

O DIREITO À TUTELA JURISDICIONAL: O NOVO ENFOQUE DO ART. 5º, XXXV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL¹

Rodolfo De Camargo Mancuso (*)
Procurador do Município de São Paulo

Resumo: O estudo intenta demonstrar que o conteúdo do inciso XXXV da CF – usualmente tomado sob acepções diversas, tais a universalidade ou ubiquidade da jurisdição, ou mesmo a sede do direito de ação – reclama releitura atualizada e contextualizada, a fim de se preservar sua utilidade e mantê-lo aderente às novas circunstâncias e necessidades da massificada e conflituosa sociedade contemporânea, comprimida num mundo de economia globalizada. Essa releitura é ainda necessária à vista da notória e crescente crise numérica de processos, que avulta muito além da capacidade instalada da Justiça estatal. Ao final, sugere-se um apêndice ao art. 3º do PLC nº 8.046/2010, sobre o novo CPC, cujo conteúdo concerne ao tema ora versado.

Abstract: This study aims at demonstrating that CF's section XXXV - usually employed in different senses due to the universality and ubiquity of our jurisdiction, or even regarding the *locus* of the right of action – claims an updated and contextualized re-reading in order to protect its usefulness and to maintain it adherent to the new circumstances and needs of our massified and conflictive society pressed in a world of global economy. This reexamination is also necessary in view of the notorious and crescent crisis in the number of processes that far surpasses the present capacity of the State justice. At the end we suggest an addendum to article III in the law project about the new CPC (PLC 8.046/2010), whose content refers to the theme above mentioned.

Palavras-chave: Jurisdição. Acesso à Justiça. Meios alternativos de resolução de conflitos. Resolução CNJ nº 125/2010 e a Política Judiciária Nacional.

Keys words: Jurisdiction. Access to Justice. Alternative Dispute Resolutions. National Judiciary Council – Resolution nº 125/2010. National Judiciary Politics.

Sumário.

1. Os múltiplos sentidos da leitura tradicional do art. 5º, XXXV da CF: universalidade / ubiquidade da jurisdição; garantia de acesso à Justiça; a judiciabilidade como manifestação de cidadania. O discurso da facilitação do acesso e suas externalidades. O *critério*

¹ O presente estudo resulta do desenvolvimento da exposição que fizemos por ocasião das IX Jornadas de Direito Processual, no painel “Meios alternativos de resolução de conflitos”, evento realizado sob os auspícios do Instituto Brasileiro de Direito Processual, no Rio de Janeiro, de 29 a 31 de agosto de 2012. Originalmente publicado na *Revista dos Tribunais*, v. 926, dez./2012, p. 135-176.

quantitativo no manejo da sobrecarga judiciária: o aumento da oferta, retroalimentando a demanda. A *cultura demandista*, fomentando a crise numérica de processos, em detrimento da pacificação social. 2. A leitura contemporânea e objetiva (não irrealista ou ufanista) do inciso XXXV do art. 5º da CF. A superação da acepção (hoje anacrônica e impraticável) do monopólio estatal de distribuição da justiça. As *faixas de insindicabilidade judicial* em face da *reserva do possível* e do *mínimo existencial*. 3. O inciso XXXV da CF, visto pela Res. CNJ nº 125/2010 – institui a *Política Judiciária Nacional* – como um *sistema de justiça*, abrangendo órgãos judiciais e outros meios e modos de resolução de conflitos. A *cultura da sentença*, a ser gradualmente superada pela *cultura da pacificação* (Kazuo Watanabe). 4. A *jurisdição compartilhada*, afinada à tendência de *desjudicialização dos conflitos*: (i) controvérsias desportivas submetidas, primeiramente, à Justiça Desportiva (CF, art. 217, § 1º); (ii) decisões dos Tribunais de Contas, de cunho pecuniário, formando título executivo (CF, art. 71, § 3º); (iii) consignações em pagamento realizáveis nos Bancos oficiais (CPC, art. 890, § 1º, cf. Lei 8.951/94); (iv) o compromisso de ajustamento de conduta, viabilizando a extinção do processo com julgamento do mérito (Lei 7.347/85, § 6º do art. 5º, c/c CPC, art. 471-N, V); (v) convenção de arbitragem; (vi) plano de recuperação extrajudicial de empresa (Lei 11.101/2005, art. 161); (vii) inventários, partilhas, divórcios consensuais e testamentos realizáveis nos Tabeliães (CPC, arts. 982 e 1.124-A, cf. Lei 11.441/2007); (viii) Dispensa de ajuizamento de ações e de recursos com parca ou nenhuma possibilidade de êxito: a experiência da AGU; (ix) a regularização fundiária urbana, feita diretamente no Registro de Imóveis; (x) o CADE é “*entidade judicante*, com jurisdição em todo o território nacional” (art. 4º da Lei 12.529/2011). 5. Releitura do interesse de agir, consentindo a exigência de prévia tentativa de resolução da pendência junto a agentes, órgãos ou instâncias para-jurisdicionais. 6. O PL da Câmara Federal nº 8.046/2010, sobre o novo CPC, art. 3º: “Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito, ressalvados os litígios voluntariamente submetidos à solução arbitral, na forma da lei”. Visão crítica e proposta de inclusão de apêndice.

1. Os múltiplos sentidos da leitura tradicional do art. 5º, XXXV da CF: universalidade / ubiquidade da jurisdição; garantia de acesso à Justiça; a judiciabilidade como manifestação de cidadania. O discurso da facilitação do acesso e suas externalidades. O *critério quantitativo* no manejo da sobrecarga judiciária: o aumento da oferta, retroalimentando a demanda. A *cultura demandista*, fomentando a crise numérica de processos, em detrimento da pacificação social.

Remonta às priscas eras romanas a classificação (dita *summa divisio*) do Direito em *Público* e *Privado*, sob o critério da *utilitas*, ficando a cargo do primeiro ramo a positivação de normas concernentes ao Estado e à sociedade gentílica da época, enquanto ao segundo ramo, por exclusão, tocou a regulação dos assuntos de precípua interesse dos particulares; assim o prescrevia o conhecido fragmento de Ulpiano: “*publicum jus est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem; sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim*”. Tudo o mais que porventura não se enquadrasse numa ou noutra daquelas vertentes, ficava relegado a um segundo plano, uma sorte de *limbo jurídico*, e assim se passava com a coisa concernente a todos (*res communes omnium*), ou aquela sem valor (*res nullius*) e, ainda, a coisa perdida ou abandonada (*res derelicta*).

Compreende-se um tal contexto histórico, visto que o Direito Romano era particularmente individualista e patrimonialista, razão pela qual o direito subjetivo vinha centrado no critério da *titularidade*, ou seja, da afetação de um bem a um sujeito determinado, que dele poderia usufruir

com exclusividade, cabendo a possibilidade de judicialização em caso de resistência por terceiro, donde o clássico conceito de Celso mesclar as noções de direito material e processual: *Nihil aliud est actio quam jus iudicio persequendi quod sibi debetur* (D.44, 7,51). José Cretella Júnior assim explica essa interação: “Direito e ação são conceitos estreitamente conexos no sistema jurídico romano. O romano concebe e enuncia o direito mais sob o aspecto processual que material. Durante toda a época clássica, o direito romano é mais um sistema de *actiones* e de meios processuais do que de direitos subjetivos”.²

Esse sentido *processualista* do direito atravessou os séculos e projeta reflexos ainda na atualidade, mormente nos países filiados ao sistema *civil law*, dos direitos codicísticos, podendo-se, dentre nós, vislumbrar um resquício daquela antiga concepção no art. 75 do anterior Código Civil: “A todo o direito corresponde uma ação que o assegura”, bem se podendo, por exemplo numa moléstia possessória, aí antever tanto uma ação judicial (reintegratória) como a ação de direito material: o ato de desforço pessoal em defesa da posse.³

Dado o caráter individualista e patrimonialista do direito romano, compreende-se que um interesse ou valor de largo espectro, cuja fruição se espraiasse por toda a coletividade, não se enquadrasse no apertado conceito de direito subjetivo e nem tampouco no conceito de ação, já que esta era atribuída ao afirmado titular do direito material. Para contornar essa dificuldade e permitir que o interesse da comunidade pudesse ser tutelado judicialmente através de um dos seus integrantes, instituiu-se a *actio popularis*, com respaldo no fragmento de Gaio, que abria uma fenda no rígido sistema de legitimação ativa, centrado na titularidade do direito: “(...) alterius nomine agere non licebat nisi pro populo” (IV, 82).⁴

Outro resquício das fontes romanas pode ser identificado em nosso regime de legitimação processual no âmbito da jurisdição singular, no qual, em regra, o autor da ação se apresenta em nome próprio, na defesa do seu interesse, assim *coincidindo* a situação de vantagem descrita no direito material com o agente que se apresenta no polo ativo (não por outro motivo, se diz que o interesse de agir deve ser real, atual e...*pessoal*), de tal arte que a ruptura desse esquema dito da *coincidência* ou da *correspondência* só ocorre em registro excepcional, nominando-se, *pour cause*, legitimação extraordinária ou anômala (CPC, art. 6º).

É interessante observar que, passados muitos séculos, as coisas comuns a todos (*res communes omnium*), que de início sofriam restrições no campo processual, pelo fato de não virem afetadas a um exclusivo titular, hoje beneficiam de especial proteção, através de mais de um instrumento (dentre nós, notadamente, as ações civil pública e popular), por conta de uma notável alteração na condição legitimante: passou-se a entender que os interesses metaindividuais, justamente por se tratar de valores e interesses “sem dono” (*rectius*: sem titular exclusivo) deveriam, *pour cause*, beneficiar de uma tutela diferenciada e potencializada, até porque os direitos subjetivos individuais preordenam-se, naturalmente, a serem protegidos por seus respectivos titulares, *pro domo sua*. A judicialização de interesses e valores concernentes a sujeitos indeterminados, referenciados a um objeto indivisível, radica, portanto, no entendimento de que nos conflitos metaindividuais (que eclodem na contemporânea sociedade de massa, comprimida numa economia globalizada), a condição legitimante se desloca, do tradicional critério da titularidade, para o binômio *relevância do interesse – representatividade adequada* do portador judicial.

² *Direito Romano*, São Paulo: RT, 1963, p. 262.

³ O vigente Código Civil – Lei 10.406/2002 não recepcionou esse dispositivo, mas um conteúdo algo semelhante se colhe no art. 189: “Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206”.

⁴ Para um melhor desenvolvimento desse tópico, v. o nosso *Ação Popular*, 7ª ed., São Paulo: RT, 2012, p. 48.

Essa evolução conceitual do direito de ação, agora direcionado à jurisdição coletiva,⁵ possibilitou a gradual e crescente positivação de diversos instrumentos processuais nesse campo, identificáveis, em apertada síntese, por três características: (*i*) uma legitimação ativa *concorrente-disjuntiva*, na feliz dicção de José Carlos Barbosa Moreira, fundada no binômio antes referido; (*ii*) um objeto litigioso de largo espectro, concernente a toda coletividade ou ao menos a um expressivo segmento; (*iii*) uma coisa julgada de eficácia expandida, *erga omnes* ou ao menos *ultra partes*.

Escrevendo ainda antes da positivação dos *interesses metaindividuais* (Lei 8.078/90, art. 81, § único e incisos), José Carlos Barbosa Moreira já reconhecera que, ao lado das relações interindividuais, “vai crescendo incessantemente o número e o relevo de situações de diferente corte, em que se acham envolvidas coletividades mais ou menos amplas de pessoas. Essas situações também podem e costumam servir de nascedouro a conflitos de interesses, cuja frequência e gravidade aumentam dia a dia”; adiante, asseverava “a serventia da ação popular em matéria edilícia, como instrumento de proteção do ‘interesse difuso’ na preservação da racionalidade do desenvolvimento urbano”.⁶ (Hoje, esse valor se insere na *ordem urbanística*, objeto dos arts. 182, 183 da CF, explicitados no *Estatuto da Cidade* – Lei 10.257/2001, e objeto de tutela pela ação civil pública – Lei 7.347/85, art. 1º, VI).

Hoje não resta dúvida de que a jurisdição estatal abrange os históricos de danos temidos ou sofridos, assim no plano individual como no coletivo, valendo observar que, na jurisdição singular, podendo (*rectius*: devendo) o juiz coartar a formação de litisconsórcio ativo facultativo muito numeroso (dito multitudinário ou *monstrum*: CPC, § único do art. 46), aí mesmo está sinalizado que ocorrências envolvendo muitos sujeitos escapam ao âmbito das ações individuais, devendo ser manejadas nos quadrantes da jurisdição coletiva. Justamente porque a sociedade massificada é propícia à formação de conflitos de largo espectro, compreende-se a gradual pujança do processo coletivo, a ponto de o PL da Câmara Federal nº 5.039/2009 - inicialmente pensado no contexto de um Código Brasileiro de Processos Coletivos e, depois, redirecionado para uma nova ação civil pública - prever no art. 64: “As ações coletivas terão tramitação prioritária sobre as individuais”.

