. Acesso em: 29 de mar. 2023.

⁶ Constituição Federal, Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho.

⁷ CPC, Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. (...) § 3º 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.

⁸ TARTUCE, Fernanda. Mediação de Conflitos: Proposta de Emenda Constitucional e Tentativas Consensuais Prévias à Jurisdição /Fernanda Tartuce. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*/Ed. 82 - Jan/Fev 2018, p. 5 – 21.

solução de litígios e, desse modo, minimizar, ou quiçá, anular a sua possibilidade de êxito para a correta e justa solução dos conflitos intersubjetivos. Em razão da evidente sobrecarga do Poder Judiciário há, atualmente, um incentivo premente à desjudicialização do conflito.

Em que pese a inegável relevância dos métodos autocompositivos, é preciso analisar até que ponto o condicionamento da ação à sua realização seria razoável e adequado, nos casos envolvendo, por exemplo, relações consumeristas. O estudo realizará, primordialmente, breves considerações acerca do direito de ação, a fim de traçar seu desenvolvimento, características e impacto sob a ordem jurídica moderna. Neste ponto, analisa-se, ainda, as condições da ação no CPC/2015, bem como os aspectos concernentes ao interesse de agir. Nesse ponto, analisar-se-á o princípio do acesso à justiça e suas previsões legais no ordenamento jurídico brasileiro atual, mais especificamente no Código de Processo Civil, no Código de Defesa do Consumidor e na Constituição Federal.

Encorpa-se, posteriormente, uma reflexão acerca dos equivalentes jurisdicionais. Passa-se, então, a analisar os aspectos relacionados às plataformas on-line de solução de litígios, bem como a prévia realização da tentativa de autocomposição. Em outro plano, insta analisar e mapear as principais iniciativas legislativas e tendências jurisprudências, com enfoque no Tribunal de Justiça de Minas Gerais e no Supremo Tribunal Federal, que versam sobre a configuração do interesse de agir. Por fim, o estudo analisa a pretensão resistida sob o espectro da (in)constitucionalidade formal e material dos atos que visam instituí-la.

A relevância da pesquisa reside na iminência de instrumentos jurídicos que visam, de certo modo, instituir percalços ao exercício do direito de ação e ao acesso à justiça. O trabalho justifica-se, vez que se propõe a analisar os indicadores e os limites da restrição ao direito de ação, considerando-o como um dos principais meios de acesso à justiça no ordenamento jurídico pátrio.

Por fim, o estudo tem abordagem teórico-dogmática, jurídico-exploratória e, eventualmente, jurídico-descritiva, na medida em que será designado esforço na compreensão da pretensão resistida e das possíveis implicações da sua instituição, para análise da (in)constitucionalidade da imposição e dos seus reflexos. Pretende-se ainda alcançar um rol dos atos normativos e iniciativas legislativas do instituto em comento. A vertente teórico-dogmática é prevalente no decorrer da pesquisa, eis que há a sua adoção para a revisão do direito à ação, do acesso à justiça no ordenamento jurídico, bem como da pretensão resistida e das consequências práticas da sua aplicação.

2 DIREITO DE AÇÃO: BREVES CONSIDERAÇÕES

Vedada a autotutela, ou seja, a possibilidade de os indivíduos fazerem justiça pelas próprias mãos, surge para o Estado o dever de garantir a tutela jurídica dos direitos subjetivos e, ainda, a necessidade de prestar a jurisdição sempre que regularmente solicitado. O direito de ação é caracterizado por uma bilateralidade, ao passo que o autor tem a prerrogativa de exercê-lo de forma autônoma e abstrata, o réu poderá opor-se à pretensão.⁹ Esse aspecto bidimensional é claro no CPC, que veda a desistência da ação pelo autor sem o consentimento do réu, se já realizada a contestação (art. 485, §4º, CPC)¹⁰.

Modernamente, o direito de ação assumiu condição de direito fundamental previsto na Constituição Federal (art. 5º, XXXV CF)¹¹. Desse modo, mais do que o direito à sentença de mérito, a ação é o direito à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva mediante processo justo¹². Na perspectiva constitucional, a ação há de ser vista a partir da sua função e não através de um conceitualismo estático. Dessa forma, justifica-se ver no direito de ação um direito fundamental assegurado a todos de obter do Estado a efetiva tutela que viabilize a adequada proteção contra lesão ou ameaça à esfera jurídica¹³.

A constitucionalização do direito de ação tem como consequência premente a valorização da figura da jurisdição. Nesse ponto, a ação deve ser vista a partir de uma perspectiva viabilizadora da efetividade da tutela. O centro do estudo do processo civil contemporâneo não deve focalizar, portanto, no direito de ação abstratamente considerado, mas na preponderância da jurisdição como função essencial do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, o acesso à jurisdição não é caracterizado a partir de um aspecto puramente formal, mas, sim, um conteúdo qualificado, através do qual, respaldada na norma

⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento, Procedimento Comum*. 63. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. 1004 p. v. 1. ISBN 978-65-596-4211-3. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/>. Acesso em: 29 jun. 2023, p. 185.

¹⁰ CPC, Art. 485 O juiz não resolverá o mérito quando: (...) § 4º Oferecida a contestação, o autor não poderá, sem o consentimento do réu, desistir da ação.

¹¹ CF, Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

¹² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil-teoria do processo civil*. São Paulo: RT, 2015, v. I, n. 4.1, p. 248.

¹³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento, Procedimento Comum*. 63. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. 1004 p. v. 1. ISBN 978-65-596-4211-3. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/>. Acesso em: 29 jun. 2023, p. 138.

constitucional, a parte deixa de buscar os meios e passa a vislumbrar a garantia de um resultado¹⁴.

2.1 Teorias Imanentistas

Sob a ótica da Teoria Clássica Civilista ou Imanentista, o direito de ação tinha estreita associação ao direito material. O art. 75 do Código Civil de 1916 estabelecia que para cada direito correspondia-se uma respectiva ação capaz de o assegurar. Nesse sentido, a ação era vista como um aspecto do direito substancial. Considerando a inexistência de autonomia, o direito de ação se confundia e entrelaçava com o direito material, pertencendo ao mesmo corpo do direito material. Até o século XIX não havia que se falar na possibilidade de a ação e o direito material ocuparem polos distintos¹⁵.

Nesse sentido, duas acepções vigoravam entre os doutrinadores: a de que o direito de ação era uma das faces do direito material violado e que se encontrava em estado de reação, e a de que se tratava de um direito novo, derivado da violação do direito material. A concepção através da qual se compreendia a ação como um direito novo entendia que se tratava de um direito que, nascendo da violação material, deveria ser exercido contra o violador e, desse modo, distanciava-se demasiadamente da autonomia do direito de ação¹⁶.

Nesse viés, a ação era algo estritamente relacionado ao direito material e carecia de independência contra este, vez que era vista como um aspecto do direito subjetivo ou decorria, necessariamente, de uma lesão a esse direito¹⁷. De todo modo, extraia-se três concepções: “não há ação sem direito; não há direito sem ação, a ação segue a natureza do direito”¹⁸.

Críticas contundentes foram elaboradas em relação às teorias immanentistas. A teoria immanentista é insuficiente para explicar, por exemplo, as ações infundadas e as ações meramente declaratórias¹⁹. Nessas ações, ao julgar improcedente o pedido formulado, o juiz

¹⁴ *Ibidem*, p. 141.

¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. 3ª ed. em e-book, São Paulo: RT, v. 1, 2017, p. 159.

¹⁶ OLIVEIRA FILHO, Silas Dias de. *Interesse processual e acesso à ordem jurídica justa: a efetiva necessidade do processo judicial como filtro válido de demandas*. 2021. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022. doi:10.11606/T.2.2022.tde-11102022-100907. Acesso em: 2023-07-05, p. 18.

¹⁷ *Ibidem*, p. 19.

¹⁸ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 31ª ed., rev. e ampl., São Paulo: Malheiros, 2015, p. 285-286.

¹⁹ OLIVEIRA FILHO, Silas Dias de. *Interesse processual e acesso à ordem jurídica justa: a efetiva necessidade do processo judicial como filtro válido de demandas*. 2021. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022. doi:10.11606/T.2.2022.tde-11102022-100907. Acesso em: 2023-07-05, p. 19.

afirma inexistir o direito material pleiteado pela parte autora²⁰. Desse modo, tais ações revelam a incapacidade da teoria imanentista, vez que, embora inexista o direito material, houve efetivo exercício do direito de ação.

Apenas em meados do século XIX ocorre episódio que contribui para a construção de uma concepção que passa a visualizar o direito de ação como um direito autônomo, incorrendo para a evolução da compreensão de tal fenômeno processual. Nesse sentido, Windscheid e Muther, na Alemanha, foram protagonistas na mudança de tal arcabouço interpretativo, cujo debate viabilizou a distinção entre o direito subjetivo lesado e a ação. Windscheid concluiu que a pretensão equivalia à *actio* e a determinou como um instituto jurídico substancial, diverso do direito subjetivo material. Muther, por sua vez, sustentou a concepção de um direito de agir contra o Estado e a existência de dois direitos sendo o direito privado pressuposto do direito contra o Estado, direitos que coexistem, ainda que o segundo seja para proteger o primeiro²¹.

O ponto substancial do embate firmado entre tais autores foi permitir a visualização de que o direito material e o direito de ação se encontravam em planos distintos, debate até então inexistente na doutrina. Essa nova ótica viabilizou campo para que outras compreensões a respeito do direito de ação fossem forjadas²².

2.2 Teorias Autonomistas

A distinção entre o direito material sobre o qual se busca a tutela e o direito de obter do Estado a tutela jurisdicional serviu como arcabouço para o reconhecimento do direito de ação, representando marco significativo para o direito processual. Nesse sentido, apontam-se duas correntes que visam explicar a natureza jurídica do direito de ação: (i) teoria do direito concreto à tutela jurídica; (ii) teoria do direito abstrato de agir²³.

A concepção concretista sobre o direito de ação surge a partir das ideias de Wach. Ao considerar a ação declaratória negativa como uma demonstração da autonomia do direito de ação, o processualista apresentou uma concepção que abrangia aspectos de direito processual

²⁰ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 31ª ed., rev. e ampl., São Paulo: Malheiros, 2015, p. 289.

²¹ OLIVEIRA FILHO, Silas Dias de. *Interesse processual e acesso à ordem jurídica justa: a efetiva necessidade do processo judicial como filtro válido de demandas*. 2021. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022. doi:10.11606/T.2.2022.tde-11102022-100907. Acesso em: 2023-07-05, p. 19.

²² *Ibidem*, p.20.

²³ *Ibidem*, p. 20.

e direito substancial²⁴. Nesse sentido, a ação declaratória, ao contrário de objetivar a realização do direito subjetivo, tinha a pretensão de obter a declaração de inexistência de uma determinada relação jurídica. Desse modo, se há a possibilidade do autor propor uma ação para declarar a inexistência de uma relação jurídica, a ação não possui como pressuposto um direito material insatisfeito²⁵.

A análise sobre a ação declaratória permitiu que o processualista alemão concluísse que o direito material não se trata de um pressuposto necessário do direito à tutela jurídica. Entretanto, a tutela jurisdicional apenas seria satisfeita se houvesse, concretamente, sentença favorável ao autor. Disso se extrai que a ação, embora autônoma, teria sua existência condicionada à presença concreta do direito material, sendo, desse modo, um direito público, subjetivo, autônomo e concreto²⁶.

Em fevereiro de 1903, Chiovenda apresentou sua concepção sobre o direito de ação. Em que pese tenha elogiado a construção de Wach sobre o direito de ação, evidenciou a sua insuficiência em demonstrar que a ação seria exercida contra o Estado²⁷.

Conforme entendimento do processualista italiano, o direito de ação seria caracterizado como um direito potestativo e autônomo em relação ao direito material. Nesse sentido, a ação seria um poder em face do adversário e não contra ele. Afasta-se, portanto, a ideia de que o direito de ação teria como conteúdo uma obrigação correlata. Nessa concepção, a ação seria um poder capaz de sujeitar o adversário, um poder em face dele²⁸. Desse modo, tal direito não seria exigível em face do Estado, o descaracterizando como um direito subjetivo de natureza pública.

Nesse sentido, a ação ensejaria a atuação da lei, provocando um efeito jurídico em face do adversário, efeitos estes que seriam derivados da sentença de procedência que faz atuar a lei. Dessa forma, a construção chiovendiana revela que o autor somente é investido da ação quando sua demanda é acolhida²⁹.

²⁴ *Ibidem*, p. 20-21.

²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: Teoria do Processo Civil*. 3ª ed. em e-book, São Paulo: RT, v. 1, 2017, p. 167.

²⁶ OLIVEIRA FILHO, Silas Dias de. *Interesse processual e acesso à ordem jurídica justa: a efetiva necessidade do processo judicial como filtro válido de demandas*. 2021. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022. doi:10.11606/T.2.2022.tde-11102022-100907. Acesso em: 2023-07-05, p. 19.

²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. 3ª ed. em e-book, São Paulo: RT, v. 1, 2017, p. 167.

²⁸ *Ibidem*, p.168.

²⁹ *Ibidem*, p.168.

Entretanto, a teoria concretista não fornece substrato suficiente para explicar, por exemplo, o fenômeno processual de julgamento de improcedência da demanda e acolhimento injusto da pretensão infundada. Em ambas as situações, apesar da extensa prática de atos processuais, ensejando o provimento final, não haveria direito de ação, uma vez que, sob a ótica do direito material, o demandante não possuiria razão³⁰.

A teoria abstratista tem raízes identificáveis em 1877 na Alemanha (Degenkolb) e na Hungria (Plósz). O direito de ação não estaria subordinado à existência de um direito material deduzido em juízo³¹. A partir dessa ótica, a ação seria o direito de obter a tutela jurisdicional capaz de definir se o demandante tem ou não razão. Afasta-se, portanto, o conceito de ação da concepção de procedência do pedido ou da efetiva existência do direito subjetivo que se almeja³².

Nesse sentido, para a configuração do direito de ação, bastaria que o autor descrevesse sua pretensão, de modo a indicar a proteção jurídica a que faz jus, sendo irrelevante para a configuração do direito de ação o conteúdo da futura sentença de mérito³³. O direito de ação gera para o estado um dever de prestar a jurisdição, estando efetivado o seu exercício independente do acolhimento ou não do pedido formulado pelo autor. Desse modo, ainda que desfavorável a decisão para o demandante, configurou-se o direito de ação. Processualistas importantes foram adeptos à essa concepção, dentre os quais, cita-se: Rocco, Carnelutti e Couture³⁴.

Neste ponto, insta destacar as ideias de Couture sobre a concepção abstratista do direito de ação. O processualista estabelece uma relação entre o direito de ação e o direito de petição, sendo o primeiro uma forma ou espécie do segundo³⁵. De acordo com Couture, o direito de ação permite ao indivíduo o acesso à justiça e impõe ao Estado o dever de prestar a tutela jurisdicional. Dessa forma, trata-se de uma garantia individual em face do Estado³⁶.

³⁰ *Ibidem*, p. 22.

³¹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 31ª ed., rev. e ampl., São Paulo: Malheiros, 2015, p. 287

³² OLIVEIRA FILHO, Silas Dias de. *Interesse processual e acesso à ordem jurídica justa: a efetiva necessidade do processo judicial como filtro válido de demandas*. 2021. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022. doi:10.11606/T.2.2022.tde-11102022-100907. Acesso em: 2023-07-05, p. 23.

³³ *Ibidem*, p. 23.

³⁴ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 31ª ed., rev. e ampl., São Paulo: Malheiros, 2015, p. 288.

³⁵ OLIVEIRA FILHO, Silas Dias de. *Interesse processual e acesso à ordem jurídica justa: a efetiva necessidade do processo judicial como filtro válido de demandas*. 2021. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022. doi:10.11606/T.2.2022.tde-11102022-100907. Acesso em: 2023-07-05, p. 23.

³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. 3ª ed. em e-book, São Paulo: RT, v. 1, 2017, p. 170.

Entretanto, a concepção abstratista falha ao não estabelecer uma correlação entre o direito material invocado e a sentença do juiz, ou seja, inexistente qualquer nexo de instrumentalidade entre a ação e o direito material. Mostra-se inadequado considerar a ação como um direito absolutamente genérico, sem qualquer relação instrumental com o direito subjetivo que se pleiteia, porquanto a ação deve estar direcionada à obtenção do resultado efetivo para a tutela jurisdicional, não sendo razoável ignorar a coordenação entre processo e direito material³⁷.

Em 1949, Liebman traça sua teoria sobre o direito de ação e considera, assim como Couture, a existência de um direito constitucional capaz de garantir a prerrogativa de levar pretensões ao Poder Judiciário. Para o autor, as condições da ação são requisitos da sua existência. Inicialmente, listava a legitimidade para agir, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido. Em um segundo momento, foram reduzidas à legitimidade para agir e interesse. Desse modo, ausentes as condições, haverá a carência de ação³⁸.

Com sua construção, o autor não chegou a associar-se aos que entendiam que a ação dependia do efetivo reconhecimento do direito material e tampouco daqueles que sustentavam a ideia de que a ação é um direito de agir totalmente abstrato. Tomou uma posição que encaixava-se no meio do caminho ao considerar que a ação não precisava, necessariamente, de uma sentença favorável, mas que era indispensável a presença das condições da ação³⁹.

Em que pese a base da teoria de Liebman seja abstratista, há o diferencial ao propor a lógica jurídica das condições da ação, cuja presença era indispensável para obter-se a sentença de mérito. Desse modo, percebe-se uma restrição à abstração: o direito de ação é vinculado a determinada situação fática que se relaciona ao direito subjetivo.

Por posicionar-se desse modo, afirma-se eclética a teoria de Liebman. A construção foi criticada essencialmente no que diz respeito às consequências da “carência de ação”⁴⁰. Na visão liebmaniana, somente haveria ação se fosse proferida decisão final de mérito, ou seja, se presente as condições da ação, entendimento que dificultava a definição da natureza jurídica dos atos praticados pelo juiz até a prolação da sentença. Oposição que tornava significativa,

³⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Pressupostos processuais e condições da ação*. In: *Justitia*, n. 53, p. 48-66, São Paulo, out./dez. 199, p. 53. 66

³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. 3ª ed. em e-book, São Paulo: RT, v. 1, 2017, p. 171.

³⁹ *Ibidem*, p. 172.

⁴⁰ OLIVEIRA FILHO, Silas Dias de. *Interesse processual e acesso à ordem jurídica justa: a efetiva necessidade do processo judicial como filtro válido de demandas*. 2021. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022. doi:10.11606/T.2.2022.tde-11102022-100907. Acesso em: 2023-07-05, p. 28.

ainda, quando a carência fosse identificada após a instrução probatória, momento em que o processo encontra-se em grau elevado de desenvolvimento⁴¹.

Adaptações foram feitas na teoria para que houvesse adequação com as críticas e insuficiências apontadas. Apresentou-se uma construção a partir da qual em face da sentença terminativa o autor havia exercido o direito de ação, mas de forma ilegítima ou irregular⁴².

Humberto Theodoro Júnior assevera, entretanto, que a concretude ou abstração do direito de ação, que no passado desempenhou papel relevante na dogmática e evolução do direito de ação, hoje ocupa papel secundário dentro da função constitucional atribuída à jurisdição. Desse modo, sem negar a contribuição relevante da teoria processual do direito de ação como algo distinto do direito subjetivo disputado no âmbito do processo judicial, o processualista enfatiza que, na sistemática constitucional, restabelece-se a visão romanística de que a todo direito corresponde uma ação que o assegura⁴³.

Nesse sentido, no plano processual, a autonomia do direito de ação perdeu relevância dogmática, conforme defendido por Comoglio: “os únicos problemas que no processo mantêm uma relevância fundamental são os relativos à *efetividade* e à *maleabilidade variável das formas de tutela* (ou, se se prefere, dos tipos de remédios jurisdicionais), que podem ser deferidos, a pedido, pelo juiz provocado”⁴⁴. Desse modo, dada a posição de garantia constitucional a que se atribui o direito de ação que, por sua vez, representa um mecanismo de efetiva proteção de direitos subjetivos substanciais, há uma íntima aproximação entre direito e processo⁴⁵.

Nesse prisma, seria possível divisar mais de um contexto para o direito de ação. Em uma primeira acepção, a ação processual se trata de um direito público, subjetivo e imediato contra o Estado, ou seja, uma pretensão à prestação jurisdicional. Em segundo plano, a ação material é vista como um mecanismo ou instrumento de realização do direito material, ou

⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. 3ª ed. em e-book, São Paulo: RT, v. 1, 2017, p. 171.

⁴² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Legitimação para agir. Indeferimento da petição inicial. In: *Temas de direito processual: primeira série*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1988, p. 199; v. tb. ARMELIN, Donald. *Legitimidade para agir no direito processual brasileiro*. São Paulo: RT, 1979, p. 33; FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Condições da ação: enfoque sobre o interesse de agir no processo civil brasileiro*. 1ª ed., 2ª tir., São Paulo: RT, 2000, p. 65.

⁴³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento, Procedimento Comum*. 63. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. 1004 p. v. 1. ISBN 978-65-596-4211-3. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/>. Acesso em: 29 jun. 2023, p. 140.

⁴⁴ COMOGLIO, Luigi Paolo. Note riepilogative su azione e forme di tutela nell’ottica della domanda giudiziale. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: CEDAM, 1993, p. 471 e 489 *apud* GRECO, Leonardo. *A teoria da ação no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 15, nota 18. Cf., anche COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. 4. ed. Bologna: Il Molino, 2006, v. I, p. 235.

⁴⁵ *Ibidem*, p.139.

seja, como meio de sujeição através do poder de coerção do Estado. Há, desse modo, duas realidades jurídicas distintas: o direito à prestação jurisdicional e o direito à tutela jurisdicional, o último é exercido em concreto, por meio da ação processual. Conclui-se, dessa forma, que a parte sempre terá a ação processual que é autônoma e abstrata, mas nem sempre terá a ação material que é concreta⁴⁶.

Desse modo, a ação processual é tida como uma pretensão abstrata à tutela jurídica, porquanto podendo ser exercida por quem não detém o direito material de ação, não funcionará como meio para efetivação da tutela pretendida. Nesse sentido, o direito processual de ação está destinado a proporcionar a tutela jurisdicional, quando exercido de modo procedente⁴⁷.

Para tanto, é preciso que o aparelhamento dos instrumentos procedimentais viabilizem a garantia do direito subjetivo, caso seja reconhecida a procedência da demanda. E é especificamente ao referir-se à moderna perspectiva do direito constitucional de acesso à justiça que o autor assevera a necessidade primordial de adequação dos instrumentos utilizados pela jurisdição para efetividade da proteção dos direitos materiais envolvidos nos litígios. Nesse sentido, é salutar que a doutrina atual respalde a sua construção sobre o direito de ação em torno da instrumentalidade e efetividade dos remédios processuais⁴⁸.

Entretanto, o alcance e até mesmo a existência das condições da ação fica condicionada à concepção a ser adotada em torno do direito de ação. Isso porque, no imanentismo, considerando que a ação é um dos elementos do direito subjetivo, sequer poderia-se falar em condições próprias, eis que carente de autonomia. A discussão apenas se torna viável a partir do concretismo e a sedimentação da ideia de que a demanda não se confunde com a relação jurídica material à qual ela pretende tutelar⁴⁹.

A partir das ideias de Wach de que haveria a existência de uma pretensão à tutela se pode falar da necessidade de uma investigar o interesse legítimo da parte à proteção judicial, ainda que não fosse catalogado como uma condição de admissibilidade ou pressuposto processual. Chiovenda, avançando, tratou das condições gerais de uma sentença de acolhimento da demanda. Em um outro contexto, a teoria eclética apresentou as condições da ação como requisitos de existência desse direito. Inicialmente categorizados através da

⁴⁶ *Ibidem*, p.139-140.

⁴⁷ *Ibidem*, p.140.

⁴⁸ *Ibidem*, p.140.

⁴⁹ PONTES, Daniel. *Mutações no interesse de agir à luz do direito processual civil brasileiro contemporâneo*. 2019. 164 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019, p. 25.26.

legitimidade, o interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido e, em momento posterior, apenas aos dois elementos apontados⁵⁰.

O CPC/1973 adotou expressamente as condições da ação proposta por Liebman. Desse modo, poder-se-ia afirmar a prevalência da concepção eclética no ordenamento jurídico brasileiro⁵¹. O legislador de 2015, entretanto, foi menos explícito ao dispor sobre os marcos teóricos adotados, emergindo a possibilidade de questionar a subsistência das condições da ação no sistema processual civil brasileiro e a consequente compatibilidade da categoria com o acesso à ordem jurídica justa⁵². Fredie Didier Jr., p.ex., sugere a abolição da categoria *condições da ação* do regime processual civil brasileiro com a vigência do CPC/2015.

2.3 As condições da ação no CPC/2015

Conforme sistemática estabelecida pelo Código de Processo Civil, há duas condições da ação: o interesse e a legitimidade. Trata-se, pois, de condições de procedibilidade em juízo⁵³. Desse modo, para que o magistrado possa aferir a quem cabe a razão, é preciso que, antes, se estabeleça a análise de questões preliminares. Tais questões se referem ao próprio exercício do direito de ação – condições da ação – e à regularidade da relação jurídica, ou seja, dos pressupostos processuais.

As condições da ação são matérias de ordem pública, de modo que o juiz está autorizado a pronunciar sobre elas *ex officio*, ou seja, independente de provocação da parte. Podem, ainda, ser arguidas em preliminar de contestação (art. 337, IX, CPC)⁵⁴ ou a qualquer momento e grau de jurisdição, vez que não estão sujeitas à preclusão (art. 485, IV e §3º, CPC)⁵⁵.

As condições da ação representam espécie de filtro capaz de obstar o processamento de demandas inviáveis, isto é, aquelas que não necessitam de intervenção do Estado ou que, em que pese a necessidade, há a inadequação da via escolhida. Não atendidos os pressupostos legais estabelecidos pelo CPC, não há que se dizer em viabilidade do processo desenvolver-se

⁵⁰ *Ibidem*, p. 26.

⁵¹ OLIVEIRA FILHO, Silas Dias de. *Interesse processual e acesso à ordem jurídica justa: a efetiva necessidade do processo judicial como filtro válido de demandas*. 2021. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022. doi:10.11606/T.2.2022.tde-11102022-100907. Acesso em: 2023-07-05, p. 33.

⁵² *Ibidem*, p. 34.

⁵³ FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. 1084 p. ISBN 978-65-5964-546-6.

⁵⁴ Art. 337. Incumbe ao réu, antes de discutir o mérito, alegar: (...) IX - incapacidade da parte, defeito de representação ou falta de autorização.

⁵⁵ Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando: (...) § 3º O juiz conhecerá de ofício da matéria constante dos incisos IV, V, VI e IX, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não ocorrer o trânsito em julgado.

regularmente, de modo que ausente as condições da ação, o processo não funcionará como instrumento hábil e capaz à composição do conflito ou ao julgamento do mérito⁵⁶.

Desse modo, em que pese o caráter abstrato da ação, essa não se trata de um instrumento genérico, é preciso que, para obter a tutela jurisdicional, o autor demonstre a pretensão idônea. Refere-se, nesse sentido, a uma etapa intermediária entre o acesso à jurisdição e o provimento judicial, inobservados os pressupostos, ocorrerá a extinção prematura do processo sem a resolução do mérito (art. 485, IV, CPC)⁵⁷.

Não é pacífico na doutrina a natureza jurídica das condições da ação. Há correntes que as associam ao próprio mérito da causa e correntes que as colocam numa situação intermediária entre os pressupostos processuais e o mérito da causa. O CPC/2015 optou pela teoria do trinômio ao acolher de forma implícita as três características fundamentais do processo moderno, quais sejam: pressupostos processuais, condições da ação e mérito da causa⁵⁸.

Na concepção de Humberto Theodoro Júnior, a escolha do legislador brasileiro parece ter sido a mais acertada, pois a doutrina dominante opta pelo ‘trinômio’⁵⁹. Nas palavras de Ada Pellegrini Grinover:

O fenômeno da carência de ação nada tem a ver com a existência do direito subjetivo afirmado pelo autor, nem com a possível inexistência dos requisitos, ou pressupostos, da constituição da relação processual válida. É situação que diz respeito apenas ao exercício do direito de ação e que pressupõe a autonomia desse direito.⁶⁰

Nesse sentido, cabe ao juiz, antes de analisar o mérito, verificar se a relação processual instaurada se desenvolveu de forma regular, isto é, se estão presentes os pressupostos processuais e se o direito de ação pode ser validamente exercido, ou seja, se estão presentes as condições da ação. Disso extrai-se que tanto os pressupostos processuais quanto às condições

⁵⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento, Procedimento Comum*. 63. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. 1004 p. v. 1. ISBN 978-65-596-4211-3. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/>. Acesso em: 29 jun. 2023, p. 145.