Outro aspecto a ser sobrelevado é que, embora o acesso à Justiça, objeto do art. 5º, XXXV da CF, não distinga entre pessoas físicas ou jurídicas, e, dentre estas, as de direito público ou privado, não há negar que, por conta de uma certa *divisão de trabalho*, que remonta à separação entre os Poderes, à Administração Pública ficou reservada a gestão do interesse social, a título primário e imediato, provendo sobre os valores e interesses maiores da coletividade e do próprio Estado, seja aplicando a lei de ofício ou adotando condutas discricionárias, ao passo que ao Judiciário ficou reservada a intervenção *a posteriori* (função dita “substitutiva”), ou seja, após configurado um conflito tornado impossível entre os interessados (ou então nas ações ditas *necessárias*). Assim se passa porque o interesse de agir reclama a necessidade/utilidade da Justiça estatal, e esse binômio não se configura se e enquanto um afirmado direito não está ameaçado ou não foi afrontado.

A notória complexidade da vida contemporânea, expondo novas e crescentes necessidades, a par da intrincada estrutura da Administração Pública, operando num contexto de recursos escassos, não permite o pronto e eficiente atendimento aos diversos reclamos da população, levando a um preocupante contexto: (*i*) muitos históricos de danos temidos ou sofridos não são submetidos à instância administrativa, até porque nem todos eles comportam essa via, por

⁵ Sobre o que se deva entender por “jurisdição coletiva” v. o nosso *Jurisdição coletiva e coisa julgada*, 3ª ed., São Paulo: RT, 2012, cap. III. 2.

⁶ A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos”. In *Temas de Direito Processual*, 1ª série, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1988, p. 110, 117.

peculiaridades da matéria ou qualidade da pessoa; (*ii*) em muitos casos a solução administrativa é recusada ou então ofertada em modo insuficiente, gerando bolsões de insatisfação ao interno da coletividade; (*iii*) o demandismo exacerbado está ainda longe de ser substituído ou ao menos atenuado por uma *cultura da pacificação*, ainda incipiente dentre nós, não tendo atingido o desejável patamar em que os sujeitos concernentes a uma controvérsia se predisponham a resolver entre si suas divergências, ou ainda com a intercessão de um agente facilitador; (*iv*) a (equivocada), ou ao menos exagerada visualização do acesso à Justiça como *expressão de cidadania*, quando, antes e superiormente, a maior manifestação de civilidade e urbanidade se manifesta na busca pela resolução consensual dos conflitos, ao menos num primeiro momento.

Todos esses fatores - que interagem - têm levado a que, de modo geral, o conteúdo do art. 5º, XXXV da CF (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”) acabasse merecendo uma leitura exacerbada (que em outra sede chamamos ufanista e irrealista),⁷ chegando à chamada *judicialização do cotidiano*, numa açodada *ligação direta* entre a controvérsia e o Forum, gerando o afluxo de lides ainda em estágio inicial, longe do ponto de maturação, projetando deletérios efeitos: acirramento da contenciosidade social; retardamento dos ritos processuais (sobretudo na fase probatória); crescente crise numérica de processos; desestímulo à solução consensual; protraimento do desfecho da causa a um ponto futuro indefinido.

O vezo de se enfatizar o acesso à Justiça (sob a generosa palavra *facilitação*) tem levado a exageros, e, de envolta, tem projetado externalidades negativas, a começar pela (equivocada) mensagem passada à coletividade de que o *normal* é a judicialização de todo e qualquer interesse ameaçado ou contrariado. Isso tem criado uma expectativa de presteza e efetividade da intervenção jurisdicional que, ao depois, o Estado não tem como atender, ou, pior, buscando sofregamente fazê-lo, acaba oferecendo resposta de menor qualidade, numa Justiça de massa e padronizada, notoriamente lenta, ao depois *totalizada* sob a óptica quantitativa das cifras e estatísticas entre o *in put* e o *out put* dos processos. No ponto, Douglas Zaidan de Carvalho: “Sob a perspectiva numérica de atuação, o Judiciário parece buscar legitimidade institucional para o seu engrandecimento no Estado democrático, é como se divulgar números de sentenças proferidas, recursos julgados, somas em dinheiro liberadas para pagamento via precatórios ou requisições de pequeno valor aproximasse o Judiciário de uma realidade comandada pela economia, onde funciona a lógica do fazer mais utilizando menos. Esse viés economicista de enxergar a atividade judicial, também presente nos Juizados Especiais Federais cíveis, possibilita o esquecimento da complexidade de vários dos direitos pleiteados e põe em xeque o seu próprio propósito, o acesso à justiça, cujo benefício se encontra na qualidade da fruição de direitos e não somente ao direito de ajuizar uma ação e obter uma resposta”.⁸

Outra externalidade negativa da leitura exacerbada (ou descuidada) do inciso XXXV do art. 5º da CF reside em que, desse modo, o direito de ação, arrisca se converter em ... *dever de ação*, quando em verdade, tal como se afirma na experiência norte-americana, a via judicial é de ser buscada, em princípio, sob um prisma subsidiário ou mesmo residual (*last resort*), ou seja, após esgotados outros possíveis meios auto ou heterocompositivos adequados ao caso (técnica utilizada nas *Multi-doors Courts*); isso, naturalmente, à exceção dos casos em que a natureza da matéria (v.g., uma ação de anulação de casamento, uma ação rescisória, uma *ADIn*) ou a qualidade das partes (v.g., mandado de segurança coletivo; ações de competência originária dos Tribunais) torne impositiva a passagem judiciária.

⁷ Acesso à Justiça – condicionantes legítimas e ilegítimas, São Paulo: RT, 2012, p. 194.

⁸ A sobrecarga do Poder Judiciário como instância decisória: uma análise a partir da atuação judicial nos Juizados Especiais Federais Cíveis. Disponível em http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=145453&id_site=1115&ordenacao=1, acesso em 29.08.2012.

Aliás, dentre nós, Cândido Rangel Dinamarco vê no citado dispositivo constitucional não a sede do direito de ação (como muitas vezes se propaga), mas o visualiza no âmbito do que chama *escalada de situações jurídicas*, ali perscrutando um singelo e genérico *direito de demandar*, que de modo algum se assimila ao direito de ação: “Já não é qualquer sujeito que *tem ação*, uma vez que ela é mais estrita que o mero *direito de demandar*: circunscreve-se a quem for portador de uma pretensão em tese admissível perante a ordem jurídica nacional, guardar uma posição que lhe dê qualidade pessoal para conduzi-la em juízo em face de outro sujeito também legitimado, tiver necessidade do serviço jurisdicional sob pena de resignar-se, e ainda se dispuser a trazer sua pretensão a juízo com pedido de tutela substancialmente adequada, pela via processual também adequada”.⁹

Mesmo a se aceitar, *gratia argumentandi*, que o ponto ótimo de um processo judicial é alcançado quando proferida a decisão de mérito, nada impede – e não raro se recomenda – que, ao invés dessa *solução adjudicada*, a lide venha resolvida mediante transação, mormente quando envolve conflito multiplexo, que depassa a crise propriamente jurídica, como se dá com os exitosos *compromissos de ajustamento de conduta* (Lei 7.347/85, § 6º do art. 5º), recorrentes nos casos de conflito ambiental, certo que tais documentos, levados à homologação, se convertem em título executivo judicial (CPC, art. 471-N V). Aliás, mesmo nos conflitos já judicializados, nos quais o objeto litigioso está estabilizado, é possível, em caso de solução consensual, inserir na transação “matéria não posta em Juízo” (CPC, art. 475-N, III), em nome da desejável *jurisdição integral*. Esse ideal transparece no PL da Câmara Federal nº 8.046/2010, sobre o novo CPC, prevendo o art. 4º que “as partes têm direito de obter em prazo razoável a *solução integral da lide*, incluída a atividade satisfativa”.

Sob o aspecto operacional do manejo da massa de processos tem-se insistido, dentre nós, na política de “lidar com a consequência” (= a crescente crise numérica de processos), não se notando igual empenho no diagnóstico da própria *questão judiciária* em si mesma, sobretudo nas suas concausas, dentre as quais sobressai a *cultura demandista* arraigada no país. Esse fenômeno, restando inatacado, vai recrudescendo e provocando efeitos colaterais perversos, dentre eles o diverso peso que a lide pendente representa em face das partes: sobrecarrega o litigante *eventual* e pouco onera o litigante *habitual*, já que este último trabalha em economia de escala na sua relação com a Justiça estatal (dispõe de advocacia *de partido*; conta com departamento jurídico bem estruturado), e por isso não lhe causam grande moza as mazelas ou a ineficiência da estrutura judiciária, como se passa com o litigante eventual.

O vezo (equivocado) do *manejo quantitativo* da questão judiciária (mais processos = mais juízes, prédios, equipamentos, servidores, informática, enfim, mais custeio) na medida em que *insufla a oferta*, acaba por *retroalimentar a demanda*, num perverso e oneroso círculo vicioso. Ao fim e ao cabo, sequer resulta o conforto de algum proveito para a parcela mais numerosa da coletividade, mas, ao contrário, como adverte Maria Teresa Sadek, “o sistema judicial brasileiro nos moldes atuais estimula um paradoxo: *demandas de menos* e *demandas demais*. Ou seja, de um lado, expressivos setores da população acham-se marginalizados pela lei do mais forte, certamente menos justa e com altíssima potencialidade de desfazer todo o tecido social. De outro, há os que usufruem em excesso da justiça local, gozando das vantagens de uma máquina lenta, travada e burocratizada”.¹⁰

⁹ Tutela jurisdicional. In *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, t. II, 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 821.

¹⁰ Judiciário: mudanças e reformas. *Revista Estudos Avançados*, USP, nº 18 (51), mai/ago. 2004, p. 86.

2. A leitura contemporânea e objetiva (não irrealista ou ufanista) do inciso XXXV do art. 5º da CF. A superação da acepção (hoje anacrônica e impraticável) do monopólio estatal de distribuição da justiça. As *faixas de insindicabilidade judicial* em face da *reserva do possível* e do *mínimo existencial*.

Urge que a comunidade jurídica brasileira se predisponha a uma releitura – atualizada e contextualizada - do contido no inciso XXXV do art. 5º da CF, o qual até agora tem sido visto como o *topos* de diversos direitos subjetivos e de prestações estatais, tais o direito de ação, a garantia de acesso à Justiça, e até mesmo como a consagração de uma manifestação de cidadania. É tal a profusão conceitual acerca desse dispositivo que Flávio Galdino chega a listar nada menos de *quatorze expressões* excogitadas doutrinariamente acerca do conteúdo daquele inciso XXXV do art. 5º da CF, ao final indagando: “Qual o preciso conteúdo de cada uma dessas figuras ?”¹¹

O *direito de ação* não pode estar aninhado no citado dispositivo, pela boa razão de que ali apenas se enuncia que a Justiça estatal está ofertada, genericamente, aos que entendam dela precisar, ao passo que a ação é um direito muito condicionado, afetado a um histórico de dano temido ou sofrido, de tal arte que, se não atendidas as exigências para um juízo positivo de admissibilidade, o Estado-juiz fica desonerado (*rectius*: impedido) de enfrentar e resolver a lide, apenas podendo prolatar decisão meramente processual, dita *terminativa* (CPC, art. 267, IV, VI). Aliás, tal seja a gravidade da falha na petição inicial (vg., CPC, arts. 13, I; 284, § único), sequer se forma o processo, devendo o juiz, sem citar o indigitado réu, indeferir liminarmente a petição inicial (CPC, § único do art. 295).

A rigor, o próprio *acesso à Justiça* é apenas tangenciado no citado inciso XXXV do art. 5º da CF, porque não se pode considerar que tal se configura com a simples apresentação de uma petição inicial a um juiz, já que a ação constitui o conteúdo do processo e este (o continente) não se considera constituído sem a citação válida (CPC, art. 214);¹² não por acaso o CPC distingue os diversos momentos de configuração do processo e da ação, esta última tendo-se por proposta “tanto que a petição inicial seja despachada pelo juiz, ou simplesmente distribuída, onde houver, mais de uma vara” (art. 263), tratando-se, pois, de realidades adjacentes, porém distintas.

Tampouco o antes citado dispositivo constitucional significa garantia de decisão de mérito, porque o exame e deslinde do fulcro da demanda se apresenta como um *posterius*, não havendo um engajamento prévio do Estado a esse respeito, a menos que tenha sido atendido o *prius*, a saber, o atendimento às condições da ação (legitimidade ativa e passiva, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido), e que essa ação se insira numa relação processual existente e válida, com o atendimento aos pressupostos atinentes: (*i*) às partes (capacidade de estar no processo e capacidade postulatória), (*ii*) ao juiz (imparcialidade e competência) e, (*iii*) ao próprio processo (petição inicial e citação válida). Assim se passa, dentre outros motivos, porque, ao contrário do Administrador Público, que atua de ofício, aplicando a norma de regência, já a intervenção judicial se faz em modo *substitutivo* das partes, por provocação destas (princípio da inércia) e só respondendo nos limites em que a tanto veio instado (vedação da decisão *infra, ultra, citra petita*).

Há também um equívoco, ou no mínimo um exagero, em perscrutar no citado texto constitucional uma natural *manifestação de cidadania* – como se a Justiça estatal fosse um *guichê*

¹¹ A evolução das ideias de acesso à justiça. *Revista Autônoma de Processo* (Curitiba-PR), nº 3. Abr./Jun.2007, p. 65 - 67.

¹² Hoje se vem excogitando uma sorte de *processo linear*, portanto não angularizado com a citação do réu, nos casos de *juízo antecipadíssimo do mérito* (CPC, § 5º do art. 219, redação da Lei 11.280/2006; art. 285-A, *caput*, acrescido pela Lei 11.277/2006). V., ao propósito, as ponderações de Vicente de Paula Ataíde Júnior, A resolução antecipada do mérito em ações repetitivas (Lei 11.277/2006). *Revista de Processo* nº 141, Nov./2006, p. 117.

de reclamações genéricas, acessível sob qualquer pretexto - quando na verdade a entrega pronta e imediata de uma controvérsia ao Estado-juiz significa que os interessados não tentaram antes compô-la, seja diretamente ou com intercessão de um agente facilitador; de outro lado, essa *ligação direta*, infelizmente disseminada dentre nós, resulta numa sorte de *terceirização* da resolução da lide (tirante, naturalmente, os casos que, por peculiaridades de matéria ou de pessoa reclamam indispensável passagem judiciária, notadamente as ações, ditas, *pour cause*, necessárias).

Dito de outro modo, a vera e fecunda *manifestação de cidadania* se configura, num primeiro momento, quando os interessados interagem para resolver da melhor maneira suas divergências, certo que a outra postura – o demandismo judiciário pronto e imediato – além de esgarçar o tecido social, leva a que muitas ações afluam à Justiça muito antes de seu ponto de maturação, engendrando desgastes desnecessários e o protraimento do desfecho da lide, já que o processo não terá como ser decidido antecipadamente, reclamando instrução probatória.

Em verdade, e sem exageros hermenêuticos, o que se vislumbra no inciso XXXV do art. 5º da CF é uma diretriz ou, se se quiser, uma mensagem dirigida ao legislador, avisando-o para que se exima de positivar situações e ocorrências desde logo e *a priori* excluídas de uma passagem judiciária na qual um órgão judicial competente e imparcial tomará conhecimento do histórico de dano temido ou sofrido.

Note-se que esse viés exegético de modo algum significa que o legislador federal fica impedido de estabelecer condições e requisitos para tal acesso; aliás, o próprio constituinte excepcionou os conflitos desportivos da pronta e imediata judicialização, mandando que primeiro seja instado o Tribunal Desportivo (art. 217 e § 1º), assim erigindo, nesse campo, um vero pressuposto processual negativo, nos moldes da convenção de arbitragem e da exceção de coisa julgada (CPC, art. 267, V, VII). E, no plano da legislação ordinária, o mandado de segurança não pode ser concedido contra “ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução” (Lei 12.016/2009, art. 5º, II): sim, porque antes de encerrada a instância recursal administrativa, não está (ainda) configurado o *prejuízo* que deflagraria a *necessidade* da impetração, nem tampouco a Autoridade poderia ser considerada *coatora*. No ponto, Cássio Scarpinella Bueno: “Desde que o impetrante possa recorrer administrativamente, impugnando *eficazmente* o ato ou o fato que entende ilegal ou abusivo, não há interesse jurídico na impetração do mandado de segurança”.¹³

Note-se que se o constituinte não se dispôs a conceituar certas categorias processuais, tais a coisa julgada (art. 5º, XXXVI), a representação processual (art. 5º, XXI), a ação civil pública (art. 129, III), limitando-se apenas a enunciá-las, é porque tais explicitações ficaram cometidas ao legislador ordinário federal (art. 22, I), e é por isso que o *conteúdo* do que se contém no acesso à Justiça deve ser precisado na legislação processual. E isso, no plano teórico-dogmático, porque a *efetividade prática* daquele acesso depende da vontade política em dotar a Justiça estatal das condições materiais e pessoais necessárias à oferta de uma resposta de qualidade, que em outra sede identificamos como aquela “decisão de mérito que atenda seis atributos: *justa, jurídica, econômica, tempestiva, razoavelmente previsível, com aptidão para promover a efetiva e concreta satisfação do direito, valor ou bem da vida reconhecidos no julgado*”.¹⁴

O vero acesso à justiça não tem como ser garantido por um enunciado normativo, ainda que de extração constitucional, mas antes depende da concretização de uma vera política pública nesse campo, nos moldes do enunciado na Res. CNJ nº 125/2010, que estabelece a *Política Judiciária Nacional*; vale dizer, aquele desiderato depende da adoção de medidas estruturais e

¹³ *A nova lei do mandado de segurança*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 34. De interesse, no caso, a súmula vinculante nº 21, do STF: “É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo”.

¹⁴ *Acesso à justiça – condicionantes legítimas e ilegítimas*, São Paulo: RT, 2012, p. 383.

organizacionais, para que a Justiça estatal possa desempenhar com eficiência suas atribuições: afinal, *quem quer os fins, dá os meios*. E isso, em qualquer das dimensões sob as quais pode ser visto o Judiciário: (i) Poder (noção estática, ligada à soberania estatal); (ii) Função (o objetivo de justa composição dos conflitos, em tempo razoável, com oportuna agregação da coisa julgada); (iii) Atividade (o planejamento e execução dos serviços de apoio, o acompanhamento do desempenho dos órgãos judiciais, enfim, o auto-governo da magistratura).¹⁵

A experiência com os Juizados Especiais é expressiva nesse contexto: não se questiona o êxito de sua implantação, tanto assim que proliferaram a partir da Lei 9.099/95 (Juizados Estaduais), seguindo-se os Federais (Lei 10.259/2001), aqueles voltados aos casos de violência doméstica (Lei 11.340/2006 – Lei *Maria da Penha* – art. 29), e os da Fazenda Pública (Lei 12.153/2009), mas não se pode descuidar que essa própria eficiência pode, paradoxalmente, se transmutar num complicador (*o fracasso do sucesso*, passe o oxímoro), na medida em que a facilitação exacerbada pode dissuadir as partes a se comporem entre si ou a procurarem outros meios e modos de resolução, assim *preferindo* judicializar desde logo suas pendências. Uma evidência disso se está verificando nos Juizados da Fazenda Pública, a teor do exposto por Lúcio Picanço Facci: “No que se refere à judicialização das relações jurídico-administrativas seus efeitos perniciosos não se limitam ao aumento da carga de serviço dos juízes e dos percentuais de processos nos quais o Estado figure como parte: além de reforçar a descrença da população na capacidade das instâncias administrativas em resolverem seus problemas, o repasse contínuo das controvérsias administrativas ao Judiciário como instância decisória também contribui para que a Administração se torne cada vez mais ineficiente. Isso porque, no lugar de estimular a melhoria e a ampliação dos serviços pela própria Administração Pública, as soluções dos conflitos entre o Estado e o cidadão tem sido reiteradamente construídas dentro do espaço judicial”. O autor cita o Enunciado nº 77 do Forum Nacional dos Juizados Especiais Federais (FONAJEF) dispondo que “o ajuizamento da ação de concessão de benefício da seguridade social reclama prévio requerimento administrativo“. Prossegue o articulista: “A Advocacia Pública da União (AGU), por sua vez, tem sistematicamente invocado em suas manifestações a falta de interesse de agir pela ausência de pretensão resistida pela União e suas autarquias em tais casos”.¹⁶

Se, *gratia argumentandi*, fosse válido sustentar que todo e qualquer interesse ameaçado ou contrariado devesse merecer pronta e imediata judicialização, então ter-se ia que admitir a inconstitucionalidade do antes citado art. 217 e § 1º da própria CF, dispondo que os conflitos desportivos devem primeiro ser submetidos à Justiça Desportiva, que tem prazo de seis meses para dirimi-los; o mesmo ocorreria com o 4º da Lei 12.529/2011, dispondo que o CADE é “instância judicante, com jurisdição em todo o território nacional”, certo que os órgãos jurisdicionais estão elencados em *numerus clausus* no art. 92 da CF; também, sob uma leitura antiga e defasada, restaria inconstitucional o art. 8º e incisos da Lei 9.507/97, ao condicionar o pedido de *habeas data* à prévia demonstração de esgotamento da via administrativa. A tendência a desjudicializar conflitos, conforme se demonstrará no item IV *infra*, é irreversível e crescente, justificando o reconhecimento de que já se instalou dentre nós um ambiente de *jurisdição compartilhada*, incompatível, por definição, com a defasada e hoje impraticável ideia de *monopólio estatal de distribuição da justiça*. Dito de outro modo, a *condição legitimante* da jurisdição – antes atrelada às ideias de Poder e de Autoridade – foi gradualmente se deslocando para outro paradigma, qual seja o da efetiva aptidão e idoneidade de uma dada instância, órgão ou agência, no setor público ou privado, para prevenir ou dirimir conflitos em modo justo e num tempo razoável.

Nesse sentido, Léslye Shéri da Ferraz alerta que “a par da necessidade prática de reduzir a termos palpáveis o conteúdo do acesso à Justiça, não se pode perder de vista que a expressão deve ser interpretada da forma mais ampla possível. Assim, a ‘justiça’ deve ser concebida não apenas

¹⁵ Para um desenvolvimento dessa trilogia, v. o nosso *Jurisdição coletiva e coisa julgada – teoria geral das ações coletivas*, 3ª ed., São Paulo: RT, 2012, cap. VI. 3.

¹⁶ Conciliação no direito processual público: novos paradigmas e a experiência recente da Advocacia Geral da União. *Revista Dialética de Direito Processual* nº 106, jan./2012, p. 92.

como a solução adjudicada do litígio, mas como uma vasta gama de possibilidades para resolver os conflitos (Galanter, 1981: 148). E o ‘acesso’ não apenas como o ingresso nos Tribunais, mas também em outras arenas”.¹⁷ Nem outra coisa se colhe da Res. CNJ nº 125/2010, antes mencionada, quando em seus *consideranda* fala no “acesso ao sistema de Justiça”, o qual, “previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, além da vertente formal perante os órgãos judiciários, implica acesso à ordem jurídica justa”. Para que uma decisão judicial seja *justa* (e não somente jurídica, isto é respaldada num texto legal) é preciso que se vá além, dizendo Michelle Taruffo que para tanto impende a confluência de “tre condizioni congiuntamente necessarie”, a saber: “a) l’essere la decisione Il risultato finale di un procedimento nel quale sia state rispettate le garanzie processuali; b) l’essere la decisione fondata su un accertamento veritiero dei fatti controversi; c) l’essere la decisione Il risultato di una corretta interpretazione applicativa delle norme rilevante nel caso concreto”.¹⁸

Não mais se duvida que a era do *monopólio estatal na distribuição da justiça* é hoje de interesse praticamente histórico, pela boa razão de que a cultura demandista que assola o país desde as últimas décadas provocou um *tsunami* de processos muito além da capacidade instalada do Judiciário. O Judiciário, premido por essa angustioso problema, e tentando obsessivamente resolvê-lo pela *óptica quantitativa* (elementos de contenção, filtros e barreiras; sumarizações diversas; julgamentos em bloco), acabou por oferecer uma resposta massiva, de baixa qualidade, que desserve o ideal de justiça e frustra os jurisdicionados. Ou seja, por esse modelo não se resolveu o problema e ainda se criaram outros.

Assim é que se têm implementado técnicas ou estratégias para atenuar a crise numérica de processos, como o chamado julgamento antecipadíssimo do mérito (CPC, art. 285-A), permitindo ao juiz reproduzir, nos processos replicados, e sem citar o réu, a sentença de total improcedência proferida no processo tomado como paradigma; ou ainda autorizando-se o juiz a não receber apelação contra sentença calcada em súmula do STF ou do STJ (CPC, § 1º do art. 518). Em casos que tais, o que se constata desde logo e ainda uma vez, é a insistência em *lidar com a consequência*, deixando em aberto a causa; numa segunda mirada, tais inovações, a pretexto de *desovar* processos ou truncar seu trâmite, atritam garantias do devido processo legal: no primeiro caso, não se dá o devido peso ao fato de que o indigitado réu tem tanto direito ao processo como o autor; no segundo caso, se desconhece que as súmulas simples, mesmo do STF ou do STJ, não são impositivas, mas persuasivas, de sorte que o fato de a sentença se afinar com elas não pode dificultar o duplo grau de jurisdição.¹⁹

Tem-se igualmente tentado outro viés, no contexto geral de uma *jurisprudência defensiva*, qual seja o obstaculizar pretensões judicializadas contra o Poder Público, reclamando certas prestações primárias (saúde, transporte, educação), em casos de não-previsão, inexistência ou insuficiência de recursos orçamentários para atender a demanda indigitada, eximente essa a que se vem chamando *reserva do possível* e que tem como contraponto, ou como limite, o chamado *mínimo existencial*. Conquanto se trate de matéria ainda carente de melhor desenvolvimento, Kazuo Watanabe afirma que a “cláusula da ‘reserva do possível’ não é invocável na tutela jurisdicional do ‘mínimo existencial’”; e ainda, que, dentre os “direitos fundamentais sociais” – tripartidos em (i) “núcleo básico do princípio da dignidade da pessoa humana”; (ii) os “previstos em normas constitucionais de ‘densidade suficiente’”; (iii) os “demais direitos fundamentais sociais, previstos em normas constitucionais de cunho programático” - somente os

¹⁷ *Acesso à Justiça – uma análise dos Juizados Especiais Cíveis no Brasil*, São Paulo: FGV – Rio de Janeiro, 2010, p. 83, 84.