⁵⁷ Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando: (...) IV - verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo.

⁵⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento, Procedimento Comum*. 63. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. 1004 p. v. 1. ISBN 978-65-596-4211-3. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/>. Acesso em: 29 jun. 2023, p. 145.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 145.

⁶⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. *As condições da ação penal*, 1977, n. 16, p. 29.

da ação são requisitos que se encontram em plano anterior à análise e julgamento do mérito pelo juiz. Desse modo, representam verdadeiras questões prejudiciais de natureza processual e, por tal característica, não se confundem com o mérito da causa, vez que se distanciam da justiça ou injustiça do pedido ou da existência ou não do direito material controverso⁶¹.

O CPC/2015 estabelece que a falta dos pressupostos ou das condições da ação ensejam a extinção do processo sem resolução do mérito. A ausência dos pressupostos resultará no impedimento da instauração da relação processual ou à nulidade do processo, ao passo que a ausência das condições da ação ensejará a extinção do processo válido, mas sem a resolução do mérito. A ausência do direito material pleiteado redundaria na improcedência do pedido, e não da ação, vez que esta, uma vez admitida, nunca poderá ser considerada improcedente, pois a sua existência não está condicionada à presença do próprio direito material disputado⁶².

Desse modo, ao abrir a sistematização do CPC há a presença de apenas duas condições para o exercício de ação: o interesse e a legitimidade das partes. O primeiro refere-se à utilidade e a necessidade do processo como instrumento apto à aplicação do direito objetivo no caso concreto. A segunda, por sua vez, trata-se da titularidade ativa e passiva da ação. Passa-se, desse modo, a analisar o interesse de agir, uma das condições da ação. A presente pesquisa se ocupará da análise apenas desta condição, visto que a pretensão resistida, aspecto analisado pelo estudo, reverbera especificamente sob tal.

2.3.1 O Interesse de Agir

O interesse processual ou interesse de agir⁶³ surge da demonstração da necessidade de obter por meio do processo judicial proteção estatal para tutela de direitos ofendidos. Nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco, "*o interesse de agir é o núcleo do direito de ação*"⁶⁴. Trata-se da relação que se estabelece entre um bem da vida e a satisfação que enseja em favor de um determinado sujeito. Nesse sentido, o autor da pretensão tem interesse de agir quando precisa da jurisdição para ter seu direito subjetivo tutelado, entretanto, como essa necessidade

⁶¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento, Procedimento Comum*. 63. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. 1004 p. v. 1. ISBN 978-65-596-4211-3. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/>. Acesso em: 29 jun. 2023, p. 145.

⁶² *Ibidem*, p.145.

⁶³ NELSON NERY JR. compreende que a expressão mais correta do ponto de vista técnico, é "interesse processual", vez que se refere estritamente ao fenômeno processual enquanto "interesse de agir" é eivado de falta técnica, podendo se referir a acontecimentos extraprocessuais (cr. *Condições da ação*. In: Revista de Processo, n. 64, São Paulo: RT, p. 33-38, out./dez. 1991). Neste trabalho, foram utilizadas as expressões interesse processuais e interesse de agir.

⁶⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria Geral do Novo Processo Civil*. 3ª ed. São Paulo. Malheiros, 2018. p. 117

diz respeito à proteção de uma determinada situação concreta, é preciso ainda que o modelo procedimental escolhido seja adequado para tanto⁶⁵.

Disso extrai-se a afirmação de Didier Jr. de que o interesse de agir deve ser examinado sob dois planos: necessidade e utilidade da tutela jurisdicional. Ainda, segundo o autor, é correto afirmar que o interesse de agir será analisado sempre concretamente, à luz do instrumento da demanda e da situação narrada. Desse modo, não há como se indagar em abstrato se há ou não interesse de agir: este sempre estará relacionado a uma demanda judicial determinada⁶⁶.

A configuração do interesse de agir pode, por vezes, ficar condicionada à prévia utilização de equivalentes jurisdicionais que tenham o condão de viabilizar a resolução do conflito, assegurado acesso à via judicial caso o estado de insatisfação em relação à pretensão remanesça⁶⁷. Nesse sentido, encontra-se a chamada pretensão resistida que reverbera sob o interesse de agir. De modo que o objetivo da utilização do interesse processual como filtro de demandas redireciona a parte ao meio extrajudicial existente e adequado para a solução do litígio.

Parcela da doutrina afirma que o interesse de agir deve ser analisado a partir de duas dimensões: a da necessidade e utilidade da tutela jurisdicional pleiteada. A dimensão do interesse-necessidade consiste na ótica através da qual o processo representa a última *ratio*. A dimensão do interesse-utilidade, por sua vez, visa evitar o excesso de atividade jurisdicional inútil⁶⁸. Há, por outro lado, uma outra concepção doutrinária que ao invés de analisar a utilidade considera o interesse-adequação que consiste na análise da conveniência do meio processual ao compará-lo com outros meios mais econômicos ou eficazes⁶⁹.

A partir da delimitação dos possíveis elementos do interesse de agir é possível refletir se, à luz desses substratos, a busca pelo direito subjetivo supostamente violado deve se iniciar ou encerrar na prestação jurisdicional. A necessidade de se buscar meios alternativos de solução de conflitos para configuração do interesse de agir é uma questão delicada que gera

⁶⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento, Procedimento Comum*. 63. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. 1004 p. v. 1. ISBN 978-65-596-4211-3. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/>. Acesso em: 29 jun. 2023, p. 175.

⁶⁶ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 17ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015, v. I. *Teoria Geral do Processo*. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

⁶⁷ PONTES, Daniel. *Mutações no interesse de agir à luz do direito processual civil brasileiro contemporâneo*. 2019. 164 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019., p. 83-84.

⁶⁸ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. 1º ed. Salvador. Editora JusPodivm, 2016.

⁶⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. II, 3 e.d., São Paulo: Malheiros, 2003.

discussões acerca da sua razoabilidade, essencialmente se pensada sob a ótica da inafastabilidade da jurisdição, garantia constitucionalmente assegurada.

3 INAFSTABILIDADE DA JURISDIÇÃO E ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA: ACESSO À JUSTIÇA X ACESSO À JURISDIÇÃO

Ao consagrar o princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV), a Constituição Federal abrange o acesso à ordem jurídica justa e às formas adequadas de solução de controvérsias, de tal modo que não refere-se apenas à via heterocompositiva, nem mesmo tão somente à via jurisdicional. A considerar a multiplicidade de características das partes, dos litígios e das matérias envolvidas, a via judicial pode não representar o meio mais adequado para a solução da controvérsia. É conveniente, pois, que a escolha do método de solução de conflitos não parta da irreflexão, mas que seja uma decisão pensada com vistas aos interesses e nuances que envolvem o conflito⁷⁰.

Os meios adequados de solução de conflitos entram neste contexto como uma série de métodos, diferentes do processo judicial, que partem da seguinte noção: os envolvidos na disputa, a partir da análise do caso, poderão escolher de forma consciente o procedimento mais adequado para garantir o sucesso na gestão do seu conflito e efetivação dos seus direitos. Nesse contexto, o processo judicial não é tido como o único procedimento de resolução de conflitos possível, nem como a única forma de se acessar à Justiça.

Dentre tais métodos, tem-se a arbitragem, a conciliação e a mediação, que, aliados ao processo judicial, compõem o chamado sistema de justiça multiportas. De acordo com as particularidades do conflito, é definida a melhor técnica a ser aplicada, levando sempre em consideração a vontade das partes. Ressalta-se que o art. 3º, §3º, CPC passou a incentivar os meios alternativos de solução de conflitos em todas as fases do processo judicial – e, sobretudo, antes mesmo da deflagração do processo judicial. O estímulo é relevante na medida em que contribui para a construção da cultura da paz, isto é, o abandono dos métodos adversariais e a adoção de práticas colaborativas na resolução de litígios. Além disso, por se caracterizarem pela flexibilidade e acessibilidade, são instrumentos de democratização do acesso à Justiça e efetivação de direitos humanos.

Em uma breve análise sobre os marcos regulatórios das resoluções consensuais de conflitos menciona-se primeiramente a Resolução 125/2010 do CNJ, que adotou uma concepção de acesso à justiça como garantia da ordem jurídica justa e foi responsável por

⁷⁰ THEODORO JÚNIOR, HUMBERTO. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento, Procedimento Comum*. 63. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. 1004 p. v. 1. ISBN 978-65-596-4211-3. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/>. Acesso em: 29 jun. 2023, p. 61.

criar a Política Judiciária de Tratamento de Conflitos. A Resolução reconheceu a mediação como instrumento de pacificação social e de prevenção de conflitos⁷¹.

O segundo marco que merece destaque é a Lei 13.105/2015, que instituiu o CPC em vigor. A Lei trata em diversos dispositivos acerca dos métodos de solução consensual de conflitos, especificamente a mediação e a conciliação. Logo em seu primeiro capítulo, que trata das normas fundamentais do processo civil, o art. 3º §3º, CPC estabelece que a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Por fim, tem-se como marco regulatório das resoluções consensuais de conflitos a Lei 13.140/2015, também conhecida como a Lei de Mediação, primeiro dispositivo legal a tratar da mediação de forma específica. A Lei não instituiu o método, visto que a mediação já era amplamente utilizada mesmo antes de sua vigência. Entretanto, a promulgação do dispositivo foi relevante para a garantia da segurança jurídica do procedimento. A previsão legal reforça disposições anteriormente consagradas pela Resolução 125/2010 do CNJ e pelo CPC, mas se diferencia ao trazer novos princípios e tratar as diferenças e especificidades entre a mediação judicial e extrajudicial.

Vale destacar que os marcos regulatórios representam importantes passos para a adoção e viabilização dos métodos autocompositivos ao mesmo tempo em que contribuem para o entendimento de um acesso à justiça plural.

A autocomposição passa a ser uma alternativa viável e promissora no contexto da solução de litígios, sempre que se tratar de direitos disponíveis. A autocomposição bilateral pode ser fruto de: (i) negociação, situação em que as partes buscam a solução do litígio sem a intervenção de um terceiro apto a ajudá-las nesse propósito; (ii) conciliação, em que há a presença de um terceiro capaz de conduzir e indicar soluções e a (iii) mediação, caracterizada pela presença do mediador, terceiro imparcial que auxilia na construção do diálogo entre as partes, sem indicar ou impor soluções⁷².

É condição da autocomposição que o objeto do litígio verse sobre direito que admita a transação, ou seja, que seja apto à disposição do seu titular, disponibilidade normalmente relacionada ao seu caráter patrimonial. É correto afirmar, ainda, que a solução construída

⁷¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução n. 125*, de 29 de novembro de 2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/bus-ca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em: 25 jul. de 2023.

⁷² SOUZA, André Pagani de *et al. Teoria Geral do Processo Contemporâneo*. 5. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Editora Atlas Ltda., 2021. 540 p. ISBN 978-65-59-77004-5. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/>. Acesso em: 21 jul. 2023.

pelas quando livremente optam pela realização de tal processo, podem possuir mais aceitabilidade e assertividade, provocando maior comprometimento e responsabilidade acerca do seu cumprimento. Desse modo, é natural que o CPC valorize a busca da autocomposição, o que o faz de várias formas, inclusive antecipando o primeiro momento para tentativa de acordo entre as partes⁷³.

Nesse sentido, assim estabelece o CPC:

se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência⁷⁴.

O CPC de 1973, na sua redação original, não previa a realização de tentativa de autocomposição antes que o processo atingisse a fase instrutória. Desse modo, a primeira audiência no procedimento comum ordinário era a de instrução e julgamento, designada sempre que deferida a prova oral. Nesse contexto, era nessa audiência de instrução e julgamento, com a presença das partes, dos seus respectivos advogados e do juiz, que tentava-se pela primeira vez a conciliação. A essa altura, já se haveria instalado o acirramento entre as partes, que já haveriam destinado recursos e energia para a conclusão da demanda. Desse modo, fácil concluir que não se tratava do momento mais adequado para tentar a conciliação⁷⁵. Essa situação foi abordada por Pedro Manoel Abreu, ao afirmar que:

alguns juízes perceberam que este contato com as partes somente no ocaso do processo dificultava a possibilidade de lograr-se a conciliação, posto que os litigantes, pelo decurso do tempo, antevendo a iminência de uma solução sentencial, preferiam, na maior parte das vezes, enfrentar o risco da instrução probatória, mormente quando já tinham antecipado recursos para a realização de prova pericial. Daí por que muitos magistrados trataram de promover a tentativa de conciliação logo após a citação, ou mesmo na fase imediatamente antecedente ao saneador, quando o interesse por uma solução negociada se demonstrava mais ponderável⁷⁶.

Diante desse contexto, o legislador, por meio da Lei 8.952/1994, antecipou o primeiro encontro entre as partes, os advogados e o juiz, prevendo a realização, na fase postulatória do

⁷³ *Ibidem*, p. 13.

⁷⁴ BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. [S. l.], 16 mar. 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 26 maio 2023.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 13-14.

⁷⁶ A audiência prévia de conciliação e saneamento, *Revista Jurídica Blumenau*, Editora Renovar, ano 1, nº 1/2, p. 171-183, jan./dez. 1997.

processo, da audiência de conciliação que, após a Lei 10.444/2002, passou a ser denominada de audiência preliminar. Tal audiência, realizada na fase postulatória do processo, tinha como primeiro objetivo realizar a tentativa de obtenção de acordo entre as partes, embora este não fosse seu único objetivo. Posteriormente, caso não houvesse acordo, passava-se às outras fases: fixação de pontos controvertidos; decisão sobre questões processuais pendentes; definição de provas, quando necessário⁷⁷.

Vê-se, desse modo, que, ainda na vigência do CPC/1973, buscava-se a antecipação da audiência de conciliação e mediação. Na redação original, o primeiro encontro ocorria na audiência de instrução e julgamento, mas, posteriormente, com as reformas trazidas pelas Leis 8.52/1994 e 10.444/2002, a tentativa de acordo passou a ocorrer na audiência preliminar, na fase postulatória do processo. Além disso, podia o juiz, autorizado pelo art. 125, IV (acrescentado pela referida Lei 8.952/1994), designar audiência conciliatória a qualquer tempo⁷⁸.

A tendência, acertada, de antecipar a audiência viabilizadora de acordo entre as partes é notada novamente no vigente CPC, cujo art. 334 prevê a realização da audiência de conciliação ou mediação na fase postulatória do processo, antes mesmo da apresentação da contestação pelo réu⁷⁹.

Insta acrescentar, ainda, que além da autocomposição obtida ao longo do processo, tem-se a possibilidade da realização de autocomposição de natureza privada, extrajudicialmente. Nesse caso, realizada fora do processo e sem qualquer vínculo com o Poder Judiciário, pelos centros especializados ou pelos próprios envolvidos no conflito⁸⁰.

A disseminação da mediação viabiliza o reforço da cultura da paz através do estímulo ao diálogo, à solução pacífica das disputas e da autonomia das partes, características imprescindíveis para a pacificação social, como um todo. A substituição gradual da

⁷⁷ SOUZA, André Pagani de *et al.* Teoria Geral do Processo Contemporâneo. 5. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Editora Atlas Ltda., 2021. 540 p. ISBN 978-65-59-77004-5. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br>. Acesso em: 21 jul. 2023.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 15.

⁷⁹ Código de Processo Civil, art. 334: Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

⁸⁰ SOUZA, André Pagani de *et al.* Teoria Geral do Processo Contemporâneo. 5. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Editora Atlas Ltda., 2021. 540 p. ISBN 978-65-59-77004-5. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br>. Acesso em: 21 jul. 2023.

mentalidade beligerante por visões que contemplam meios extrajudiciais de solução de litígios passa, decididamente, pela vivência de experiências proveitosas⁸¹.

É certo que o incentivo às outras formas de solução de conflitos não importa desprestígio à jurisdição estatal, exercida pela via processual⁸². Desse modo, em que pese o fato de ser desejável que as partes se empenhem em solucionar os conflitos de forma autônoma, de outro lado, é certo que o Estado se comprometeu a prestar a tutela jurisdicional sempre que solicitada. Desse modo, nem mesmo a lei pode excluir do Poder Judiciário a apreciação de lesão ou ameaça de lesão a direito (art. 5º, XXXV).

Entretanto, conforme analisado, é certo afirmar que o Poder Judiciários não precisará ser demandado sempre quando do surgimento de um litígio. Com efeito, parte da doutrina afirma que o princípio da inafastabilidade da jurisdição, também exposto no art. 3º, caput, do CPC, compreenderia, igualmente, a inafastabilidade do direito de ação ou do acesso à justiça. Insta analisar, desse modo, que justiça seria essa a que se refere ao mencionar o direito fundamental de inafastabilidade da jurisdição⁸³.

Diante dos obstáculos ao Acesso à Justiça, desde o século passado, propôs-se um movimento reformista focado em três principais ondas de acesso à justiça: a primeira, refere-se à assistência jurídica gratuita; a segunda, à tutela dos direitos difusos e coletivos; e, a terceira, às adequações processuais necessárias para que os conflitos sejam devidamente dirimidos. Tais bases de Acesso à Justiça que inspiraram o direito brasileiro foram lançadas pelo chamado Movimento Universal do Acesso à Justiça, orquestrado por Mauro Cappelletti⁸⁴.

Antes mesmo de afirmar que os métodos alternativos de solução de litígios também representam formas de acesso à justiça, Cappelletti e Garth colocaram como premissa o entendimento de que uma concepção moderna de acesso à justiça não se limitaria à simples prerrogativa de postular em juízo, não se tratando, pois, de mero “acesso ao juiz”, como era a tônica nos Estados liberais burgueses do século XVIII e XIX⁸⁵.

⁸¹ TARTUCE, Fernanda. *Mediação de Conflitos: Proposta de Emenda Constitucional e Tentativas Consensuais Prévias à Jurisdição* /Fernanda Tartuce. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil/Ed. 82 - Jan/Fev 2018, p. 5 – 21

⁸² *Ibidem*, p. 20.

⁸³ PAULA FILHO, Alexandre Moura Alves de. *Cláusula de mediação ou negociação obrigatória nos contratos de consumo: violação ao acesso à Justiça?*. Revista de Processo, [s. l.], v. 315, p. 421 - 442 |, Maio 2021.

⁸⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 12-28.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 4-6.

Mais especificamente ao se referir à terceira onda, reconhece-se a necessidade de correlacionar e adaptar o processo civil ao tipo de litígio⁸⁶. Tal movimento desenvolveu-se a ponto da doutrina advogar no sentido da adoção do termo “métodos adequados”, em detrimento de “métodos alternativos”, pelo próprio vocábulo sugerir que há algo principal, preferencial – no caso, a decisão judicial. Quando, em verdade, que o que existe é um meio que tende a solucionar a disputa de forma mais eficaz⁸⁷.

A considerar que o acesso à justiça não necessariamente coincidirá com o acesso ao Poder Judiciário, a inafastabilidade da jurisdição, importante conquista do Estado Democrático de Direito, não afasta a proposta de pensar em formas diversas de compor as partes em um conflito⁸⁸. Nesse sentido é que compreende-se que o conceito de acesso à justiça deve, de acordo com o conceito de justiça multiportas, ir além da garantia da inafastabilidade da jurisdição, sendo inadequado, portanto, enquadrá-los como sinônimos⁸⁹.

Desse modo, não se trata de uma novidade que o Acesso à Justiça vai além da simples inafastabilidade da jurisdição⁹⁰, uma vez que, desde meados do século passado, os meios adequados de solução de litígios compõem as ondas de acesso à Justiça. Entretanto, é preciso analisar o acesso, eficiência e adequação de tais métodos. De modo que a contribuição que pode ser atribuída ao modelo multiportas para a necessária superação das fronteiras do Poder Judiciário na resolução dos conflitos parece encontrar-se na efetiva implantação de políticas públicas em prol dos meios adequados de solução dos conflitos, essencialmente pelos investimentos em estrutura, acesso e capacitação⁹¹.

3.1 Equivalentes jurisdicionais de solução de conflitos: acesso, eficiência e adequação

Sendo a jurisdição a atividade estatal provocada, da qual a parte tem disponibilidade, pode a parte encontrar a solução para o litígio através de outros caminhos que não a prestação jurisdicional. A autocomposição pode ocorrer por via da transação ou da conciliação, ao passo

⁸⁶ *Ibidem*, p.26.

⁸⁷ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19. ed, Salvador: JusPodivm, 2017. v. 1. p. 185.

⁸⁸ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método: 2018. p. 2.

⁸⁹ PAULA FILHO, Alexandre Moura Alves de. *Cláusula de mediação ou negociação obrigatória nos contratos de consumo: violação ao acesso à Justiça?*. *Revista de Processo*, [s. l.], v. 315, p. 421 - 442 |, Maio 2021.

⁹⁰ MARQUES, R. G. F. *O papel dos métodos autocompositivos para o poder público no ordenamento jurídico brasileiro como forma de acesso à justiça*. *Revista FIDES*, v. 11, n. 1, 16 jul. 2020, p. 415.

⁹¹ *Ibidem*, p. 3.

que a decisão da lide por pessoa não integrante do Poder Judiciário ocorre por meio do juízo arbitral⁹².

A mediação e conciliação se caracterizam por serem métodos autocompositivos de resolução de controvérsias. Em ambos os procedimentos um terceiro imparcial facilita o diálogo entre os envolvidos, objetivando a construção do consenso. De acordo com CPC, ambos os métodos serão regulados pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada. Entretanto, apesar das semelhanças, a mediação e a conciliação não se confundem.

Desse modo, as principais diferenças versam sobre o papel do mediador e do conciliador nas sessões e a aplicabilidade do método. Na mediação, o mediador age como um terceiro imparcial e apenas conduz o diálogo entre os envolvidos. O mediador não tem poder decisório, nem influência sobre as soluções eventualmente definidas. Logo, na mediação, sugestões do mediador acerca de possíveis acordos não são bem-vindas. Todas as deliberações partem dos envolvidos para os envolvidos.

De acordo com o art.165, §3º, CPC, o mediador atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes e auxiliará os interessados na compreensão das questões e dos interesses em conflito, de modo que elas possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprias, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos. Já na conciliação, é garantido ao conciliador, na condição de terceiro imparcial, a prerrogativa de sugerir possíveis soluções para o conflito.

Como explicita o art. 166, §2º, CPC, o conciliador, diferente do mediador, atuará preferencialmente nos casos em que não há vínculo anterior entre as partes e, como dito, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes construam o acordo. Desse modo, os métodos consensuais de resolução de conflitos são formas de efetivação de direitos e de emancipação dos envolvidos nos litígios. Entretanto, deve-se refletir acerca da sua acessibilidade e adequação, a depender das características do conflito, que se amolda no plano concreto.

A conciliação em sentido *lato* é uma pode ser obtida em juízo através da intervenção do juiz, do conciliador ou do mediador junto às partes, antes de iniciada a instrução da

⁹² HUMBERTO, Theodoro Júnior. Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento, Procedimento Comum. 63. ed. rev. e atual. Brasil: Forense, 2022. 1004 p. v. 1. ISBN 978-65-596-4211-3. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/>. Acesso em: 29 jun. 2023, p. 113.

causa⁹³. Efetivando-se o acordo, será reduzido a termo e homologado por sentença, com resolução de mérito (art. 334, §11, CPC). O CPC trata minuciosamente da conciliação, na medida em que dedica seção própria aos conciliadores e mediadores (arts. 165 a 175, CPC⁹⁴). Admite-se, ainda, em cláusula geral, a possibilidade de utilização de outros métodos de solução de conflitos, além da mediação e da conciliação (art. 3º, §3º, CPC).

Nesse sentido, a conciliação representa um meio através do qual as partes poderão alcançar a autocomposição, há a presença de um terceiro neutro, apto a dialogar com as partes e levá-las a construir um resultado de consenso, auxiliá-las na indicação de possíveis soluções. Nesse sentido, o conciliador pode apontar para as partes a conveniência da solução consensual para o conflito, sem pressioná-las a adotar qualquer sugestão apontada.

A transação, por sua vez, é o negócio jurídico em que os envolvidos no conflito fazem concessões recíprocas com vistas a solucionar o conflito. Nesse sentido, pode ocorrer antes da instauração do processo, caso em que impedirá a formação do processo, ou durante a sua pendência, colocando fim ao processo, com resolução de mérito, apenas homologada pelo juiz (art. 487, III, b, CPC).

A mediação é um método autocompositivo de resolução de conflitos que preconiza o diálogo e o empoderamento dos envolvidos para a construção do consenso. Como método adequado de resolução de conflitos, se caracteriza pela sua segurança e confidencialidade, uma vez que é regida pelo princípio da imparcialidade e confidencialidade (art. 166, CPC e art. 2º, I e VII, Lei nº 13.140/2015). Nesse sentido, todas as informações obtidas durante o procedimento são sigilosas e não poderão ser utilizadas posteriormente a favor ou em desfavor dos envolvidos.

O respeito à autonomia também é próprio da mediação (art. 166 do CPC, art. 2º, II da Lei 13.140/2015 e art. 2º, II, anexo III, Resolução 125/10 do CNJ). Desse modo, os envolvidos têm total controle sobre todo o processo da mediação, com poder de escolherem pelo procedimento ou até mesmo abandoná-lo a qualquer tempo, construir ou não um acordo e definir a dinâmica e os temas que serão tratados. A mediação é caracterizada, ainda, pela cooperação entre os envolvidos, ou seja, ambas as partes colaboram para o resultado final, obtendo, ou não, um acordo, na medida em que aprimoram o relacionamento possivelmente rompido pelo conflito.

⁹³ *Ibidem*, p. 113.

⁹⁴ Código de Processo Civil, Seção V, Dos Conciliadores e Mediadores Judiciais.

A voluntariedade é característica primordial dos métodos alternativos de solução de conflitos, vez que negociações não podem prescindir da aceitação das partes envolvidas, que devem escolher o caminho negocial que irão adotar e engajar-se na construção, do início ao fim, do procedimento. Visto por esse ponto, a via da obrigatoriedade de realização de sessão extrajudicial de resolução de conflitos como condição prévia à propositura da ação não parece ser a mais acertada⁹⁵. Nesse sentido, é razoável considerar, dada as características analisadas dos métodos adequados de solução de conflitos, que o caminho da adoção da mediação e os demais métodos de composição deve ser o da conscientização, informação, disponibilização de iniciativas e adoção gradual da consensualidade⁹⁶.

⁹⁵ TARTUCE, Fernanda. Mediação de Conflitos: Proposta de Emenda Constitucional e Tentativas Consensuais Prévias à Jurisdição /Fernanda Tartuce. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil/Ed. 82 - Jan/Fev 2018, p. 5 – 21

⁹⁶ *Ibiem*, p. 9.

4 A PRETENSÃO RESISTIDA: DA INAFSTABILIDADE DA JURISDIÇÃO À FILTRAGEM DE DEMANDAS

Iniciativas que visam instituir a obrigatoriedade dos métodos autocompositivos de solução de conflitos e criar barreiras para o acesso ao Poder Judiciário podem representar, em parte, um conflito com o princípio da inafastabilidade de jurisdição, previsto no art. 5º, XXXI da Constituição Federal. Tal exigência acarretaria a necessidade de uma releitura dos métodos autocompositivos de solução de conflitos, que são definidos pela autocomposição e voluntariedade, isto é, as partes são livres para optarem por submeterem-se à sua realização e para construírem autonomamente uma solução para o seu litígio.

As iniciativas legisferantes e pretorianas que versam sobre a imposição ao particular de demonstrar, no momento do ajuizamento do pedido, a prévia tentativa extrajudicial de resolução do conflito tendem a limitar o acesso à justiça, quando vista através da vertente de acesso ao Judiciário. Tal demonstração seria assaz difícil para os consumidores, quando envolvidos no conflito, considerando a vulnerabilidade a que estão sujeitos.

A relação jurídica consumerista nasce desigual, havendo, de um lado, o consumidor-vulnerável, e, do outro, o fornecedor, que é detentor do monopólio dos meios de produção, tornando extremamente relevante que o Direito do Consumidor seja alçado como Direito Fundamental (arts. 5º, XXXII⁹⁷ e 170, V⁹⁸, art. 48, ADCT⁹⁹).

A constitucionalização do direito privado tem consequências práticas e importante na proteção do direito do consumidor, conforme assevera Cláudia Lima Marques:

certos estão aqueles que consideram a Constituição Federal de 1988 como o centro irradiador e o marco de reconstrução de um direito privado brasileiro mais social e preocupado com os vulneráveis de nossa sociedade, um direito privado solidário. Em outras palavras, a Constituição seria a garantia (de existência e de proibição de retrocesso) e o limite (limite-guia e limite-função) de um direito privado construído sob seu sistema de valores e incluindo a defesa do consumidor como princípio geral.¹⁰⁰

⁹⁷ Constituição Federal, art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.