¹⁸ *Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, nº 1, mar./2001, p. 20.

¹⁹ V., todavia, os judiciosos contra-argumentos de Fernando da Fonseca Gajardoni: O princípio constitucional da tutela jurisdicional sem dilações indevidas e o julgamento antecipadíssimo da lide, in CALDEIRA, Adriano e CUNHA LIMA FREIRE, Rodrigo da (orgs.), *Terceira etapa da reforma do Código de Processo Civil – estudos em homenagem ao Ministro José Augusto Delgado*, Salvador: Podvium, 2007, p. 155 e s.

dois primeiros tipos são “imediatamente judicializáveis, independentemente de prévia definição de política pública pelo Legislativo ou pelo Executivo”, enquanto que a *justitiabilidade* do terceiro tipo “depende de prévia ponderação, por meio de política pública específica, dos demais Poderes do Estado”.²⁰ A esse pensamento pode ser agregada a ponderação de Osvaldo Canela Júnior: “Se o patrimônio do Estado não é suficiente para o adimplemento completo de suas obrigações constitucionais, abre-se o caminho para duas soluções possíveis: a) a aplicação do princípio da proporcionalidade na utilização dos recursos existentes, no caso de concessão de tutelas de urgência; ou b) o ajuste orçamentário para o cumprimento da sentença transitada em julgado”.²¹

3. O inciso XXXV da CF, visto pela Res. CNJ nº 125/2010 – institui a *Política Judiciária Nacional* - como um *sistema de justiça*, abrangendo órgãos judiciais e outros meios e modos de resolução de conflitos. A *cultura da sentença*, a ser gradualmente superada pela *cultura da pacificação* (Kazuo Watanabe).

A leitura serena, desapassionada e aderente à realidade contemporânea do que se contém no inciso XXXV do art. 5º da CF – geralmente consagrado como o *topos* do acesso à Justiça, a par de muitas outras acepções – revela que o endereçamento precípua desse dispositivo não é para o jurisdicionado, e sim ao legislador, avisando-o para não positivar a exclusão *a priori*, de históricos de lesão temida ou sofrida, à apreciação do Judiciário. Observe-se que tal diretriz não significa: (*i*) que toda e qualquer contrariedade ou insatisfação deva de pronto ser judicializada; (*ii*) que o interesse de agir não possa vir legalmente condicionado ao prévio atendimento de certas exigências, dentre as quais a prévia submissão da pendência a outros órgãos, instâncias ou agências competentes na matéria; (*iii*) que somente os órgãos listados no art. 92 da CF exerçam a jurisdição, já que esta palavra tornou-se polissêmica, consentindo o reconhecimento de um ambiente de *jurisdição compartilhada*, naturalmente incompatível com o sentido antigo (e defasado) de justiça monopolizada pelo Estado. (*Mutatis mutandis*, algo semelhante passou-se com o Legislativo, a se considerar o número expressivo de órgãos, instâncias e agências governamentais que hoje produzem normas, de todos os tipos e distintas eficácias, permitindo falar-se numa *nomogênese difusa*).

O ideário de uma *jurisdição compartilhada* parece compatível com a ideologia consagrada na Res. CNJ nº 125/2010 (DJe 01.12.2010, republicada no DJe de 01.03.2011), que institui a *Política Judiciária Nacional*, a teor dos *consideranda*: “o direito de acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, além da vertente formal perante o órgãos judiciários, implica acesso à ordem jurídica justa”; ainda, afirma-se que cabe ao Judiciário estabelecer “não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação”.

Esse renovado panorama da prevenção e resolução de conflitos funda-se em três premissas: (§) , de ordem sociológica; (§§) de caráter técnico-jurídico; (§§§) atinente ao custeio da Justiça estatal.

(§) Sob o primeiro enfoque, impende ter presente que a lide pendente, na medida em que torna litigioso o objeto, arma os espíritos, convertendo interessados em adversários, tudo ao fim e ao cabo impactado pelo peso da solução adjudicada estatal, que transmuda as partes em vencedor

²⁰ Controle jurisdicional das políticas públicas – ‘mínimo existencial’ e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis”. In GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo (orgs.), *O Controle jurisdicional de políticas públicas*, Rio de Janeiro: Gen-Forense, 2011, p. 212.

²¹ *Controle judicial de políticas públicas*, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 103.

e vencido, assim conspirando contra a paz social e a segurança do comércio jurídico em geral. Esse quadro se agrava com a notória dilação excessiva dos processos, que não se consegue eliminar ou ao menos amenizar tão só por força do singelo enunciado do inciso LXXVIII do art. 5º da CF – a razoável duração do processo - (princípio ? diretriz ? norma programática ?). A norma – legal ou constitucional – de per si não basta para a consecução prática dos objetivos perseguidos, tendo-se já afirmado, com espírito, que “já se viu sociedade que mudou lei, mas ainda não se viu lei que mudou sociedade”. É por isso que, malgrado a interminável reforma por que vem passando o CPC, boa parte dela inspirada no propósito de reduzir a crise numérica de processos e/ou sumarizar julgamentos, o fato é que a sobrecarga não dá sinais de arrefecer, nem tampouco se ameniza a dilação excessiva dos processos, evidenciando uma vez mais que a *nomocracia* – tendência a resolver problemas com normas – não basta para a consecução dos objetivos colimados.

Humberto Theodoro Júnior escreve, a esse respeito: “Na pura realidade, não está no âmbito das normas jurídicas a causa maior da demora na prestação jurisdicional, mas na má-qualidade dos serviços forenses. Nenhum processo duraria tanto como ocorre na justiça brasileira se os atos e prazos previstos nas leis processuais fossem cumpridos fielmente. A demora crônica decorre justamente do descumprimento do procedimento legal. São os atos desnecessariamente praticados e as etapas mortas que provocam a perenização da vida dos processos nos órgãos judiciários. De que adianta reformar as leis se é pela inobservância delas que o retardamento dos feitos se dá ?”²²

É dizer, a *real eficiência* de uma reforma, sobretudo quando incide num texto codificado, voltado a regular processos judiciais, precisa ser acompanhada de providências que passam pela vontade política dos dirigentes do próprio Judiciário e dos governantes e, principalmente, implica na adoção de medidas concretas envolvendo a fixação de critérios para o *in put* e o *out put* de processos, a par de investimento constante na estrutura e organização da Justiça estatal. A toda essa problemática da morosidade da prestação jurisdicional se adita ainda um complicador, qual seja o tempo de espera pela agregação – num ponto futuro e indefinido – da coisa julgada material, a qual enfim revestirá a decisão de mérito dos atributos da imutabilidade e da indiscutibilidade.

(§§) Sob o enfoque técnico jurídico, hoje se vai reconhecendo que a decisão judicial de mérito (a *adjudication*, na experiência norte-americana), embora represente o ponto ótimo no desenvolvimento da relação processual, todavia nem sempre é adequada a certas circunstâncias e em face de certos casos concretos, mormente quando se trata de conflito multiplexo, envolvendo crises de diversa natureza – de extração sócio-econômico-social – que ultrapassam os lindes da controvérsia propriamente jurídica. Figure-se, por exemplo, o que se passa numa ocupação de gleba rural, afirmadamente improdutiva, por numerosos integrantes de um movimento dito sem terra: em princípio, trata-se de moléstia possessória, para a qual a lei processual indica a reintegração de posse, com possibilidade de tutela liminar antecipatória, à vista do histórico e da documentação apresentada pelo autor; todavia, no exemplo dado, de um lado o objeto litigioso é complexo, exigindo cognição plena e exauriente acerca de pontos como a extensão da área, o seu aproveitamento agro-pecuário, eventuais danos causados à propriedade; de outro lado, no grupo ocupante da área existem pessoas que beneficiam de especiais normas tuteladoras, tais os idosos, crianças, adolescentes, gestantes, deficientes físicos; ainda, não se pode descartar a possível intercorrência de interesses paralelos, tais os manejados por entidades religiosas, assistenciais, *ONGs*, *OSCIPs*, Prefeituras, agências governamentais.

Com efeito, a decisão judicial de mérito, por resultar de um processo orientado sob uma lógica reducionista (restrições à cumulação de certos pedidos; vedação de certos meios de prova;

²² A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. In CALDEIRA, Adriano e CUNHA LIMA FREIRE, Rodrigo da (orgs.), *Terceira etapa da reforma do Código de Processo Civil – estudos em homenagem ao Ministro José Augusto Delgado*, Salvador: Podvium, 2007, p. 213.

sujeição do juiz à legalidade estrita; vedação da decisão *ultra, citra e extra petita*; limites subjetivos, objetivos e temporais da coisa julgada) não se preordena a abarcar um plexo muito largo de pontos conflituivos, donde, não raro, em casos de conflitos multiplexos registrar-se parca eficiência da decisão condenatória, a qual vai sendo solapada e postergada de muitas maneiras. Luís Roberto Barroso escreve, a respeito: “*Capacidade institucional* envolve a determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria. Temas envolvendo aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade podem não ter no juiz de direito o árbitro mais qualificado, por falta de informação ou de conhecimento específico”. (...) Em questões como demarcação de terras indígenas ou transposição de rios, em que tenha havido estudos técnicos e científicos adequados, a questão da capacidade institucional deve ser sopesada de maneira criteriosa”.²³

(§§§) Sob o derradeiro enfoque – o custeio da Justiça estatal – verifica-se que o incentivo, consagrado na citada Res. CNJ 125/2010, ao manejo de outros meios de resolução de conflitos, é de todo positivo, quando menos porque cada histórico de dano temido ou sofrido que recebe tratamento adequado fora e além da estrutura judiciária significa um processo a menos, o que, multiplicado em escala macro, por certo tem um peso considerável na atenuação da preocupante sobrecarga do serviço judiciário. O formidável *tsunami* de processos que assombra o Judiciário tem se revelado resistente aos elementos de contenção que têm sido opostos, tais a jurisprudência defensiva dos Tribunais, as técnicas de sumarização de procedimentos, as restrições ao duplo grau, os julgamentos em bloco. Bem vistas as coisas, tal quadro não deveria causar espécie, porque tais iniciativas seguem a tendência a *lidar com a consequência* – a sobrecarga de processos – mas deixam em aberto a causa – a *cultura demandista* – em boa medida insuflada por fatores como a oferta insuficiente de outros meios de prevenção ou resolução de conflitos, a par da atuação ineficiente das instâncias administrativas no recepcionar e resolver as pendências que lhes são dirigidas.

A leitura exacerbada (irrealista e ufanista) do acesso à justiça estatal arrisca desnaturar o direito (muito condicionado) de ação, numa sorte de... *dever de ação*, em boa medida por conta de se ter gradualmente inculcado no entendimento médio da coletividade a ideia de que todo e qualquer interesse ameaçado, contrariado ou insatisfeito deve, de imediato, ser transferido à alçada de um órgão judicial. O jurisdicionado, assim estimulado ao demandismo, não se dá conta de que com isso está *terceirizando* a resolução da pendência, não raro antes que ela tenha alcançado um certo grau de maturação, estágio a que se chegaria naturalmente, se os interessados buscassem num primeiro momento a solução por algum dos meios auto ou heterocompositivos fora da estrutura estatal. Opera como insumo dessa cultura judiciarista a (equivocada) percepção de que a norma legal é um paradigma de caráter estritamente técnico, que deve ser deixada ao exclusivo manejo dos operadores do Direito, quando, na verdade, o enunciado normativo – v.g., Código Civil, art. 186, base da responsabilidade *aquiliana* – se preordena a ser espontaneamente recepcionado e aplicado pelos interessados aos casos ali subsumidos, e, apenas num segundo momento, é que se preordena a dar consistência jurídica à resposta jurisdicional.

Em conhecida página, Kazuo Watanabe diagnosticou as causas do que chama a *cultura da sentença*: (i) “a *mentalidade* forjada nas academias e fortalecida na práxis forense, que é aquela já mencionada de solução adjudicada autoritariamente pelo juiz(...)”; (ii) “a *falsa percepção* [dos juízes] de que a *função de conciliar é atividade menos* nobre, sendo a função de sentenciar a atribuição mais importante do juiz”; (iii) a percepção, pelos juízes, de que “o seu *merecimento será aferido pelos seus superiores, os magistrados de segundo grau que cuidam de suas promoções, fundamentalmente pelas boas sentenças por eles proferidas*, não sendo consideradas

²³ Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Atualidades Jurídicas – revista eletrônica do Conselho Federal da OAB*, nº 4, jan./fev. 2009, p. 16.

nessas avaliações, senão excepcionalmente, as atividades conciliatórias (...)”. (...) “Disso tudo nasceu a chamada *cultura da sentença*, que se consolida assustadoramente”.²⁴

Afina-se com esse entendimento o magistério de Cândido Rangel Dinamarco: “A crescente valorização e emprego dos meios não-judiciais de pacificação e condução à ordem jurídica justa, ditos *meios alternativos*, reforça a ideia da equivalência entre eles e a atividade estatal chamada *jurisdição*.” Até porque, prossegue, “o que há de substancialmente relevante no exercício da jurisdição, pelo aspecto social do proveito útil que é capaz de trazer aos membros da sociedade, está presente também nessas outras atividades: é a busca de pacificação das pessoas e grupos mediante a eliminação de conflitos que os envolvam”. (...) “Essa perspectiva teleológica do sistema processual sugere a equivalência funcional entre a pacificação social imperativa e aquelas outras atividades, nem sempre estatais e jamais dotadas do predicado da inevitabilidade, com que se buscam os mesmos objetivos e a mesma utilidade social”.²⁵

A admissão e a implantação de um *sistema de justiça* dentre nós, nos moldes do preconizado na Res. CNJ 125/2010, integrado não apenas por órgãos judiciais mas também por outros, nos setores público, privado e no chamado terceiro setor, permite a deslocação da demanda exacerbada por justiça estatal, em direção a esses outros meios e modos preventivos ou resolutivos, do que resultaria mais de uma externalidade positiva: (*i*) a gradual percepção, pela comunidade, de que a Justiça estatal não é o receptáculo *natural* ou *necessário* de toda e qualquer controvérsia, mas uma instância a ser buscada quando frustradas outras possibilidades (nem por outro motivo a nota predominante no interesse de agir é a *necessidade* da busca pela Justiça estatal); (*ii*) a atenuação da sobrecarga processual dos juízes, os quais poderão utilizar o tempo assim poupado, no exame de casos complexos que reclamem cognição plena e exauriente; (*iii*) a preservação do tecido social, que, de outro modo, se esgarça ao atrito da crescente litigiosidade de massa.

4. A *jurisdição compartilhada*, afinada à tendência de *desjudicialização dos conflitos*: (*i*) controvérsias desportivas submetidas, primeiramente, à Justiça Desportiva (CF, art. 217, § 1º); (*ii*) decisões dos Tribunais de Contas, de cunho pecuniário, formando título executivo (CF, art. 71, § 3º); (*iii*) consignações em pagamento realizáveis nos Bancos oficiais (CPC, art. 890, § 1º, cf. Lei 8.951/94); (*iv*) o compromisso de ajustamento de conduta, viabilizando a extinção do processo com julgamento do mérito (Lei 7.347/85, § 6º do art. 5º, c/c CPC, art. 471-N, V); (*v*) convenção de arbitragem (CCi, art. 853; CPC, art. 267, VIII); (*vi*) plano de recuperação extrajudicial de empresa (Lei 11.101/2005, art. 161); (*vii*) inventários, partilhas, divórcios consensuais e testamentos realizáveis nos Tabeliães (CPC, arts. 982 e 1.124-A, cf. Lei 11.441/2007); (*viii*) Dispensa de ajuizamento de ações e de recursos com escarça ou nenhuma possibilidade de êxito: a experiência da AGU; (*ix*) a regularização fundiária urbana, feita diretamente no Registro de Imóveis; (*x*) o CADE é “*entidade judicante*, com jurisdição em todo o território nacional” (art. 4º da Lei 12.529/2011).

Na relação supra, listamos um rol de meios/órgãos/instâncias que hoje permitem o reconhecimento da instalação de um ambiente de *jurisdição compartilhada* dentre nós; a seguir,

²⁴ Cultura da sentença e cultura da pacificação. In YARSHELL, Flávio e MORAES, Maurício Zanoide de (orgs.), *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*, São Paulo: DPJ Editora, 2005, p. 686, 687.

²⁵ Os conflitos e a ordem jurídica justa. *Instituições de Direito Processual Civil*, t. I, 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2.009, p. 125, 126.

teceremos algumas considerações, em modo pontual e conciso, sobre cada qual dessas ocorrências.

(i) Conflitos de natureza desportiva: pelo art. 217 e § 1º da CF dissídios dessa natureza devem, primeiramente, passar pelos Tribunais Desportivos, concernentes à modalidade de que trata a espécie, por exemplo, no futebol, o Superior Tribunal de Justiça Desportiva, e, nos Estados, os Tribunais de Justiça Desportiva.²⁶ Parece-nos que o previsto naquele dispositivo constitucional configura um *pressuposto processual negativo*, à semelhança do que se passa com as exceções de coisa julgada ou de convenção de arbitragem. Desse modo, ajuizada pretensão naquele campo, sem prévia passagem pelo Tribunal Desportivo, o juiz – de ofício ou instado na resposta do réu – deve extinguir o processo, sem julgamento do mérito – CPC, art. 267, IV. Evidentemente, a instância judiciária, se porventura acionada posteriormente, é livre para, eventualmente, dar à espécie desfecho diverso do alcançado na Corte desportiva; sem embargo, na perspectiva holística de um sistema integrado de distribuição da justiça, saberá o juiz togado dar o devido peso à especialidade e à experiência do Tribunal desportivo em conflitos nesse campo.

(ii) Decisões de Tribunais de Contas: dada a amplitude dos poderes de investigação e de cognição desses órgãos de controle externo (CF, art. 71, *caput*), suas decisões tomam diversa conotação processual: *desconstitutiva*, como aquela que torna insubsistente um ato de nomeação ou de aposentadoria, por desconformidade ao modelo legal; *declaratória*, como aquela que reconhece que um dado contrato foi executado a contento; *injuncional* ou *mandamental*, como a decisão que determina a descontinuidade imediata de certa obra pública, que teve início antes da conclusão do certame licitatório; *condenatória*, quando, por exemplo, comina ao servidor *em alcance* a reposição ao erário de determinado valor pecuniário. Em casos deste último tipo, a decisão da Corte de Contas se reveste de força executiva, isto é, torna-se título executivo extrajudicial (CF, § 3º do art. 71; CPC, art. 585, VIII), abrindo-se dupla possibilidade: (i) a decisão é cumprida no próprio âmbito administrativo (o que, eventualmente, pode não livrar o servidor culpado de se ver processado por ato de improbidade administrativa, se, em paralelo, foi infringido algum princípio retor da Administração Pública: Lei 8.429/92, art. 11 e incisos), ou, (ii) não ocorre esse cumprimento espontâneo do título e então caberá à Procuradoria Fazendária, precipuamente, ou ainda ao Ministério Público, subsidiariamente, propor a ação executória.²⁷

(iii) Ação consignatória de pagamento: esse procedimento, como se sabe, figura dentre os modos de extinção das obrigações, vindo previsto, num plano genérico, no Código Civil, na parte do adimplemento e extinção das obrigações (art. 334), e, em paralelo, no CPC (arts. 890-900); já especificamente no campo das locações, a consignatória vem prevista na Lei 8.245/91 (art. 67 e incisos), valendo observar que esta última lei, no art. 79, evoca o Código Civil e o CPC como textos de aplicação subsidiária, no que hoje se vem chamando o *diálogo das fontes*. Marcelo Augusto da Silveira explica que “até a edição da Lei 8.245/91 o procedimento da ação de consignação em pagamento encontrava-se regulado, exclusivamente, pelos arts. 890 a 900 do Código de Processo Civil. Porém, com o advento da Lei do Inquilinato, a ação que tem como escopo o depósito em Juízo das quantias cobradas pelo locador ao inquilino (vg., aluguéis, impostos prediais, despesas de condomínio, reembolso de tributos, multas por atraso, seguros etc.) incorporou importantes inovações, passando a ser regulada pelo art. 67 e incisos, como aplicação subsidiária do CPC, por força do disposto no art. 79 da mesma Lei”. (Observe-se que o procedimento previsto nos §§ 1º a 4º do art. 890 do CPC – objeto da Res. Banco Central nº

²⁶ No tema, v. o nosso trabalho A inafastabilidade do controle jurisdicional e suas exceções – estudo quanto à aplicação do tema à justiça desportiva no âmbito do futebol. *Revista de Processo* nº 31, jul./set.1983, p. 37-60.

²⁷ Ao propósito, v. o nosso estudo Sobre a execução das decisões proferidas pelos Tribunais de Contas, especialmente a legitimação. RT nº 743, set./1997, p. 74-95.

2.814/2001 - prevê a consignação de quantia em Banco oficial, sem especificar a origem de tal obrigação pecuniária; tampouco a lei 8.245/91 prevê tal modalidade extrajudicial). Malgrado tais lacunas, Marcelo Augusto da Silveira esclarece que “há vários julgados relacionados ao tema, que em razão da subsidiariedade proclamada pelo art. 79 [da Lei do Inquilinato], acomodam o rito estipulado nos §§ 1º a 4º do art. 890 à consignatória locatícia, entendendo ser cabível também neste caso o depósito via instituição bancária”.²⁸

(iv) Compromisso de Ajustamento de Conduta: Enquanto a celebração do inquérito civil é apanágio do Ministério Público (Lei 7.347/85, art. 8º, § 1º) podendo (ou não) culminar naquele modo consensual de prevenir ou resolver danos temidos ou causados a um valor ou interesse público ou social, já o CAC pode ser celebrado por qualquer dos co-legitimados ativos para a ação civil pública, a saber, além do MP, a Defensoria Pública, as associações, os entes políticos, os órgãos públicos (Lei 7.347/85, art. 5º), vindo tal Termo elencado dentre os títulos executivos extrajudiciais (CPC, art. 585,II, 2ª parte), mas com aptidão para se converter em título judicial, após homologado (CPC, art. 475-N, V). Sua eficácia no relevante campo dos interesses metaindividuais tem sido reconhecida, dentre outros motivos, porque, enquanto a decisão judicial de mérito é impactante, tensiona as relações entre as partes e fica a depender dos percalços imanentes à fase executória, já o CAC se preordena a ser prestigiado e cumprido pelos transatores, pela boa razão de que foram eles mesmos que o formularam. Pode-se, assim, incluir o CAC dentre os chamados *equivalentes jurisdicionais*, embora assinale Hugo Nigro Mazzilli que “não vão longe as semelhanças entre o acordo homologado em juízo e a sentença de mérito: ambos são considerados títulos executivos judiciais (CPC, art. 475-N, I e III), e levam à extinção do processo com resolução de mérito (CPC, arts. 269, I e III). Fora daí, porém, as discrepâncias são marcantes: na coisa julgada, há a vontade substitutiva do Estado em relação à das partes, enquanto, na transação, as próprias partes é que encerram a demanda por autocomposição da lide, num verdadeiro *negócio processual*. A coisa julgada só se rescinde em poucos casos, estritamente limitados (CPC, art. 485); já os atos judiciais que não dependem de sentença, ou em que esta for meramente homologatória, podem rescindidos como os atos jurídicos em geral, nos termos da lei civil (CPC, art. 486)”.²⁹ Em que pese esse pontual *discrímén*, não há negar que o escopo social da jurisdição – a composição justa do conflito em tempo razoável – apresenta maiores possibilidades de ser alcançado, e a menor custo, mediante a resolução consensual, não só no plano da jurisdição coletiva (v.g., a convenção coletiva de consumo – Lei 8.078/90, art. 107), mas também na jurisdição singular, sinalizando o CPC a possibilidade de que tal celebração se faça a qualquer tempo (art. 125, IV).

(v) Convenção de arbitragem. Após longa polêmica sobre o caráter jurisdicional da arbitragem, prevaleceu o entendimento afirmativo, para o que foi decisivo o pronunciamento do STF no processo de homologação da sentença arbitral estrangeira nº SE 5.206/ES, relator o MIn. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento assim referido por Francisco José Cahali: “Em extenso e substancioso acórdão, por maioria de votos (7 a 4), prevaleceu o entendimento de que a opção voluntária das partes ao procedimento arbitral não ofende o princípio constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional pelo Poder Judiciário”.³⁰ No ponto, afirma Carlos Alberto Carmona, reportando-se o art. 31 da Lei 9.307/96: “O legislador optou, assim, por adotar a tese da **jurisdicionalidade da arbitragem**, pondo termo à atividade homologatória do juiz estatal, fator de emperramento da arbitragem”. Na sequência, referindo-se a possíveis argumentos contrários à tal qualificação, alude o autor que “não há lição mais concisa e direta que a de Giovanni Verde:

²⁸ Consignação em pagamento na lei de locações. In GAJARDONI, Fernando da Fonseca e MENDES DA SILVA, Márcio Henrique (orgs.), *Manual dos Procedimentos Especiais Cíveis de Legislação Extravagante*, 2ª ed., São Paulo: Gen-Método, 2.009, p. 248, 276.