⁹⁸ Constituição Federal, art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) V - defesa do consumidor.

⁹⁹ ADCT 48 Art. 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.

¹⁰⁰ BENJAMIN, Antônio Herman de V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*; p. 33-34.

Nesse sentido, o amparo constitucional dado ao Direito do Consumidor traz uma conotação imperativa mandamental de ser o Estado responsável por promover a defesa do vulnerável da relação de consumo. O art. 1º, CDC prevê o estabelecimento de matérias de ordem pública e interesse social, nos termos do arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal, e art. 48 de suas Disposições Transitórias. Disso decorre que: (i) as decisões proferidas das relações de consumo não se limitam às partes envolvidas no litígio; (ii) as partes não podem derrogar os direitos do consumidor; (iii) o juiz pode reconhecer de ofício direitos concernentes ao consumidor¹⁰¹.

O art. 4º, inciso I do CDC identifica o princípio da Política Nacional das Relações de Consumo e o da vulnerabilidade, que expressa o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo. Dessa forma, o consumidor é a parte mais frágil da relação de consumo. O princípio da vulnerabilidade está elencado em posição inaugural da Lei 8.078/1990, considerada como uma lei principiológica¹⁰².

A partir da constatação de que o consumidor é a parte mais vulnerável da relação de consumo e que esta se dá de forma extremamente desigual, foi imprescindível buscar instrumentos jurídicos através dos quais fosse possível reequilibrar os negócios firmados entre consumidor e fornecedor. Desse modo, a presunção de vulnerabilidade do consumidor é princípio norteador da igualdade material entre os sujeitos do mercado de consumo. A vulnerabilidade do consumidor pessoa física constitui uma presunção absoluta no CDC, dispensando comprovação para constatar os desequilíbrios nas relações jurídicas estabelecidas¹⁰³.

Nesse sentido, é possível refletir até que ponto a limitação do acesso ao Judiciário representaria possível ofensa à presunção da vulnerabilidade do consumidor. A considerar que o acesso às formas de solução de conflitos, aos centros especializados em mediação e conciliação e às plataformas digitais não se dá de modo equânime, é possível refletir acerca da maximização das vulnerabilidades enfrentadas pelo consumidor quando da busca pela efetivação dos seus direitos.

Ao justificar a existência do princípio da vulnerabilidade no âmbito do Direito do Consumidor, explica Jorge Miranda que:

¹⁰¹ ALMEIDA, Fabrício Bolzan de Coleção Esquematizado – *Direito do Consumidor* / Fabrício Bolzan de Almeida; coordenado por Pedro Lenza. – 11. ed. – São Paulo: SaraivaJur, 2023.

¹⁰² *Ibidem*, p. 124.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 124.

os direitos são os mesmos para todos; mas, como nem todos se acham em igualdade de condições para os exercer, é preciso que estas condições sejam criadas ou recriadas através da transformação da vida e das estruturas dentro das quais as pessoas se movem (...) mesmo quando a igualdade social se traduz na concessão de certos direitos ou até certas vantagens especificamente a determinadas pessoas — as que se encontram em situações de inferioridade, de carência, de menor proteção — a diferenciação ou a discriminação (positiva) tem em vista alcançar a igualdade e tais direitos ou vantagens configuram-se como instrumentais no rumo para esses fins¹⁰⁴.

Nesse sentido, é inegável o caráter estruturante que foi atribuído ao princípio em tela, que servirá de base e fundamento para os demais direitos conferidos aos consumidores-vulneráveis e obrigações impostas ao fornecedor. Desse modo, é razoável que as iniciativas e decisões que versem sobre o direito consumerista, tal qual, o PL 3.813/2020 e o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) 91 do TJMG, sejam desenvolvidas com vistas a garantir a proteção do consumidor, considerando a vulnerabilidade a que está sujeito.

A doutrina questiona se o uso de plataformas online de resolução de conflitos (Online Dispute Resolution – ODR) seria suficiente para a configuração do interesse processual. A plataforma “Consumidor.gov” foi criada com fundamento no art. 4º, V, CDC e no art. 7º do Decreto 7.963/13, sendo gerida e mantida pela Secretaria Nacional do Consumidor. O monitoramento da plataforma é feito pelo SENACON, PROCONS, Defensoria Pública, Ministério Público e pelo Poder Judiciário, tendo como fundamento a resolução de demandas consumeristas de forma mais célere e desburocratizada¹⁰⁵.

Desse modo, trata-se de uma plataforma de aproximação entre consumidor e fornecedor, viabilizadora do diálogo entre as partes. O “Consumidor.gov” é um sistema mantido pelo próprio poder público, capaz de responder com celeridade às demandas consumeristas¹⁰⁶.

¹⁰⁴ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, t. IV, p. 225, *apud* CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de direito do consumidor, p. 48.

¹⁰⁵ FIGUEIREDO, Bianca Fernandes. *Consumidor.gov.br: a exigência de utilização da plataforma digital de solução adequada de conflitos antes do ajuizamento de ação de consumo como fator de eficiência do Poder Judiciário, à luz da análise econômica do direito*. In: Revista CNJ. Brasília, n. 1, p. 19-36, jan./jun. 2020.

¹⁰⁶ Em razão disso, Bianca Figueiredo sustenta que “não se pode admitir, na atual conjuntura de escassez de recursos, que o indivíduo possa optar em não se valer de método alternativo eficiente oferecido pelo próprio Estado para a solução de conflitos, prejudicando, com essa atitude egoísta, milhares de outras pessoas que necessitam, de forma premente, da rápida resposta jurisdicional” (cfr. FIGUEIREDO, Bianca Fernandes. *Consumidor.gov.br: a exigência de utilização da plataforma digital de solução adequada de conflitos antes do ajuizamento de ação de consumo como fator de eficiência do Poder Judiciário, à luz da análise econômica do direito*. In: Revista CNJ. Brasília, n. 1, p. 19-36, jan./jun. 2020, p. 30).

Tendo em vista a disponibilidade da plataforma, há quem defenda a possibilidade de se exigir do consumidor a prévia utilização da plataforma como condição ao acesso à via judicial, desde que o seu manejo esteja acessível sem maiores dificuldades ao consumidor.

Nesse cenário, o consumidor não estaria obrigado a celebrar o acordo através da plataforma. A exigência está limitada à utilização, devendo a resposta ser obtida em prazo razoável. Em hipótese de não ocorrer a resolução do conflito, quer pela negativa do fornecedor, quer por sua demora, restará viabilizado o caminho judicial¹⁰⁷. Em sentido oposto, PARO, MARQUES e DUARTE sustentam que seria necessária prévia alteração legislativa para que se possa condicionar a existência do interesse processual à exigência de prévia tentativa e utilização da plataforma¹⁰⁸.

4. 1 Pretensão resistida e iniciativas legislativas:

Se por um lado, conforme dito linhas acima, o acesso à justiça se dá através de diversos meios, tal conclusão, por outro lado, não autoriza que a disposição de um direito fundamental ocorra de tal forma que o reduza a ponto de esvaí-lo do seu conteúdo ou até mesmo tornar insignificante para os indivíduos e a sociedade. Nesse ínterim, é indispensável realizar a análise das iniciativas legiferantes que visam instituir a pretensão resistida, objetivo que se pretende realizar a seguir.

4.1.1 O PL 533/2019;

O Projeto de Lei (PL) número 533 de 2019, apresentado pelo Deputado Federal Júlio Delgado (PSB/MG), propõe alterações ao CPC mediante o acréscimo de um parágrafo único ao art. 17 e um §3º ao art. 491. *In verbis*, a proposta é feita nos seguintes termos:

Art. 17, parágrafo único: Em caso de direitos patrimoniais disponíveis, para haver interesse processual é necessário ficar evidenciada a resistência do réu em satisfazer a pretensão do autor¹⁰⁹.

¹⁰⁷FIGUEIREDO, Bianca Fernandes. *Consumidor.gov.br: a exigência de utilização da plataforma digital de solução adequada de conflitos antes do ajuizamento de ação de consumo como fator de eficiência do Poder Judiciário, à luz da análise econômica do direito*. In: Revista CNJ. Brasília, n. 1, p. 19-36, jan./jun. 2020.

¹⁰⁸ PARO, Giácomo; MARQUES, Ricardo Dalmaso; DUARTE, Ricardo Quass. *On-line Dispute Resolution (ODR) e o interesse processual*. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coord.); WOKLART, Erik Navarro (coord.); LAUX, Francisco de Mesquita Laux (coord.); RAVAGNANI, Giovanni dos Santos (coord.). Direito, processo e tecnologia. 1ª ed. [livro eletrônico], São Paulo: Thomson Reuters Brasil, p. RB-13.1-RB-13.4, 2020

¹⁰⁹ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 533/2019 de 06 de fevereiro de 2019, p. 01. Disponível em: [PL 533/2019 — Portal da Câmara dos Deputados - Portal da Câmara dos Deputados \(camara.leg.br\)](https://camara.leg.br/legislacao/533-2019). Acesso em 10 de ago de 2023.

Art.491, §3º: Na definição da extensão da obrigação, o juiz levará em consideração a efetiva resistência do réu em satisfazer a pretensão do autor, inclusive, no caso de direitos patrimoniais disponíveis, se o autor, por qualquer meio, buscou a conciliação antes de iniciar o processo judicial¹¹⁰.

O referido PL tramita na Câmara dos Deputados em regime ordinário, sendo submetido à apreciação das Comissões de Defesa do Consumidor e de Constituição e Justiça, de acordo com Regimento Interno da Casa. O projeto visa instituir um conceito de pretensão resistida, isto é, pretende estabelecer, por lei, o sentido de “pretensão resistida” a partir da demonstração, pelo cidadão, da prévia tentativa de conciliação, de modo que, apenas no caso de insucesso desta, seria possibilitado o acionamento do Poder Judiciário.

O PL em comento cita, ainda, mecanismos que se poderiam adotar para a tentativa de soluções extrajudicial, dentre os quais, citam-se: o Serviço de Atendimento ao Consumidor (SAC), a Ouvidoria, o site do governo ‘Consumidor.gov’ e os Procons. A relatoria é do Deputado Federal Vinicius Carvalho (Republicanos/SP), que afirma que a iniciativa representa um estímulo para que as partes tentem resolver seus conflitos por meios autocompositivos mais rápidos e menos custosos ao Estado¹¹¹. Indo além, o Deputado propõe um substitutivo, sugerindo o acréscimo dos §§1º e 2º ao art.17 do CPC:

Art.17, §1º Em caso de direitos patrimoniais disponíveis, para haver interesse processual é necessário ficar evidenciada a resistência do réu em satisfazer a pretensão do autor.

§2º Tratando-se de ação decorrente de relação de consumo, a resistência mencionada no §1º será demonstrada pela comprovação da tentativa extrajudicial de satisfação da pretensão do autor diretamente com o réu, ou junto aos órgãos integrantes da Administração Pública ou do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor¹¹².

Desse modo, o PJ 533/2019 condiciona o acesso do consumidor ao Poder Judiciário ao exigir a demonstração da denominada pretensão resistida, como requisito de caracterização do “interesse processual”, exposto no art. 17, CPC.

A comissão de Defesa do Consumidor da Câmara dos Deputados realizou duas audiências públicas com intuito de ouvir pareceres dos especialistas sobre o PL nº533/2019,

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 06.

¹¹¹ BRASIL. Câmara dos Deputados. Parecer do Relator, Dep. Vinicius Carvalho, pela aprovação do PL nº 533/2019 e da emenda nº1/2019, apresentada ao substitutivo, com substitutivo. 2021.

¹¹² BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 533/2019 de 06 de fevereiro de 2019, p. 01. Disponível em: [PL 533/2019 — Portal da Câmara dos Deputados - Portal da Câmara dos Deputados \(camara.leg.br\)](https://portal.camara.gov.br/legis/legisla/projeto-de-lei/533-2019). Acesso em 10 de ago de 2023.

em 16/09/2021¹¹³ e 18/11/2021¹¹⁴. Em julho de 2023 o projeto ainda está em tramitação na Comissão de Defesa do Consumidor, devolvido ao relator, Deputado Vinicius Carvalho.

4.1.2 PL 3813/2020;

Já o Projeto de Lei n. 3.813 foi protocolado em 15 de julho de 2020 na Câmara dos Deputados, e trata sobre alterações no processo civil, ampliando significativamente o papel da mediação e conciliação, caracterizando-as como requisitos obrigatórios no processo de busca de solução de litígios. A inovação substancial está presente no art. 7º, §1º, *in verbis*:

A não comprovação da realização ou da tentativa de realização da sessão extrajudicial de autocomposição configurará, nos termos dos dispositivos contidos no Código de Processo Civil, ausência de condição da ação na modalidade interesse de agir (art. 17), matéria a ser alegada em preliminar de contestação pelo réu (art. 337, inc. XI), cognoscível de ofício pelo Juiz (art. 337, §5º), implicando extinção do processo sem resolução do mérito (art. 485, inc. VI).

O comando supra aumenta significativamente a amplitude da aplicação da mediação e da conciliação. Nesse ponto, o projeto em comento, se aprovado, instituirá a obrigatoriedade do procedimento autocompositivo em qualquer caso que verse sobre direito patrimonial disponível em matéria cível, consumerista, empresarial e trabalhista.

Desse modo, a mediação e conciliação, que hoje possuem caráter facultativo, iriam receber força normativa significativa. A alteração poderia, entretanto, subverter as características da mediação que passaria de uma alternativa para uma obrigação. Percebe-se que o legislador possui objetivos intrínsecos, ao tentar fomentar a cultura da mediação e conciliação e extrínsecos, de tentar diminuir as demandas encaminhadas ao judiciário. Desse modo, o art. 1º, do PL 3.813, *in verbis*:

Art. 1º Nos litígios entre particulares, relativos a direitos patrimoniais disponíveis, sobretudo os que envolvam relações jurídicas cíveis, consumeristas, empresariais e trabalhistas, as partes envolvidas deverão obrigatoriamente se submeter, antes da propositura de eventual ação judicial, à prévia sessão de autocomposição, a ser realizada nos moldes da presente lei.

¹¹³ CÂMARA DOS DEPUTADOS. Defesa do Consumidor – Pretensão Resistida (PL 533/2019) – 16/09/2021. YouTube, 16 set. 2021. Disponível em: [\(3\) Defesa do consumidor - Pretensão Resistida \(PL 533/19\) - 16/09/2021 - YouTube](#). Acesso em 1 de ago de 2023.