²⁹ *A defesa dos interesses difusos em juízo*, 22ª ed., São Paulo: Saraiva, 2.009, p. 424.

³⁰ *Curso de Arbitragem*, 2ª ed., São Paulo: RT, 2012, p. 82, 83.

‘[A] experiência tumultuosa destes últimos quarenta anos nos demonstra que a imagem do Estado onipotente e centralizador é um mito, que não pode (e talvez não mereça) ser cultivado. Deste mito faz parte a ideia que a justiça deva ser administrada em via exclusiva pelos seus juízes’³¹. A opção pelo Juízo Arbitral projeta-se como um pressuposto processual negativo, implicando em renúncia à jurisdição estatal, e, por isso, acolhida tal exceção (CPC, art. 301, IX) o juiz extinguirá o processo sem julgamento do mérito (CPC, art. 267, VII), lembrando-se ainda o disposto no art. 853 do Código Civil: “Admite-se nos contratos a cláusula compromissória, para resolver divergência mediante juízo arbitral, na forma estabelecida em lei especial”. Embora o árbitro seja “juiz de fato e de direito” (Lei 9.307/96, art. 18), ele dispõe de *cognitio* mas não de *imperium*, e por isso, em sobrevindo a necessidade de certas medidas injuncionais, ou ainda, em se verificando resistência ao cumprimento da sentença arbitral, abre-se ensejo para a intervenção da Justiça estatal (Lei 9.307/96, arts. 22, § 4º e 33). Saliente-se que no Juizado Especial, frustrada a conciliação, “as partes poderão optar, de comum acordo, pelo juízo arbitral, na forma prevista nesta lei” – Lei 9.099/95, art. 24.

(vi) Plano de recuperação extra-judicial de empresa. A Lei 11.101/2005 veio regular “a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária”, revogando a vetusta “Lei de Falências”- Dec. Lei 7.661, de 21.06.1945 – e os arts. 503 a 512 do Código Penal. No capítulo VI – “da Recuperação Extrajudicial” – a nova lei mostra-se receptiva às contemporâneas tendências de *desjudicialização dos conflitos* e à *jurisdição compartilhada*, ao ensejar ao comerciante (dito *devedor*) “propor e negociar com credores plano de recuperação extrajudicial” (art. 161, *caput*), plano esse que, após homologado, “constituirá título executivo judicial (...)” (o texto remete ao art. 584 do CPC, depois revogado pela Lei 11.232/2005, devendo hoje entender-se que a remissão é ao art. 475, N, V do CPC: “o acordo extrajudicial, de qualquer natureza, homologado judicialmente”). De outra parte, o procedimento em causa também é um eloquente exemplo de que os chamados meios alternativos de solução de conflitos (*ADR's*, na sigla norte-americana) não são um entrave à Justiça estatal, nem com esta visam *concorrer* em feição negativa, “disputando mercado”, mas antes buscam oferecer estradas vicinais, adjacentes à rodovia principal da jurisdição estatal, operando em modo complementar ou subsidiário, podendo perfeitamente integrar-se à estrutura oficial, como se verifica na espécie em causa. Duas externalidades positivas de pronto se visualizam nessa integração: de um lado, o estímulo à auto-composição do conflito (no caso, o acertamento entre o devedor e seus credores), e, de outro, o alívio à crise numérica de processos que assola nossa Justiça, a qual fica assim poupada do lento e trabalhoso manejo dos processos falimentares, cuja decisão final não raro se reveste de parca efetividade prática, como é cediço.

(vii) Inventários, partilhas, separações e divórcios consensuais e testamentos, realizáveis nos Tabeliães. Uma vertente da tendência contemporânea à *desjudicialização dos conflitos* é dada pelo gradual repasse a certas instâncias para-jurisdicionais de temas que, posto formalmente inseridos no âmbito dos procedimentos especiais de jurisdição contenciosa, tais os Inventários, todavia em geral não apresentam polarização adversarial que exija cognição judicial. Assim é que, pelo art. 982, *caput*, do CPC, com a redação da Lei 11.441/2007, “se todos forem capazes e concordes, poderá fazer-se o inventário e a partilha por escritura pública, a qual constituirá título hábil para o registro imobiliário”; disposição análoga, já agora no âmbito da jurisdição dita voluntária, passou a regular a separação e o divórcio consensuais, dispondo-se que da escritura pública “constarão as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns e à pensão alimentícia e, ainda, ao acordo quanto à retomada pelo cônjuge de seu nome de solteiro ou à manutenção do nome adotado quando se deu o casamento” (CPC, art. 1.124-A, *caput*, acrescido

³¹ *Arbitragem e processo – um comentário à Lei 9.307/96*, 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2.009, p. 26, negrito no original.

pela citada Lei 11.441/2007). A inovação é justificada, na medida em que tais casos não demandam necessária passagem judiciária, por ausência de lide, mais se aproximando, na clássica fórmula, de uma “administração pública de interesses privados”. O ganho imediato (mas não o único) daí resultante está em que, desse modo, o Judiciário livra-se de número considerável de processos, podendo utilizar o tempo assim poupado no exame e julgamento de causas efetivamente contenciosas, por isso mesmo carentes de cognição exauriente e subsequente decisão de mérito.

(viii) Dispensa de ajuizamento de ações e de recursos com parca ou nenhuma possibilidade de êxito: a experiência da AGU. No campo dos interesses privados, disponíveis, não há dúvida de que os seus titulares são livres para manejá-los do modo como entendam melhor e isso mesmo vem representado em mais de uma *pirâmide de resolução de conflitos*,³² em cuja base, ao nosso ver, deve aninhar-se a própria renúncia à exigibilidade de certas pretensões materiais, por razões diversas, tais a pouca expressão pecuniária envolvida (*de minimis non curat praetor*) ou a livre opção por evitar o desgaste e a angústia imanentes a toda lide judicial. Aliás, até mesmo no âmbito dos processos judiciais em curso remanesce a possibilidade de tal renúncia, que leva à extinção do processo com julgamento do mérito, justamente porque em tal caso não há mais lide (CPC, art. 269, V). A questão, todavia, avulta no setor público, porque nesse campo incidem situações de largo espectro – interesses metaindividuais; interesse público ou social; defesa do erário – sobre as quais a instância ou órgão oficiantes não detêm a titularidade, nem a livre fruição em termos de exclusividade, dificultando ou mesmo impedindo atos de disponibilidade; nem por outra razão o art. 841 do CCi dispõe: “Só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação”. Todavia, o gradual reconhecimento da distinção entre interesses públicos *primários* e *secundários*, e bem assim da diferença entre o núcleo duro dos direitos fundamentais em face de certas estipulações periféricas ou complementares, levaram a que, gradualmente, se fosse reconhecendo a possibilidade – senão já a conveniência – de certos atos de disposição, em nome de valores maiores, dentre os quais o da eliminação da lide pendente, ou ainda o fato de o processo ser uma relação de direito público, que não se compadece com o ajuizamento ou o prolongamento nos casos fadados ao insucesso. Nesse sentido, Lúcio Picanço Facci afirma que “o papel da Advocacia Pública na contemporaneidade não se limita apenas a maximizar arrecadação e minimizar despesas, em contraposição ao que seriam os interesses da sociedade”; adiante, salienta ser “notório que o Estado é o maior usuário do serviço de prestação de justiça no Brasil. A judicialização das controvérsias administrativas e a intransigência da Administração Pública em juízo são fatores importantes para compreender esse fenômeno que tem contribuído para o quadro de absoluto entupimento de processos no Poder Judiciário”.³³ Exemplos positivados desse novo panorama: (i) Lei 9.469/97, art. 4º: “Não havendo Súmula da Advocacia Geral da União (arts. 4º, inciso XII e 43, da Lei Complementar nº 73, de 1993), o Advogado Geral da União poderá dispensar a propositura de ações ou a interposição de recursos judiciais quando a controvérsia jurídica estiver sendo iterativamente decidida pelo Supremo Tribunal Federal ou pelos Tribunais Superiores”; (ii) Art. 1º - C, da Lei 9.469/1997, inserido pela Lei 11.941/2009: “Verificada a prescrição do crédito, o representante judicial da União, das autarquias e fundações públicas federais não efetivará a inscrição em dívida ativa dos créditos, não procederá ao ajuizamento, não recorrerá e desistirá dos recursos já interpostos”; (iii) Lei 10.259/2001, § único do art. 10: nos Juizados Especiais Federais os advogados da União “ficam autorizados a conciliar, transigir ou desistir (...)”; análoga disposição ocorre nos Juizados Especiais da Fazenda Pública (art. 8º da Lei 12.153/2009); (iv) a súmula AGU nº 34, dispõe que “não estão sujeitos à repetição os valores

³² V., ao propósito, Roberto Ferrari de Ulhoa Cintra, *A pirâmide da solução dos conflitos*, Brasília: Gráfica do Senado Federal, 2008.

³³ Conciliação no Direito Processual Público: novos paradigmas e a experiência recente da Advocacia Geral da União. *Revista Dialética de Direito Processual* nº 106, jan./2012, p. 95, 97.

Enquanto a legitimação para agir conecta um direito material ao plano processual (v.g., o proprietário do imóvel locado é o autor da ação na qual se busca o despejo), já o interesse de agir tem sido visto como o elemento deflagrador da judiciabilidade de uma dada pretensão, a qual, não tendo sido atendida pela contra-parte, necessita da intervenção jurisdicional para se realizar praticamente. Processualmente, essa pretensão se projeta em dois sentidos: (*i*) um pedido imediato, a saber, o tipo de resposta jurisdicional almejada, que tanto pode ser a eliminação da incerteza (comandos diversos, no âmbito do processo de conhecimento), como a jurissatisfação (fase de cumprimento do julgado; processo de execução), ou mesmo pode cingir-se à prevenção do risco de dano eminente (processo cautelar); (*ii*) um pedido mediato, a saber, o bem da vida ou utilidade prática : pagamento, entrega de coisa, conduta comissiva ou omissiva.

Nesse sentido, fala-se num tríplice enfoque definidor do interesse de agir, a saber, a necessidade-utilidade-adequação da via eleita, o que, visto sob a perspectiva dos Poderes estabelecidos, evidencia um claro *discrimen*: enquanto as prestações primárias (saúde, educação, saneamento básico, segurança) devem ser ofertadas pelo Executivo, *de ofício*, já a prestação jurisdicional é de perfil reativo, ficando a depender de provocação do interessado (princípio da inércia da jurisdição), só podendo ser prestada nos limites em que venha instada pela parte, donde a corolária vedação de decisão *ultra, infra* ou *extra petita* – CPC, art. 460.

Sob outra mirada, sendo o Processo civil uma ciência instrumental, deflagram-se ainda outras intersecções com o plano do direito material, e assim é que, por exemplo, se um título cambial foi alcançado pela caducidade, ele não mais desafia processo executório, que reclama liquidez, certeza e exigibilidade, embora possa ser cobrado pela via ordinária ou quiçá mediante o procedimento monitório, podendo-se dizer que no exemplo dado faltava interesse de agir para a via executória, à míngua de *adequação* desta via ao caso concreto. Em modo análogo, dado que, ao menos na jurisdição singular, o interesse de agir deve ser concernente a um certo sujeito (um titular do afirmado direito), é inevitável o vínculo com a legitimação para agir, donde se dizer, em conhecida formulação sintética, que a legitimação é a *pertinência subjetiva do interesse*, ou seja: trata-se de saber a qual sujeito (ao menos *in statu assertionis*) concerne a relação ou situação jurídica relatada nos autos.

Verdade que a relação entre essas duas condições da ação vem a se alterar na esfera da jurisdição coletiva, na qual a condição legitimante não tem como ser extraída a partir da afetação exclusiva do afirmado direito a um específico agente, como se colhe neste exemplo: o Ministério Público pode (=está legitimado) a propor ação civil pública em nome de diversos interesses metaindividuais, dentre eles os individuais homogêneos (CF, art. 129, III; Lei 7347/85, art. 5º, I; Lei 8.078/90, art. 81, III, c/c art. 82, I e 117); todavia, em se tratando de interesses individuais, sua judicialização através do *parquet* depende de que eles sejam indisponíveis (CF, art. 127), donde não ser dado ao M.P., por exemplo, propor ação coletiva em favor de um grupo de compradores de veículos importados que aportaram com defeito de fabricação, por aí se evidenciando os pontos que aproximam e que distinguem ambas as categorias processuais. Por outras palavras, a outorga, pelo texto de regência, do poder de agir (legitimação ativa) não induz, necessariamente que, no caso concreto, esteja presente o interesse de agir: por exemplo, o PROCON, embora conste dentre os co-legitimados ativos para a ação coletiva em nome de interesses individuais homogêneos (Lei 8.078/90, art. 81, § único, III, c/c art. 82, IV), todavia não tem interesse – no sentido processual – para uma ação desse tipo em prol do segmento de pessoas atingidas num desastre ambiental, por faltar àquela fundação pública, voltada ao consumerismo, o quesito da *pertinência temática*, no caso concreto.