¹¹⁴ CÂMARA DOS DEPUTADOS. Defesa do Consumidor – Discussão do PL 533/2019 – Pretensão resistida – 18/11/2021. YouTube, 18 nov. 2021. Disponível em: [\(3\) Defesa do Consumidor - Discussão do PL 533/2019 - Pretensão resistida – 18/11/2021 - YouTube](#). Acesso em 1 de ago de 2023.

Parágrafo único. A obrigatoriedade de tentativa de autocomposição preliminar abrange as causas de competência dos Juizados Especiais Cíveis, disciplinadas pela Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995¹¹⁵.

Dessa feita, os conflitos que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis em matéria cível, consumerista, empresarial e trabalhista deverão, obrigatoriamente, serem submetidos à sessão extrajudicial de autocomposição. O projeto de Lei em questão também prevê o cumprimento dessa exigência no âmbito dos Juizados Especiais¹¹⁶.

É exposto, ainda, que a parte deverá notificar a realização da sessão com 15 dias de antecedência, contendo data, horário, local e o objeto específico e detalhado que será debatido. A notificação poderá ser realizada através de qualquer meio idôneo, ou seja, é possível que seja utilizado os meios tecnológicos atuais.

O local de realização será, preferencialmente, no escritório do advogado da parte notificante, mas o notificado poderá se recusar, caso haja justificativa para tanto. O PL 3813 prevê, ainda, a possibilidade de realização de autocomposição através de meio virtual, também com a obrigatoriedade da presença do advogado. Ressalta-se que, neste caso, o advogado não ficará impedido de atuar no mesmo caso no âmbito judicial.

O resultado da sessão extrajudicial será devidamente registrado por uma ata simples que contenha todas as informações necessárias. Poderão ser realizadas outras sessões caso não se chegue a um consenso na sessão realizada. O PL ainda prevê a situação em que a parte utiliza da prerrogativa da realização da sessão de autocomposição com fins protelatórios, não comparecendo ao ato. Quando tal situação ocorrer, a ausência será registrada em ata, autorizando o notificante a ingressar com a ação judicial por ter cumprido tal requisito.

Os pontos substanciais do projeto estão expostos nos arts. 6º e 7º, *in verbis*:

Art. 6º Obtida a autocomposição a ata referida no parágrafo 1º do art. 4º supra constitui-se-á em título executivo extrajudicial, nos termos do art. 784, inc. XII, da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 – Código de Processo Civil, sendo, inclusive, possível o seu protesto perante o Cartório de Títulos e Documentos no caso de inadimplemento das obrigações assumidas, na forma da Lei nº 9.492, de 10 de setembro de 1997. Art. 7º Realizada a sessão extrajudicial de autocomposição e

¹¹⁵ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 3.813, de 15 de julho de 2020*. Dispõe sobre a obrigatoriedade, nos litígios entre particulares que tenham por objeto direitos patrimoniais disponíveis, de realização de sessão extrajudicial de autocomposição prévia à propositura de ação judicial, estabelecendo normas para tanto. Brasília: Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2257795>. Acesso em: 29 de mar. 2023.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 2.

não solucionado consensualmente o litígio, qualquer das partes poderá promover as medidas judiciais aplicáveis ao caso concreto, instruindo a petição inicial, nos moldes do art. 320 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 – Código de Processo Civil -, necessariamente com cópia das referidas notificação e ata¹¹⁷.

Na lei de mediação¹¹⁸ e no CPC¹¹⁹, informa-se que o termo final da mediação forma um título executivo extrajudicial. Desse modo, caso ocorra o descumprimento, a parte poderá executar o acordo, dispensando-se o processo de conhecimento. O art. 7º, por sua vez, coloca que a não realização da sessão extrajudicial de autocomposição caracterizará ausência de condição da ação pela falta de interesse de agir. Nesse contexto, abre-se a possibilidade para o juiz extinguir o processo sem resolução do mérito.

Nesse cenário, a problemática parece residir na atribuição de sentido diverso ao interesse de agir do demandante. A imposição de tal medida precisa ser refletida à luz do da construção teórica que versa sobre o instituto e da possibilidade, real, do acesso às vias autocompositivas. Desse modo, a proposta legislativa inova, negativamente, quando o assunto é acesso à justiça.

4.2 Outras iniciativas

Em 28 de março de 2023, o projeto “Conciliação em Domicílio”, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, foi vencedor da 13ª edição do prêmio “Conciliar é legal”, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) na modalidade “Boas Práticas” e na categoria “tribunal”. O prêmio foi entregue pela presidente do CNJ, ministra Rosa Weber, ao presidente do TJMG, desembargador José Arthur de Carvalho Pereira Filho; à 3ª vice-presidente, desembargadora

¹¹⁷ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 3.813, de 15 de julho de 2020*. Dispõe sobre a obrigatoriedade, nos litígios entre particulares que tenham por objeto direitos patrimoniais disponíveis, de realização de sessão extrajudicial de autocomposição prévia à propositura de ação judicial, estabelecendo normas para tanto. Brasília: Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2257795>. Acesso em: 29 de mar. 2023.

¹¹⁸ Lei 13. 140/2015, Art. 20. O procedimento de mediação será encerrado com a lavratura do seu termo final, quando for celebrado acordo ou quando não se justificarem novos esforços para a obtenção de consenso, seja por declaração do mediador nesse sentido ou por manifestação de qualquer das partes. Parágrafo único. O termo final de mediação, na hipótese de celebração de acordo, constitui título executivo extrajudicial e, quando homologado judicialmente, título executivo judicial.

¹¹⁹ Código de Processo Civil, Art. 784. São títulos executivos extrajudiciais: III - o documento particular assinado pelo devedor e por 2 (duas) testemunhas; XII - todos os demais títulos aos quais, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva.

Ana Paula Nannetti; e ao oficial de justiça da Comarca de Governador Valadares e um dos idealizadores da iniciativa, Luiz Antônio Braga de Oliveira¹²⁰.

Durante a premiação, a ministra Rosa Weber afirmou que a construção e fortalecimento de um Poder Judiciários mais sensível, empático, inclusivo, criativo e célere tem na conciliação uma poderosa aliada. O projeto “Conciliação em Domicílio” encontra-se em fase de implementação e expansão para todas as comarcas do estado de Minas Gerais e permite que o oficial de justiça, agindo na função de conciliador, atue como instrumento de viabilização da conciliação no momento do cumprimentos dos mandados¹²¹.

Nesse cenário, o oficial de justiça possibilita que as partes envolvidas no litígio firmem acordos em suas casas, dispensando a necessidade de deslocamento até o fórum ou às centrais de resolução de conflitos. O projeto em questão foi regulamentado pela Portaria Conjunta nº 1.445/PR/2023, que assim dispôs:

Art. 2º O projeto funcionará da seguinte forma: I - o Oficial de Justiça, quando da prática do mandado judicial, cientificará a parte quanto à possibilidade da apresentação de proposta de autocomposição; II - caso haja interesse da parte, o Oficial de Justiça colherá a proposta, em meio físico ou eletrônico, certificando a proposição recebida, nos termos do parágrafo único do art. 154 do CPC; III - caberá ao Oficial de Justiça, por meio físico ou virtual, levar ao conhecimento da parte contrária e/ou de seu advogado a proposta de acordo; IV - havendo interesse na proposta, o termo de acordo será encaminhado por e-mail ou aplicativo WhatsApp para a conferência e anuência expressa da parte contrária e/ou de seu advogado, sendo que a anuência expressa valerá como assinatura; V - o aceite da parte contrária será repassado ao proponente, de preferência pelos meios eletrônicos de comunicação (e-mail, telefone e aplicativo WhatsApp), com posterior atermção e remessa dos autos para a homologação do acordo pelo Juízo competente; VI - não sendo aceita a proposta de acordo, o Oficial de Justiça certificará a recusa e, por meio dos mesmos canais de comunicação previstos no inciso V deste artigo, informará o fato ao proponente¹²².

A proposta em comento visa incentivar a conciliação, tornando-a itinerante e, com isso, propiciar celeridade e eficiência ao Poder Judiciário. No entanto, vale analisar até que

¹²⁰ Projeto Conciliação em Domicílio, do TJMG, conquista prêmio do CNJ. 29 mar. 2023. Disponível em: <http://www.infojusbrasil.com.br/2023/03/projeto-conciliacao-em-domicilio-do.html>. Acesso em: 11 ago. 2023.

¹²¹ *Ibidem*, p. 1.

¹²² MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. PORTARIA CONJUNTA Nº 1445/PR/2023, de 17 de fevereiro de 2023. Dispõe sobre a expansão do Projeto "Conciliação em Domicílio" para todas as comarcas do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte: Poder Judiciário do Estado de Minas Gerais Tribunal de Justiça, 2023. Disponível em: [pc14452023.pdf\(tjmg.jus.br\)](pc14452023.pdf(tjmg.jus.br)). Acesso em 01 jul. 2023.bv

ponto a medida representaria um beneficio para as partes envolvidas no litígio. Isto porque é preciso que a tomada de decisão seja informada, que as partes estejam dispostas a negociar e tenham pleno conhecimento sobre o procedimento que está sendo realizado.

Em que pese o incentivo à extrajudicialização do conflito, o procedimento realizado pelo oficial de justiça pode resultar em uma solução eivada de pressão psicológica e desinformação. A proposta não informa, ainda, se os oficiais de justiça realizarão capacitação para conduzirem a autocomposição, tampouco se perceberão algum tipo de beneficio para a realização de tais acordos. Indo além, a proposta em comento não prevê a participação essencial do advogado, como agente indispensável à administração da justiça¹²³.

O Tribunal de Justiça de Justiça do Rio Grande do Sul também vem agindo nesse sentido através do “Projeto Solução Direta Consumidor do TJRS”. Desse modo, o Tribunal lançou, em parceria com o Ministério da Justiça, o respectivo projeto com o objetivo de viabilizar acordos para as demandas consumeristas, evitando o ajuizamento de processo judicial¹²⁴.

A proposta viabiliza, na página do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, um link que redireciona o consumidor à plataforma do Consumidor.gov, onde poderá buscar a solução da demanda. Após o registro da reclamação o consumidor poderá obter a resposta do fornecedor no prazo de até 10 dias. Caso haja acordo entre os envolvidos, o conflito estará solucionado. Do contrário, o consumidor terá a prerrogativa de utilizar o histórico da reclamação para futuro processo judicial, demonstrando ter havido a pretensão resistida legitimadora da atuação da Justiça. Desse modo, as aspirações principais do projeto residem em viabilizar a solução dos conflitos através dos meios extrajudiciais e resgatar a ideia de pretensão resistida, de modo que a movimentação da máquina judiciária apenas ocorra após demonstrada tentativa prévia de autocomposição.

Em uma análise crítica, o incentivo ao uso da plataforma de solução de conflitos pode representar um importante meio de autocomposição e emancipação das partes envolvidas no conflito. Entretanto, a obrigatoriedade da medida não se justifica, vez que não possui amparo legal, não tendo condão, portanto, de sujeitar as partes. Desse modo, ainda que o Poder Judiciário esteja sobrecarregado, qualquer solução adotada deve estar amparada sob o

¹²³ CF, Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

¹²⁴ SOUZA, Janine. *Projeto Solução Direta Consumidor do TJRS*. 14 out. 2014. Disponível em: <http://consumidorrs.com.br/2013/inicial.php?case=2&idnot=34170>. Acesso em: 3 ago. 2023.

fundamento legal, não podendo prevalecer qualquer proposta de solução que não esteja em consonância com a Constituição.

Vale analisar, ainda, a imposição da rapidez acima de tudo. Isto é, a ligeira realização de um procedimento extrajudicial sem a oportunidade das partes refletirem acerca dos seus interesses e necessidades e de consultarem seus representantes, pode coibir em falsas impressões de acesso à justiça, bem como de atos incapazes de garantir às partes os bens de vida pretendidos.

Vale ressaltar, ainda, a orientação do NUPEMEC nº 01/2020. Em que pese a orientação tenha sido anulada, conforme acórdão proferido nos autos do Procedimento de Controle Administrativo nº0004447-26.2021.2.00.0000 tramitado perante o Conselho Nacional de Justiça a orientação versou, justamente, sobre a exigência de prévia comprovação da tentativa de negociação como condição para aferição do interesse processual.

A medida foi publicada em 18/02/2021 no Diário Judiciário Eletrônico do TJMG. Nesse sentido, o ato considerava, através da perspectiva do interesse-necessidade, a necessidade de exigir-se que a parte demonstrasse a existência de resistência da parte adversa na resolução do conflito. Desse modo, evidenciava-se que a atuação indispensável do Poder Judiciário. Nesse contexto, a orientação cita que não haveria que se falar em limitação de acesso à justiça, porquanto o exercício do direito de ação estaria garantido com a aferição dos pressupostos processuais, mais especificamente, o interesse de agir¹²⁵.

A orientação em comento indicava que o juiz deveria considerar a comprovação da prévia tentativa de autocomposição para aferição do interesse processual, visando estabelecer um incentivo à utilização dos meios adequados de solução. Desta feita, em virtude da primazia da decisão de mérito o juiz poderia suspender o feito por prazo razoável para oportunizar à parte a realização da sessão extrajudicial. O ato informava, ainda, que a exigência poderia ser afastada caso restasse comprovado o perigo de demora em obter-se a resolução consensual.

Nesse contexto, a comissão de Processo Civil de Minas da OAB de Minas Gerais proferiu a nota técnica nº01/2021 a respeito da orientação proferida pelo Tribunal, oportunidade em que expôs, acertadamente, as incoerências do ato. A comissão cita a inconstitucionalidade formal da iniciativa, vez que a matéria processual está sujeita ao

¹²⁵ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. *Orientação recomenda comprovação de tentativa de conciliação para seguimento de ação*. 8 fev. 2021. Disponível em: <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/orientacao-recomenda-comprovacao-de-tentativa-de-conciliacao-par-a-seguimento-de-acao.htm>. Acesso em: 14 ago. 2023.

princípio da reserva legal. A nota expõe, ainda, a inconstitucionalidade sob perspectiva material, vez que a pretexto de incentivar os meios adequados de solução de conflitos, a orientação estipula uma fase administrativa prévia para o acesso à jurisdição. Nesse sentido, a comissão apontou também o vício subjetivo de iniciativa e inconstitucionalidade orgânica¹²⁶.

A orientação foi anulada através de decisão proferida pelo Ministro Emmanoel Pereira, oportunidade em expôs que se estiverem presentes os requisitos essenciais da petição inicial, conforme o artigo 319 do CPC e se não couberem as hipóteses precisas do artigo 332 do CPC, o juiz deve designar a respectiva audiência de conciliação ou mediação, atendendo, com isso, aos anseios do Código de Processo Civil, ao primar pelas formas consensuais de solução de conflitos.

Desse modo, pode-se observar que a anulação da orientação e o parecer emitido pela OAB reforçam a problemática que envolve a demonstração de tentativa de resolução extrajudicial para configuração do interesse de agir. Nesse ínterim, o Código de Processo Civil não torna compulsória a adoção dos métodos alternativos de conflitos como primeira via de resolução das demandas, tampouco exige a sua frustração como requisito para acesso à jurisdição.

4.3 Tendências jurisprudências: uma análise a partir dos posicionamentos do Tribunal de Justiça de Minas Gerais e Supremo Tribunal Federal

Como visto, a discussão sobre a exigência de tentativa de conciliação antes de ingressar em juízo está em pauta no Congresso Nacional. Desse modo, há, pelo menos, dois projetos de lei em tramitação que visam procedimentalizar a demonstração da existência da pretensão resistida e que poderão impactar diretamente ações de consumo e demais ações que envolvam direitos patrimoniais disponíveis. Nesse contexto, o estudo analisará, metodologicamente, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 1.0000.22.157099-7/002, Tema 91 do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que se trata, justamente, de recurso em que se discute a configuração do interesse de agir do consumidor e a exigência de prévia tentativa de solução extrajudicial.

Perante o Judiciário a falta de interesse de agir por inexistência de tratativas conciliatórias pré-processuais é comumente invocada como instrumento para blindar o sistema de determinadas demandas. Um dos fundamentos invocados nesse sentido está

¹²⁶ OAB [ORDEM DOS ADVOGADOS BRASILEIROS] NOTA TÉCNICA nº 01/2021, 2021. Disponível em: [Nota Tecnica - Orientacao NUPEC \(com timbre\)_411.pdf \(oabmg.org.br\)](https://www.oabmg.org.br/NotasTecnicas/NotaTecnica-Orientacao-NUPEC-com-timbre-411.pdf). Acesso em: 15 de ago de 2023.

centrado no Recurso Extraordinário nº 631.240/MG, decidido pelo Supremo Tribunal Federal. Devido a isso, o estudo realizará, a seguir, uma análise acerca da decisão, vez que presentes alguns raciocínios nucleares ao tratar da subsidiariedade da jurisdição, dispondo sobre a real necessidade de se demonstrar a indispensabilidade de estar em juízo para configuração do interesse de agir.

4.3.1 Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 1.0000.22.157099-7/002, Tema 91 IRDR-TJMG

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais admitiu, em 30/05/2023, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 1.0000.22.157099-7/002, Tema 91 IRDR-TJMG, o qual tem por objeto, exatamente, discutir a “configuração do interesse de agir do consumidor e a exigência de prévia tentativa de solução extrajudicial.” Observe, então, que cerne da discussão, no âmbito do IRDR 91 – TJMG, focaliza a discussão nos casos envolvendo o direito do consumidor.

Em 31 de março, o relator, Desembargador José Marcos Rodrigues Vieira, a fim de dirimir dúvidas levantadas pelos magistrado em relação ao sobrestamento de processos relacionados ao Tema, proferiu decisão no autos na qual explicitou os casos que deverão ser suspensos em razão da admissão do IRDR, de modo que o sobrestamento “alcance as demandas apenas no momento processual relevante¹²⁷”. Isto porque a imediata suspensão dos processos culminaria, na prática, por impor às partes o condicionante da sessão prévia de conciliação extrajudicial nos casos em que ela não aconteceu, prejudicando injustificadamente o andamento dos processos já em curso.

Constou da decisão que não se deve suspender toda e qualquer causa de consumo, *ab ovo*. Nesse sentido é preciso que se observe um roteiro: (i) a causa versa sobre a defesa individual dos direitos do consumidor? (ii) o fornecedor suscitou a questão da ausência de interesse de agir diante da possibilidade do recurso a mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos? (iii) está pendente a prática de atos processuais não relacionados com a questão do interesse de agir, como a instrução probatória? (iv) foram as partes intimadas acerca da submissão da causa à eficácia do IRDR (art. 1.037, §8º do CPC)?¹²⁸.

¹²⁷ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça (12ª CÂMARA CÍVEL DO TJMG). *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas 1.0000.22.157099-7/002*. Relator: DES. JOSÉ AUGUSTO LOURENÇO, 31/05/2023. Decisão Judicial. Belo Horizonte, 2023. Disponível em: [TJMG - Andamento Processual - Resultados](#). Acesso em: 20 jul. 2023.

¹²⁸ *Ibidem*, p.2.

O relator esclarece, ainda, que eventual decisão de suspensão de cada ação individual apenas deverá ser proferida após o juiz analisar, criteriosamente, todas as questões apontadas. Indo além, apontou que a “suspensão terá lugar em primeiro grau – nas Varas Cíveis e nos Juizados Especiais – apenas após finda instrução; e em segundo grau – seja nas Turmas Recursais, seja no âmbito deste Tribunal”. Solução semelhante a esta foi adotada pelo TRF4 no IRDR 5013136-79.2017.4.04.0000¹²⁹.

Em agosto de 2023 os autos estavam conclusos à relatoria, Des.(a) José Marcos Vieira

O incidente de Resolução de Demandas Repetitivas está previsto no artigo 976 do CPC e autoriza que qualquer das partes ou o Ministério Público peticione ao Presidente do Tribunal e solicite a abertura do incidente. Nesse sentido, com a admissão do incidente todos os processos com a mesma tese jurídica ficam suspensos pelo prazo de até 1 (um) ano, autorizado, entretanto, que o juiz conceda liminares e adote medidas de urgência.

Nesse sentido, o órgão colegiado irá uniformizar a tese e, decidida a questão, o entendimento será aplicado a todos os processos da área de competência do Tribunal. Desse modo, observa-se a relevância do tema frente a efetiva repetição sobre a mesma questão de direito. A decisão proveniente do incidente de resolução de demandas repetitivas nº 1.0000.22.157099-7/002 uniformizará o posicionamento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais e vinculará os órgãos jurisdicionais no âmbito territorial do estado de Minas Gerais.

4.3.2 Necessidade de prévio requerimento administrativo: recurso extraordinário n. 631.240-MG¹³⁰

¹²⁹ *Ibidem*, p.2.

¹³⁰ 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. 3. A exigência de prévio requerimento administrativo não deve prevalecer quando o entendimento da Administração for notória e reiteradamente contrário à postulação do segurado. 4. Na hipótese de pretensão de revisão, restabelecimento ou manutenção de benefício anteriormente concedido, considerando que o INSS tem o dever legal de conceder a prestação mais vantajosa possível, o pedido poderá ser formulado diretamente em juízo – salvo se depender da análise de matéria de fato ainda não levada ao conhecimento da Administração –, uma vez que, nesses casos, a conduta do INSS já configura o não acolhimento ao menos tácito da pretensão. 5. Tendo em vista a prolongada oscilação jurisprudencial na matéria, inclusive no Supremo Tribunal Federal, deve-se estabelecer uma fórmula de transição para lidar com as ações em curso, nos termos a seguir expostos. 6. Quanto às ações ajuizadas até a conclusão do presente julgamento (03.09.2014), sem que tenha havido prévio requerimento administrativo nas hipóteses em que exigível, será observado o seguinte: (i) caso a ação tenha sido ajuizada no âmbito de Juizado Itinerante, a ausência de anterior pedido administrativo não deverá implicar a extinção do feito; (ii) caso o INSS já tenha apresentado contestação de mérito, está caracterizado o interesse em agir pela resistência à pretensão; (iii) as demais ações que não se enquadrem nos itens (i) e (ii) ficarão sobrestadas, observando-se a sistemática a

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do recurso extraordinário n. 631.240-MG, que versava sobre a necessidade de prévio requerimento administrativo para a caracterização do interesse de agir em demandas previdenciárias, estabeleceu importantes diretrizes para configuração da categoria processual em tela. Nesse sentido, adotando a concepção histórica de que o interesse de agir é composto pela “utilidade-adequação-necessidade”, o voto vencedor do Ministro Relator registrou a necessidade do requerimento administrativo na medida em que a concessão de determinado benefício previdenciário depender de uma conduta ativa do segurado¹³¹.

O julgado ganhou destaque uma vez que o Instituto Nacional do Seguro Social figura como o maior litigante do Brasil¹³². Esclareceu-se, ainda, que o prévio requerimento seria configurado com a mera postulação perante a primeira instância administrativa, não sendo necessário o exaurimento das vias administrativas, a ensejar a efetiva utilização de todos os recursos administrativos cabíveis¹³³.

Apresentou-se, no julgamento da demanda, dois grupos de demandas previdenciárias: o primeiro, a exigir o requerimento administrativo prévio, abrangeria a obtenção de vantagem inédita, enquanto o segundo englobaria a pretensão de revisar ou melhorar vantagem já

seguir. 7. Nas ações sobrestadas, o autor será intimado a dar entrada no pedido administrativo em 30 dias, sob pena de extinção do processo. Comprovada a postulação administrativa, o INSS será intimado a se manifestar acerca do pedido em até 90 dias, prazo dentro do qual a Autarquia deverá colher todas as provas eventualmente necessárias e proferir decisão. Se o pedido for acolhido administrativamente ou não puder ter o seu mérito analisado devido a razões imputáveis ao próprio requerente, extingue-se a ação. Do contrário, estará caracterizado o interesse em agir e o feito deverá prosseguir. 8. Em todos os casos acima – itens (i), (ii) e (iii) –, tanto a análise administrativa quanto a judicial deverão levar em conta a data do início da ação como data de entrada do requerimento, para todos os efeitos legais. 9. Recurso extraordinário a que se dá parcial provimento, reformando-se o acórdão recorrido para determinar a baixa dos autos ao juiz de primeiro grau, o qual deverá intimar a autora – que alega ser trabalhadora rural informal – a dar entrada no pedido administrativo em 30 dias, sob pena de extinção. Comprovada a postulação administrativa, o INSS será intimado para que, em 90 dias, colha as provas necessárias e profira decisão administrativa, considerando como data de entrada do requerimento a data do início da ação, para todos os efeitos legais. O resultado será comunicado ao juiz, que apreciará a subsistência ou não do interesse em agir. (RE n. 631.240-MG, STF, Pleno. Rel. Min. ROBERTO BARROSO, j. 03.09.2014, in DJe de 07.11.2014)

¹³¹ OLIVEIRA FILHO, Silas Dias de. *Interesse processual e acesso à ordem jurídica justa: a efetiva necessidade do processo judicial como filtro válido de demandas*. 2021. Tese (Doutorado em Direito Processual)- Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022. doi:10.11606/T.2.2022.tde-11102022-100907. Acesso em: 2023-07-05, p. 200.

¹³² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. 100 maiores litigantes. Brasília, 2012. Disponível em https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/100_maiores_litigantes.pdf. Acesso em 31 jul. 2023.

¹³³ OLIVEIRA FILHO, Silas Dias de. *Interesse processual e acesso à ordem jurídica justa: a efetiva necessidade do processo judicial como filtro válido de demandas*. 2021. Tese (Doutorado em Direito Processual)- Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022. doi:10.11606/T.2.2022.tde-11102022-100907. Acesso em: 2023-07-05, p. 202.

augerida pelo autor, dispensado o prévio requerimento, frente ao dever de ofício quanto à concessão do melhor benefício possível ao segurado¹³⁴ (art. 88, Lei 8.213/1999¹³⁵).

O STF estabeleceu, ainda, algumas regras de transição. Pela primeira, dispensou-se o prévio requerimento administrativo caso a demanda tivesse sido ajuizada perante juizado itinerante, sob pena de obstar ainda mais o acesso à justiça em comunidades usualmente remotas. A segunda regra de transição estabeleceu que, na hipótese de o INSS ter apresentado contestação de mérito, a resistência judicial à pretensão seria suficiente para caracterizar o interesse de agir. Logo, neste ponto, a configuração do interesse processual como filtro de demandas não ocorreria¹³⁶.

A terceira regra de transição aplicar-se-á quando não configurada nenhuma das hipóteses anteriores. Nesse último cenário o magistrado deve intimar o autor para que, no prazo de 30 dias, comprove o protocolo da postulação na via administrativa, sob pena de extinção do processo por ausência de interesse processual¹³⁷.

Entretanto, a experiência de utilização da configuração do interesse processual não parece ser, por si só, suficiente para atingir escopos de racionalização da atividade jurisdicional de proporcionalidade na prestação do serviço jurisdicional. Nesse sentido, no período de 2015 a 2018, após o julgamento do recurso extraordinário 631.240-MG, houve aumento de 140% no número de demandas previdenciárias e assistenciais ajuizadas¹³⁸. O fenômeno é complexo e abrange outras nuances, tais quais, desemprego, divergência nos entendimentos administrativos e judiciais, apuração de questões de fato e incapacidade do INSS em lidar com o crescente número de demandas

O essencial, desse modo, parece ser que o exame seja devidamente realizado pelo magistrado de acordo com o caso concreto que se amolda no plano fático, nas situações em que for inviável que o segurado postule administrativamente, a exigência deve ser afastada,

¹³⁴ *Ibidem*, p. 203.

¹³⁵ Lei 8.213, art. 88: Compete ao Serviço Social esclarecer junto aos beneficiários seus direitos sociais e os meios de exercê-los e estabelecer conjuntamente com eles o processo de solução dos problemas que emergirem da sua relação com a Previdência Social, tanto no âmbito interno da instituição como na dinâmica da sociedade.

¹³⁶ OLIVEIRA FILHO, Silas Dias de. *Interesse processual e acesso à ordem jurídica justa*: a efetiva necessidade do processo judicial como filtro válido de demandas. 2021. Tese (Doutorado em Direito Processual)- Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022. doi:10.11606/T.2.2022.tde-11102022-100907, p. 204.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 206.

¹³⁸ Trata-se estudo realizado pelo INSPER, em 2020, o qual sintetizou as dificuldades em quatro macro problemas: (i) dificuldades de acesso à instância administrativa para requerer benefícios, (ii) subaproveitamento da via administrativa pelo INSS, (iii) subaproveitamento das informações apuradas no processo administrativo em sede judicial, (iv) pouca permeabilidade do INSS a entendimentos jurisprudenciais consolidados. (BRASIL. Instituto de Ensino e Pesquisa (INSPER). A judicialização de benefícios previdenciários e assistenciais. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2020/12/Suma%CC%81rio-Executivo-Previde%CC%82ncia-Inspere-CNJ_2020-12-01.pdf. Acesso em 31 jul. 2023)

vez que, nesse caso, o processo judicial caracterizaria-se como *ultima ratio*.¹³⁹. Entretanto, considerando que o INSS, na maioria dos casos, tende a deferir requerimentos de benefícios previdenciários, vale refletir se essa razão, por si só, seria suficiente para o afastamento do prévio pedido administrativo, por inutilidade, justificando o interesse de agir, essencialmente a considerar a desigualdade sócio-jurídico-econômico no Brasil.