Mesmo no campo da jurisdição singular (sujeitos determinados; legitimação ativa, em regra, calcada na titularidade do direito; coisa julgada *inter partes*), hoje se questiona se o acesso à justiça de um dado histórico de direito afrontado ou ameaçado pode continuar a fazer-se de imediato (ligação direta), em nome de uma exacerbada universalidade ou ubiquidade da jurisdição, ou se, numa releitura atualizada e contextualizada do acesso à Justiça, caberia exigir-se

desde logo a demonstração da prévia tentativa de resolução por meios auto ou heterocompositivos adequados ao caso.

É o que vem pleiteando o Poder Público nas ações previdenciárias, como esclarece Lúcio Picanço Facci: “A advocacia Pública da União (AGU), por sua vez, tem sistematicamente invocado em suas manifestações a falta de interesse de agir pela ausência de pretensão resistida pela União e suas autarquias em tais casos”. (...) “Pensamos que o pedido de solução sobre controvérsia existente entre o cidadão e o Estado, quando dirigido diretamente ao Judiciário, contribui para agravar o quadro de excesso de demandas judiciais, além de subtrair dos órgãos administrativos o poder-dever de analisar o caso concreto, de apreciar os fatos apresentados pelo administrado e assim, cumprir suas finalidades institucionais”. O autor refere que tal exigência de prévia busca pela instância administrativa vem sendo prestigiada pelo Judiciário, mencionando que “o Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais (Fonajef) publicou o Enunciado nº 77, dispondo que ‘o ajuizamento da ação de concessão de benefício da seguridade social reclama prévio requerimento administrativo’”; ainda, refere o autor que a Coordenadoria dos Juizados Especiais Federais da 2ª Região editou o Provimento nº 11/2002, “cujo parágrafo 4º de seu art. 8º prevê a obrigatoriedade da apresentação do protocolo de prévio pleito na via administrativa nas demandas em face do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) ou da Caixa Econômica Federal”.³⁴

Ressalte-se desde logo que essa acepção contemporânea do interesse de agir afina-se com o ideário estabelecido na Res. CNJ 125/2010, que instituiu a *Política Judiciária Nacional*, a teor de seus *consideranda*, nos quais vem assentado que o art. 5º, XXXV da CF em verdade consagra um *sistema de justiça* (o que exclui, por definição, qualquer monopólio estatal a respeito), ideia-força complementada pelo art. 1º, *caput*, dizendo que aquela Política consagra, não uma judiciabilidade genérica e difusa, a que hoje assistimos, mas antes busca imprimir uma nova ordem, “tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade”. (Por exemplo, pode ser mais adequado um Termo de Ajustamento de Conduta para equacionar uma controvérsia ambiental envolvendo muitos pontos conflitivos, partes numerosas e área muito extensa, do que a busca obsessiva por uma decisão judicial de mérito).

A rigor, esse enfoque acaba por se afinar com o clássico conceito *carneluttiano* de lide (conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida), porque, em fim de contas, antes da apresentação de uma dada pretensão à contra-parte, e antes de sua negativa ao cumprimento voluntário, não se pode, propriamente, falar em dissídio, conflito ou controvérsia que justifique deflagrar a jurisdição estatal. Assim, no caso das ações previdenciárias, antes aludido, parece-nos que o interesse de agir está a pressupor que o pleito tenha sido antes submetido ao INSS e por este recusado, ou retardado além de um tempo razoável. *Mutatis mutandis*, faltaria interesse de agir a uma empresa circense que, chegando a certa localidade, buscasse desde logo uma liminar judicial para se instalar em dado terreno, ainda antes de submeter tal pleito à municipalidade. Dito de outro modo, no atual estágio de desenvolvimento da ciência processual e de seu compromisso com a pacificação social, descabe *presumir* a existência de uma lide, pelo só fato do protocolamento da ação na Justiça.

Outro exemplo – este já positivado – é o da impetração de *habeas data*, cuja concessão fica a depender da demonstração da recusa ou leniência da instância administrativa a fornecer os dados solicitados, a teor do art. 8º e incisos da Lei 9.507/97. Ainda outro exemplo, este de extração constitucional, é o do conflito de natureza desportiva, no qual se exige, como condição para a judicialização, que a pendência tenha sido antes submetida ao Tribunal Desportivo e que já se tenham decorrido seis meses (art. 217 e § 1º).

³⁴ Conciliação no Direito Processual Público: novos paradigmas e a experiência recente da Advocacia-Geral da União. *Revista Dialética de Direito Processual* nº 106, jan./2.012, p. 92.

Essa exigência de prévia submissão dos interesses contrariados ou insatisfeitos a uma instância não-jurisdicional, credenciada a recepcioná-los e quiçá resolvê-los, projeta efeitos positivos no desejável equilíbrio entre os Poderes da República, cujas funções interagem como vasos comunicantes, notando-se que a recusa, a ineficiência ou a oferta insatisfatória de uma dada prestação por uma certa instância administrativa, acaba por insuflar a contenciosidade social, a qual está na raiz da crise numérica de processos que assombra o Judiciário. Esse contexto se exacerba quando se examina o vezo da *transferência*, aos Juizados Especiais Federais, de tarefas e atribuições típicas e precípua do INSS (análise, instrução e decisão de pretensões previdenciárias) assim praticamente convertendo tais órgãos judiciais numa extensão ou uma *longa manus* da instância administrativa.

Esse aspecto foi criticamente examinado pelo juiz federal Júlio Guilherme Schattschneider: “Mas se esta é uma atribuição do próprio INSS, porque os Juizes em geral admitem que isto aconteça ? Acredito que haja várias respostas, mas a principal é: ‘porque sempre foi assim’” (...). “Muitos juizes com quem tenho discutido esta questão afirmam que até compreendem que o INSS está errado (e até admitem que, a depender do caso concreto, a hipótese pode caracterizar o crime de prevaricação), mas ficam com pena do segurado ou beneficiário, que ao ajuizar a sua demanda esperava uma resposta definitiva para a sua questão. Eis aí uma hipótese de aplicação prática do princípio constitucional do ‘coitadinho’”. (...) “A criação dos JEF’s, especialmente os previdenciários, e a demanda crescente pela sua expansão são a prova mais evidente da falta de solução do verdadeiro problema. Hoje, quase 100% das audiências designadas para a produção de prova oral naqueles Juizados são, na realidade, *justificações administrativas que não foram realizadas no INSS* (É necessário convir, todavia, que a estratégia é genial: eu transfiro o meu serviço para o Judiciário e ainda tenho o direito de contestar e recorrer se o Judiciário não o fizer direito)”.³⁵ Ainda no tocante às ações previdenciárias em trâmite nos JEC’s federais, saliente-se que aí tem sido adotada a técnica do *juizamento antecipadíssimo do mérito*, onde se reproduz sentença de total improcedência prolatada no processo paradigma (CPC, art. 285-A), informando Vicente de Paula Ataíde Júnior que “já era comum a adoção do método para ações repetitivas de improcedência, ajuizadas pelo sistema eletrônico (batizado de *e-proc* na 4ª Região). E o INSS não tem reclamado da diminuição da carga de trabalho de seus procuradores”.³⁶

A insistência no vezo de lidar com a consequência – a demanda exacerbada – sem diagnosticar e atacar a causa, levou a que se trocasse um problema por outro: a *litigiosidade contida*, ficando “substituída” pelo *judicialismo exacerbado*. No ponto, afirma José Marcelo Menezes Vigliar: “Os juizados especiais cíveis encontram-se abarrotados ! O Judiciário não pôde criar uma política de funcionamento desses juizados. O Executivo e o Legislativo, como de costume quedaram-se omissos, incentivando moralmente a instalação dos juizados mas, igualmente, não apresentaram propostas de alteração legislativa par que todo o sistema criado pela Leis 9.099/95 e 10.259/2001 pudesse se tornar efetivo”.³⁷

Análogas ponderações servem de respaldo a outras ocorrências já positivadas, que vão consagrando a exigência de prévia submissão da pretensão a uma instância administrativa, ou, se se quiser, para-jurisdicional, ou, ainda, no caso das relações interpessoais, à própria contra-parte: (*i*) o manejo da *reclamação*, em caso de desatendimento – comissivo ou omissivo -, pela instância administrativa, de súmula vinculante do STF (CF, art. 103-A e § 3º), certo que aquele instrumento “só será admitido após esgotamento das vias administrativas” (Lei 11.417/2006, art. 7º, § 1º); (*ii*)

³⁵ Porcos assados, Victor Navorski e os Juizados Especiais e os Juizados Especiais. *Jus Navigandi*, Teresina (PI), ano 13, nº 2.220, jul./2009. Disponível em: <http://jus2.uol.br/doutrina/texto.asp?id=13247>, acesso em 27.08.2012.

³⁶ A resolução antecipada do mérito em ações repetitivas (Lei 11.276/2006). *Revista de Processo* nº 141, nov./2006, p. 120.

³⁷ A terceira fase da reforma do CPC e sua influência (já sentida) nos juizados especiais cíveis. In CALDEIRA, Adriano e CUNHA LIMA FREIRE, Rodrigo da (orgs.), *Terceira etapa da reforma do Código de Processo Civil – estudos em homenagem ao Ministro José Augusto Delgado*, Salvador: Podvium, 2007, p. 244.

a ação de despejo concernente à locação por tempo indeterminado, cuja peça inicial deverá ser instruída com a prévia notificação antes dirigida ao locatário, cientificando-o da pretensão de retomada, como explica Fernando da Fonseca Gajardoni: “(...) a depender do fundamento da demanda, na ação para a retomada do imóvel com denúncia vazia ou oca, sem motivo para a retomada (arts. 46, § 2º e 57 da Lei 8.245/1991), a petição inicial deverá vir acompanhada da prova da notificação do locatário (e não do sublocatário) para que proceda a desocupação no prazo de 30 dias, findos os quais, então, a ação de despejo poderá ser ajuizada”. Acrescenta o autor, em nota de rodapé: “O ajuizamento prematuro da ação de despejo, antes do decurso do prazo de 30 dias para a desocupação, impõe o decreto da carência da ação ajuizada por falta de exigibilidade da prestação, um dos elementos integrantes do interesse de agir (RT 118/370)”.³⁸

Nessa releitura – atualizada e contextualizada - do interesse de agir se insere, superlativamente, o posicionamento do STJ no REsp 982.133-RS (j. 10.09.2008; DJ 22.09.2008), assim reportado por Nelson Rodrigues Netto: “O *leading case* envolveu uma ação de exibição de documentos proposta em face da Brasil Telecom S.A para obtenção de documentos relativos a ”Contrato de Participação Financeira”. O autor teria interesse jurídico de conhecer tais documentos para, eventualmente, instruir ação pleiteando o pagamento de dividendos acionários ou diferenças de ações”. (...) “Realmente, o acórdão da 2ª Seção do STJ reconheceu a falta de interesse processual do autor para a ação de exibição de documento, em virtude da ausência de prova, em juízo, de ter ele formulado requerimento formal na via administrativa, e efetuado o pagamento dos custos deste serviço consoante expressa imposição legal”.³⁹

Não haveria razão técnica ou lógica para não mencionar, nessa linha exegética, as *Comissões de Conciliação Prévia*, na Justiça do Trabalho, a que se refere o art. 625-C da CLT, inserido pela Lei 9.958/2000, *verbis*: “Qualquer demanda de natureza trabalhista será submetida à Comissão de Conciliação Prévia, se, na localidade da prestação do serviço, houver sido instituída a Comissão no âmbito da empresa ou do sindicato da categoria”, certo ainda que o ajuizamento da demanda só será possível em caso de tentativa frustrada desse meio suasório, e nessa hipótese o empregado recebe uma “declaração da tentativa conciliatória frustrada (...) a ser juntada à eventual reclamação trabalhista” (§ 2º daquele artigo). Sabe-se que há questionamentos acerca da constitucionalidade desses dispositivos, a par de divergências quanto à efetiva implementação dessas Comissões, mas ao nosso ver tais resistências não se justificam, como já sustentara Ada Pellegrini Grinover, ainda ao tempo do PLC nº 3.118/1992, concernente à espécie: “Nenhuma inconstitucionalidade pode ser vislumbrada na instituição de uma tentativa obrigatória de conciliação prévia ao processo, nos termos em que foi proposta. É certo que a Constituição assegura a inafastabilidade do controle jurisdicional no inc. XXXV do art. 5º, mas é igualmente certo que o exercício do direito da ação não é absoluto, sujeitando-se a condições (as condições da ação), a serem estabelecidas pelo legislador”.⁴⁰ Assim também pensa Sérgio Pinto Martins, aduzindo ainda: “Se o empregado não tentar a conciliação, o juiz irá extinguir o processo sem julgamento de mérito (art. 267, VI do CPC), por não atender a condição da ação estabelecida na lei. Se não houve tentativa de conciliação na Comissão, não existe pretensão resistida e não há interesse de agir da parte em postular perante o Judiciário”.⁴¹

Trata-se, pois, de uma tendência, decorrente da releitura – atualizada e contextualizada - do interesse de agir, consagrando o entendimento de que, antes de esgotadas as vias suasórias (as quais, de resto, permitem que a pendência alcance o desejável grau de maturação), não se pode ter como configurada uma vera *lide* que possa e mereça ser, válida e útilmente, submetida ao

³⁸ Ação de despejo. In -----e MENDES DA SILVA, Márcio Henrique (orgs.), *Manual dos Procedimentos Especiais Cíveis de Legislação Extravagante*, 2ª ed., São Paulo: Gen-Método, 2.009, p. 225 e rodapé nº 2.

³⁹ Análise crítica do julgamento “por atacado” no STJ (Lei 11.672/2008, sobre recursos especiais repetitivos). *Revista de Processo* nº 163, set./2008, p. 246.

⁴⁰ A conciliação extrajudicial na Justiça do Trabalho. *O Processo em evolução*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996, p. 94.

⁴¹ *Direito Processual do Trabalho*, 29ª ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 55.

Judiciário. Note-se que de modo algum por aí se apregoa uma genérica “jurisdição condicionada” ou um desmesurado esgotamento prévio da instância administrativa ou do plano consensual (nos moldes da EC 01/69, § 4º do art. 153), mas, antes e superiormente, essa proposta visa prevenir a judicialização direta, imediata e açodada de pretensões que sequer foram antes submetidas à contra-parte ou às instâncias competentes, não tendo assim atingido o desejável ponto de maturação que permitisse configurá-las como *lides*, no sentido próprio da palavra. Esse renovado pensamento enseja que desse modo se estimulem as instâncias administrativas e para-jurisdicionais a se estruturarem para atender com eficiência os objetivos a que se preordenam, e ainda estabelece um legítimo elemento de contenção contra o demandismo judicial excessivo.

Ainda na esteira da tendencial resolução consensual dos conflitos, alguns Tribunais têm estruturado um setor de conciliação (conforme exitosa experiência do TJSP). Sem embargo, tais experiências vêm por vezes questionadas, ao argumento de que, tendo já havido uma resposta jurisdicional em primeiro grau, na qual já se estabelecera (obviamente nas decisões de mérito) qual das partes estava assistida pelo bom direito, não se compreenderia que o vencedor da causa (o apelado) fosse ainda instado a se compor com o apelante. O argumento – que não é de todo desavisado – todavia cede à diretriz pela qual aos juízes é dado a qualquer momento conciliar as partes (CPC, art. 125, IV), o que inclui as causas que, pelo efeito devolutivo da apelação, estão submetidas ao segundo grau; além disso, não há negar que pesa sobre a parte vencedora em primeiro grau o risco de eventual reforma da decisão; além disso, geralmente, o cumprimento do julgado se faz após o trânsito em julgado, e este momento é um *incertus quando*, à vista das pautas sobrecarregadas de muitos Tribunais. Tenha-se ainda presente, no rol de argumentos favoráveis à conciliação (também) em segundo grau, o fato de que, se é verdade que a decisão de mérito serve a eliminar a incerteza, todavia por aí não se garante o resultado prático do comando (o pagamento, a entrega da coisa, a cessação da atividade ilícita), dados os notórios percalços e incertezas que cercam a fase jurissatisfativa. Assim é que, ponderados os prós e contras, o balanço resulta favorável à tentativa de conciliação em segundo grau, a qual, de resto, pode perfeitamente abranger as causas de interesse da Fazenda Pública, como expusemos em sede doutrinária.⁴²

6. O PL da Câmara Federal nº 8.046/2010, sobre o novo CPC, art. 3º: “Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito, ressalvados os litígios voluntariamente submetidos à solução arbitral, na forma da lei”. Visão crítica e proposta de inclusão de apêndice.

O inciso XXXV do art. 5º do vigente texto constitucional dispõe: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, notando-se que, a despeito das muitas ilações e leituras que se tem feito acerca desse dispositivo, seu endereçamento precípua é ao legislador futuro, prevenindo-o para não positivizar situações que fiquem, *a priori*, excluídas da possibilidade de judicialização; apenas em modo reflexo ou indireto é que o citado dispositivo toca ao jurisdicionado, virtual ou efetivo. Assim se há de entender, porque a jurisdição é inerte, só podendo, em regra, ser exercida quando instada mediante o exercício regular do direito de ação, e só podendo ser ofertada nos limites dessa provocação (vedação da resposta *ultra, citra, extra petita*). Por isso mesmo, quando o direito de ação (que é muito condicionado), não vem cumpridamente exercido, no bojo de um processo existente e válido, o Estado se desonera de apreciar o mérito da controvérsia, não se podendo, em tal caso, dizer que houve *tutela*

⁴² O plano piloto de conciliação em segundo grau de jurisdição, do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, e sua possível aplicação aos feitos de interesse da Fazenda Pública. RT nº 820, fev./2004, p. 11-49.

jurisdicional, mas tão somente uma *apreciação linear* de um histórico de dano temido ou sofrido, sem qualquer outro engajamento.

No ponto, aduz Pedro Lenza: “Apesar de ter [o inciso XXXV do art. 5º da CF] por destinatário principal o legislador (que ao elaborar a lei não poderá criar mecanismos que impeçam ou dificultem o acesso ao Judiciário), também se direciona a todos, de modo geral.”⁴³ Não se pode perder de vista que a Justiça estatal é *ofertada*, e não imposta, haja vista tantos outros modos de prevenção e resolução de conflitos, com destaque para a arbitragem, pressuposto negativo da jurisdição estatal – CPC, art. 267, VIII; a se entender de outro modo, a Justiça estatal se degradaria num genérico balcão de reclamações gerais, e o direito de ação se desnaturaria em... *dever de ação*, quando se sabe que, à exceção de certos direitos indisponíveis e de situações onde prevalece o interesse público, de ordinário nada obriga o titular de um direito contrariado ou insatisfeito a promover ação judicial.

Aliás, o exame sereno e desapassionado da questão judiciária brasileira revela que o vero problema não está no franco e desmesurado acesso à Justiça, mas sim no modo e no tempo em que tramitará o processo, e na possibilidade de, ao final, advir uma resposta jurisdicional justa e tecnicamente consistente. Ao propósito, a Min. Eliana Calmon, do STJ, à época Corregedora Geral do CNJ, afirmara certa feita, com espírito, que *o problema não está em entrar na Justiça e sim em como sair dela...* Análoga percepção tivera José Eduardo Carreira Alvim: “(...) o problema do acesso à Justiça não é uma questão de ‘entrada’, pois pela porta gigantesca desse templo chamado Justiça, entra quem quer, seja através de advogado pago, seja de advogado mantido pelo Poder Público, seja de advogado escolhido pela própria parte, sob os auspícios da assistência judiciária, não havendo, sob esse prisma, nenhuma dificuldade de acesso. O problema é de ‘saída’, pois todos entram, mas poucos conseguem sair num prazo razoável, e os que saem, fazem-no pelas ‘portas de emergência’, representadas pelas tutelas antecipatórias, pois a grande maioria fica lá dentro rezando para conseguir sair com vida”.⁴⁴

Com efeito, pouco ou nada adianta facilitar o acesso ao jurisdicionado se, ao depois, ele se verá às voltas com uma estrutura judiciária pesada e morosa, sem ao menos o conforto de uma razoável previsibilidade quanto ao tempo de duração do processo e mesmo quanto ao conteúdo da decisão a ser proferida. Há tempos observara Kazuo Watanabe que “a problemática do acesso à Justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o *acesso à ordem jurídica justa*”.⁴⁵ Em sentido consonante, pronunciou-se Cândido Rangel Dinamarco: “*Só tem acesso à ordem jurídica justa quem recebe justiça*. E receber justiça significa ser admitido em juízo, poder participar, contar com participação adequada do juízo e, ao fim, receber um provimento jurisdicional consentâneo com os valores da sociedade. Tais são os contornos do *processo justo*, ou *processo equo*, que é composto pela efetividade e um mínimo de garantias de meios e de resultados”.⁴⁶

Recepcionando e ampliando o contido no inciso XXXV do art. 5º da CF, o PL da Câmara Federal nº 8.046/2010, sobre o novo CPC, dispõe no art. 3º: “Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito, ressalvados os litígios voluntariamente submetidos à solução arbitral, na forma da lei”. O dispositivo enseja apreciação a mais de um título, mas, por ora, vamos apenas nos limitar a estas considerações: (*i*) ao ressaltar a opção pela arbitragem, o dispositivo *dixit minus quam voluit*, pois se é verdade que a hipótese de arbitragem implica em renúncia à Justiça estatal, isso porém não impede eventual intervenção jurisdicional, nos casos e

⁴³ *Direito Constitucional Esquemático*, 16ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1003.

⁴⁴ Justiça: acesso é descenso. Revista Jus Navigandi (PI), maio/2003: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/4078/justica-acesso-e-descenso/print>, acesso em 05.09.2012.

⁴⁵ Acesso à justiça e sociedade moderna. In GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* (coords.), *Participação e Processo*, São Paulo: RT, 1988, p. 128.

⁴⁶ Os conflitos e a ordem jurídica justa. *Instituições de Direito Processual Civil*, t. I, 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2.009, p. 118

para os fins previstos nos arts. 22, § 2º e 4º e 33 da Lei da Arbitragem (nº 9.307/96), dado se reconhecer ao árbitro a *cognitio*, mas não o *imperium*; no ponto, José Miguel Garcia Medina: “Ainda que, sob certo ponto de vista, seja possível compreender a arbitragem como um equivalente da jurisdição (cf. art. 475-N, IV), o juízo arbitral não pode substituir, integralmente, a atividade jurisdicional estatal. Mesmo a execução de sentença arbitral depende do Poder Judiciário”⁴⁷; (*ii*) conforme exposto no item precedente, já estão positivadas diversas situações e ocorrências que, se não impedem, propriamente, a judicialização, todavia instituem exigências que, se desatendidas, levam à carência da ação por falta de interesse de agir; (*iii*) o citado PL da Câmara Federa nº 8.046/2010 prevê uma nova hipótese de julgamento liminar, antecipadíssimo do mérito, sem citação do indigitado réu quando a pretensão inicial contrariar jurisprudência do STF ou do STJ ou seu direito sumular (art. 307 e incisos, *passim*), o que, se não se afasta, propriamente, o acesso à Justiça, por certo o desestimula fortemente.

Mesmo *no estado da arte*, o citado art. 3º do PLC 8.046/2010 está a sinalizar, se não o réquiem do monopólio da Justiça estatal, quando menos a ideia-força de que a justiça é de ser distribuída, além do Judiciário, ainda por órgãos, agentes ou instâncias idôneos a prevenir ou compor conflitos em modo justo e em tempo razoável, segundo o critério da *adequação* entre o meio selecionado e a natureza da controvérsia; com isso se pode alcançar um *sistema de justiça*, como acenado nos *consideranda* da Res. CNJ nº 125/2010. Sob outra mirada, é possível extrair aquele dispositivo, implicitamente, que a vedação da justiça de mão própria (CP, art. 345) não significa, necessariamente, que as duas únicas alternativas ou sucedâneos restantes sejam a renúncia do afirmado direito ou a judicialização pronta e imediata da controvérsia, bem podendo os interessados prevenir ou resolver suas divergências por si mesmos ou mediante a intercessão de um agente facilitador, ou ainda por outros meios, auto e heterocompositivos, desde que não excluídos pela natureza da matéria ou qualidade das partes envolvidas.

Pelos motivos antes expostos, ousamos sugerir a adição, ao citado art. 3º do PLC 8.046/2010, deste apêndice: **“A lei indicará os casos em que a pretensão deverá ser previamente exposta à contraparte ou em que o conflito deverá ser antes submetido a agentes, órgãos ou instâncias do setor público ou privado, adequados à matéria, incentivando-se a utilização de meios auto ou heterocompositivos”**.

São Paulo, 06 de setembro de 2012.

(*)Rodolfo De Camargo Mancuso

**Doutor, Livre-docente e Professor Associado na Faculdade de Direito da USP
Procurador, aposentado, do Município de São Paulo**

⁴⁷ *Código de Processo Civil Comentado*, São Paulo: RT, 2012, p. 25, nota XIII ao art. 1º.