4.4 Legalidade, (in)constitucionalidade e adequação da pretensão resistida

Atualmente releva traçar balizas que permitam aos cidadãos acesso pleno à ordem jurídica justa, possibilitando-lhes encontrar, através dos meios judiciais ou extrajudiciais, a obtenção de tutela jurisdicional efetiva, célere e adequada, através de um processo justo.

A audiência prévia como um requisito para caracterização da pretensão resistida não parece representar um coeficiente de fomento, mas sim de involução quando o assunto é acesso à justiça. Nesse sentido, as propostas dos projetos acabam desvirtuando a categoria do interesse de agir, como condição da ação.

A considerar o arcabouço teórico construído acerca do interesse de agir, deve-se considerar que não é razoável alterar a interpretação e aplicabilidade dos institutos jurídicos com vistas a, tão somente, encaixar novas interpretações semânticas¹⁴⁰. Nesse sentido, vale destacar o ensinamento de Liebman, no sentido de que "*seria uma inutilidade proceder ao exame da demanda para conceder ou negar o provimento postulado quando na situação de fato apresentada não se encontrasse afirmada uma lesão ao direito ou interesse que se ostenta perante a parte contrária*"¹⁴¹.

Desse modo, dar interpretação diversa ao interesse de agir que não a da antijuridicidade que se amolda em uma situação concreta vai de encontro à visão tradicional do instituto em comento. Indo além, o meio extrajudicial deve estar concretamente acessível aos interessados, bem como ser dotado de aptidão para entregar o bem de vida almejado. Devem ser observadas e asseguradas as garantias constitucionais concernentes ao processo, tais quais, a assistência por advogado ou defensor público.

¹³⁹ OLIVEIRA FILHO, Silas Dias de. *Interesse processual e acesso à ordem jurídica justa: a efetiva necessidade do processo judicial como filtro válido de demandas*. 2021. Tese (Doutorado em Direito Processual)- Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022. doi:10.11606/T.2.2022.tde-11102022-100907, p. 204

¹⁴⁰ DE SOUZA MELO, João Pedro; NERY CARDOSO, Rodrigo. *É inconstitucional exigir o uso da plataforma consumidor.gov como condicionante do interesse de agir*. 1 dez. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/355884/e-inconstitucional-exigir-o-uso-da-plataforma-consumidor-gov>. Acesso em: 4 ago. 2023.

¹⁴¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. 3ª ed. Vol. 1. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros Editores, p. 206.

Todos estes pontos indicados revelam o desafio da instituição da obrigatoriedade da realização de sessão extrajudicial como condição à propositura da ação, especialmente ao considerar a multiplicidade das realidades brasileiras.

Sob o ponto de vista da constitucionalidade das propostas infraconstitucionais que versam sobre a matéria, é preciso analisá-la através da ótica do texto constitucional que assim expressa: *”a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”* (art. 5º, inciso XXXV¹⁴²). Desse modo, as iniciativas que visam instituir requisitos outros que não a lesão ou ameaça ao direito para acesso ao Poder Judiciário estariam em desacordo com a norma constitucional.

Ao tratar das limitações em matéria de princípios constitucionais insta analisar que há reservas formais e materiais quanto à restrição desses direitos. No plano formal, há exigências quanto à competência, ao procedimento e à forma. No segundo aspecto, há barreiras que versam sobre o conteúdo essencial e da proporcionalidade de tais medidas. Tais óbices funcionam como “limites dos limites” e devem ser observados sob risco de descaracterização e mitigação das garantias fundamentais individuais e coletivas.

Nesse íterim, as iniciativas adotadas pelos tribunais concernentes à pretensão resistida parecem eivadas de verdadeiro vício de iniciativa. A imposição de obrigatoriedade, ao estabelecer novo requisito e inovar no ordenamento jurídico deve ser tratada pelo ente competente, qual seja, a União, apta a legislar sobre matéria processual, atingindo, portanto, as reservas formais. Por outro lado, as propostas legislativas não observam a reserva material (núcleo fundamental) da garantia do direito de ação, constitucionalmente assegurada.

O caminho, portanto, para o fomento aos métodos extrajudiciais de resolução de conflitos deve ocorrer por vias outras que não da a obrigatoriedade e imposição de sua realização. Nesse sentido, deve-se respeitar as características dos métodos autocompositivos, como forma de maximizar seus resultados e propiciar a adoção, gradual e contínua, da sua realização pela cultura do sistema jurídico brasileiro.

¹⁴² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 de maio de 2023.

CONCLUSÃO

Na pesquisa realizada, buscou-se verificar, aspectos concernentes ao direito de ação e o interesse de agir. Para a existência do interesse de agir foi necessário a construção da autonomia do conceito de ação que, até o século XIX, encontrava-se quase inteiramente ligado ao direito material. Desenvolvido o ponto, a discussão passa a permear o plano da concretude e abstração do interesse de agir, isto é, se dependeria ou não de uma sentença de mérito favorável para sua configuração.

Não obstante, verificou-se o caráter elementar do instituto processual. A problemática, no entanto, reside no fato de que quanto mais se incrementa os requisitos para configuração do interesse de agir, mais se restringe o direito de ação, constitucionalmente assegurado pela cláusula do acesso à justiça. As preferências, cada vez mais explícitas, de resolução consensual de conflitos parecem indicar uma via de maior ônus argumentativo para aquele que resolve demandar judicialmente.

Indo além, as iniciativas legiferantes que pretendem instituir a obrigatoriedade da tentativa de resolução extrajudicial de conflitos são eivadas de inconstitucionalidade, formal e material. As propostas estabelecidas pelos tribunais não possuem amparo legal, e, ainda se houvesse, essa lei seria inconstitucional. Ressalta-se, ainda, que não cabe ao Poder Judiciário dispor acerca de matéria processual por vício formal de iniciativa. Acrescenta-se que, por risco de se descaracterizar a garantia constitucional de inafastabilidade de jurisdição a ponto de atingir o seu núcleo fundamental, tais condicionamento não se justificam no mérito, nem mediante alteração legal, tampouco por imposição dos órgãos jurisdicionais.

Todavia, o contexto no qual as instituições democráticas estão razoavelmente amadurecidas, exige a utilização de meios variados de resolução de litígios, a considerar as especificidades da realidade concreta, impondo que o processo coexista harmonicamente com outros meios adequados de solução de conflitos. Entretanto, a via da imposição não parece beneficiar os envolvidos, tampouco representar um coeficiente de avanço no acesso à justiça, essencialmente se considerados os desafios de implementação, adoção e efetividade dos meios extrajudiciais. Ainda, ao considerar os pressupostos que caracterizam os métodos autocompositivos de solução de litígios, tais quais, a voluntariedade e autonomia, conclui-se que impor a obrigatoriedade da sessão autocompositiva vai de encontro aos objetivos e construção dos meios adequados de solução de conflitos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Fabrício Bolzan de Coleção Esquematizado – *Direito do Consumidor* / Fabrício Bolzan de Almeida; coordenado por Pedro Lenza. – 11. ed. – São Paulo: SaraivaJur, 2023.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Legitimação para agir. Indeferimento da petição inicial*. In: Temas de direito processual: primeira série. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1988, p. 199; v. tb. ARMELIN, Donaldo. Legitimidade para agir no direito processual brasileiro. São Paulo: RT, 1979, p. 33; FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. Condições da ação: enfoque sobre o interesse de agir no processo civil brasileiro. 1ª ed., 2ª tir., São Paulo: RT, 2000.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Pressupostos processuais e condições da ação*. In: *Justitia*, n. 53, p. 48- 66, São Paulo, out./dez. 1999.

BENJAMIN, Antônio.; MARQUES, Claudia; BESSA, Leonardo. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais. 2022. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/>. Acesso em: 29 jun. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Parecer do Relator, Dep. Vinicius Carvalho, pela aprovação do PL nº 533/2019 e da emenda nº1/2019, apresentada ao substitutivo, com substitutivo. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de n. 533, de 06 de fevereiro de 2019*. Acrescenta o parágrafo único ao artigo 17 e §3º no artigo 491, ambos do Código de Processo Civil. Brasília: Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/>. Acesso em: 29 mar. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 3.813, de 15 de julho de 2020*. Dispõe sobre a obrigatoriedade, nos litígios entre particulares que tenham por objeto direitos patrimoniais disponíveis, de realização de sessão extrajudicial de autocomposição prévia à propositura de ação judicial, estabelecendo normas para tanto. Brasília: Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2257795>.

Acesso em: 29 de mar.

BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor nº 8.078*, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm. Acesso em: 31 jul. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *100 maiores litigantes*. Brasília, 2012. Disponível em https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/100_maiores_litigantes.pdf. Acesso em 31 jul. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução n. 125*, de 29 de novembro de 2010. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/bus-ca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em: 25 jul. 2023.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 de maio de 2023.

BRASIL. Instituto de Ensino e Pesquisa (INSPER). *A judicialização de benefícios previdenciários e assistenciais*. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2020/12/Suma%CC%81rio-Executivo-Previde%C%82ncia-Insper-CNJ_2020-12-01.pdf. Acesso em 31 de jul. 2021)

BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. [S. l.], 16 mar. 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 26 maio 2023.

CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Defesa do Consumidor – Pretensão Resistida (PL 533/2019) – 16/09/2021. YouTube, 16 set. 2021. Disponível em: [\(3\) Defesa do consumidor - Pretensão Resistida \(PL 533/19\) - 16/09/2021 - YouTube](#). Acesso em 1 de ago de 2023.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Defesa do Consumidor – Discussão do PL 533/2019 – Pretensão resistida – 18/11/2021. YouTube, 18 nov. 2021. Disponível em: [\(3\) Defesa do Consumidor - Discussão do PL 533/2019 - Pretensão resistida – 18/11/2021 - YouTube](#). Acesso em 1 de ago de 2023.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 31ª ed., rev. e ampl., São Paulo: Malheiros, 2015.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Note riepilogative su azione e forme di tutela nell’ottica della domanda giudiziale. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: CEDAM, 1993.

DE SOUZA MELO, João Pedro; NERY CARDOSO, Rodrigo. *É inconstitucional exigir o uso da plataforma consumidor.gov como condicionante do interesse de agir*. 1 dez. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/355884/e-inconstitucional-exigir-o-uso-da-plataforma-consumidor-gov>. Acesso em: 4 ago. 2023.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 17ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015, v. I. Teoria Geral do Processo. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FIGUEIREDO, Bianca Fernandes. *Consumidor.gov.br: a exigência de utilização da plataforma digital de solução adequada de conflitos antes do ajuizamento de ação de consumo como fator de eficiência do Poder Judiciário, à luz da análise econômica do direito*. In: Revista CNJ. Brasília, n. 1, p. 19-36, jan./jun. 2020.

FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. 1084 p. ISBN 978-65-5964-546-6.

HUMBERTO, Theodoro Júnior. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento, Procedimento Comum*. 63. ed. rev. e atual. Brasil: Forense, 2022. 1004 p. v. 1. ISBN 978-65-596-4211-3. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/>. Acesso em: 29 jun. 2023.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. 3ª ed. Vol. 1. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros Editores.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. 3ª ed. em e-book, São Paulo: RT, v. 1, 2011

MARQUES, R. G. F. *O papel dos métodos autocompositivos para o poder público no ordenamento jurídico brasileiro como forma de acesso à justiça*. Revista FIDES, v. 11, n. 1, 16 jul. 2020.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça (12ª CÂMARA CÍVEL DO TJMG). *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas 1.0000.22.157099-7/002*. Relator: DES. JOSÉ AUGUSTO LOURENÇO, 31/05/2023. Decisão Judicial. Belo Horizonte, 2023. Disponível em: https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_movimentacoes2.jsp?listaProcessos=10000221570997002. Acesso em: 20 jul. 2023.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Portaria Conjunta nº 1445/PR/2023*, de 17 de fevereiro de 2023. Dispõe sobre a expansão do Projeto "Conciliação em Domicílio" para todas as comarcas do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte: Poder Judiciário do Estado de Minas Gerais Tribunal de Justiça, 2023. Disponível em: [pc14452023.pdf \(tjmg.jus.br\)](#). Acesso em 01 jul. 2023.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, t. IV, p. 225.

NERY JR., Nelson. *Condições da ação*. In: Revista de Processo. São Paulo: RT, n. 64, p. 33-38, out./dez. 1991

OLIVEIRA FILHO, Silas Dias de. *Interesse processual e acesso à ordem jurídica justa: a efetiva necessidade do processo judicial como filtro válido de demandas*. 2021. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022. doi:10.11606/T.2.2022.tde-11102022-100907. Acesso em: 2023-07-05.

PAULA FILHO, Alexandre Moura Alves de. *Cláusula de mediação ou negociação obrigatória nos contratos de consumo: violação ao acesso à Justiça?*. Revista de Processo, [s. l.], v. 315, p. 421 - 442 |, Maio 2021.

PONTES, Daniel. *Mutações no interesse de agir à luz do direito processual civil brasileiro contemporâneo*. 2019. 164 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019.

Projeto Conciliação em Domicílio, do TJMG, conquista prêmio do CNJ. 29 mar. 2023. Disponível em: <http://www.infojusbrasil.com.br/2023/03/projeto-conciliacao-em-domicilio-do.html>. Acesso em: 11 ago. 2023.

SOUZA, André Pagani de *et al. Teoria Geral do Processo Contemporâneo*. 5. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Editora Atlas Ltda., 2021. 540 p. ISBN 978-65-59-77004-5. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br>. Acesso em: 21 jul. 2023.

SOUZA, Janine. *Projeto Solução Direta Consumidor do TJRS*. 14 out. 2014. Disponível em: <http://consumidorrs.com.br/2013/inicial.php?case=2&idnot=34170>. Acesso em: 3 ago. 2023.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação de Conflitos: Proposta de Emenda Constitucional e Tentativas Consensuais Prévias à Jurisdição* /Fernanda Tartuce. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil/Ed. 82 - Jan/Fev 2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. *Orientação recomenda comprovação de tentativa de conciliação para seguimento de ação*. 8 fev. 2021. Disponível em:

<https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/orientacao-recomenda-comprovacao-de-tentativa-de-conciliacao-para-seguimento-de-acao.htm>. Acesso em: 14 ago. 2023.