Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Processo:	1.0000.22.157099-7/002
Relator:	Des.(a) José Marcos Vieira
Relator do	Des.(a) Lílian Maciel
Data do	21/10/2024
Data da	25/10/2024

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DIREITO DO CONSUMIDOR. INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS (IRDR). PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO PARA CONFIGURAÇÃO DO INTERESSE DE AGIR. CONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. TESE FIXADA.

I. CASO EM EXAME

1. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas sobre possibilidade de exigência de prévia tentativa de solução extrajudicial para a propositura de ações judiciais consumeristas, à luz das cláusulas da separação dos Poderes e da inafastabilidade da jurisdição.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. As questões em discussão consistem em: (i) inadmissibilidade do IRDR, ao argumento de não configuração do risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica; (ii) inadmissibilidade do IRDR por alegado pressuposto processual negativo; (iii) nulidade do processo por ausência de participação da Defensoria Pública na fase de admissibilidade; (iv) princípio da inafastabilidade da jurisdição, ao prever que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"; (v) prescindibilidade ou não da comprovação da prévia tentativa de solução extrajudicial da controvérsia para a caracterização do interesse de agir nas ações de natureza prestacional das relações de consumo.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. O acesso à justiça concebeu três movimentos ou ondas, sendo que o ordenamento jurídico brasileiro ratificou, na terceira onda, a consagração de um sistema de justiça multiportas, buscando-se os "meios adequados de solução de conflitos", designação que engloba todos os meios, jurisdicionais ou não, estatais ou privados e não mais "meios alternativos de solução de conflitos", que exclui a jurisdição estatal comum e parte da premissa de que ela seja a prioritária. Neste novo sistema de justiça, a solução judicial deixa de ter primazia nos litígios que permitem a autocomposição e passa a ser a ultima ratio, extrema ratio.
4. A Constituição Federal e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, quando dispõem sobre a impossibilidade de exclusão de lesão ou ameaça de lesão de direitos da apreciação jurisdicional, referem-se ao exercício do direito de ação, de formular pretensão perante o Poder Judiciário de obter uma jurisdição qualificada; tempestiva, adequada e efetiva.
5. A exigência de prévia tentativa de solução extrajudicial para fins de análise do interesse de agir não viola a inafastabilidade da jurisdição e o acesso ao Poder Judiciário, consoante jurisprudência do c. STF e, tampouco, afronta a separação dos poderes, por ser própria à função jurisdicional. Ao contrário, o que pretende é harmonizar, tanto quanto possível, os princípios constitucionais e os diversos direitos fundamentais inseridos na Carta Magna a fim de se cumprir com os reais e principais objetivos do Estado Democrático de Direito.

IV. DISPOSITIVO E TESE

6. Preliminares rejeitadas à unanimidade e tese jurídica fixada, vencidos o relator e, por divergência na fundamentação, o 5º vogal.

7. Fixou-se a seguinte tese:

(i) A caracterização do interesse de agir nas ações de natureza prestacional das relações de consumo depende da comprovação da prévia tentativa de solução extrajudicial da controvérsia. A comprovação pode ocorrer por quaisquer canais oficiais de serviço de atendimento mantido pelo fornecedor (SAC); pelo PROCON; órgão fiscalizadores como Banco Central; agências reguladoras (ANS, ANVISA; ANATEL,

ANEEL, ANAC; ANA; ANM; ANP; ANTAQ; ANTT; ANCINE); plataformas públicas (consumidor.gov) e privadas (Reclame Aqui e outras) de reclamação/solicitação; notificação extrajudicial por carta com Aviso de Recebimento ou via cartorária. Não basta, nos casos de registros realizados perante os Serviços de Atendimento do Cliente (SAC) mantidos pelo fornecedor, a mera indicação pelo consumidor de número de protocolo.

(ii) Com relação ao prazo de resposta do fornecedor à reclamação/pedido administrativo, nas hipóteses em que a reclamação não for registrada em órgãos ou plataformas públicas que já disponham de regramento e prazo próprio, mostra-se razoável a adoção, por analogia, do prazo conferido pela Lei nº. 9.507/1997 ("Habeas Data"), inciso I, do parágrafo único do art. 8º, de decurso de mais de 10 (dez) dias úteis sem decisão/resposta do fornecedor. A partir do referido prazo sem resposta do fornecedor, restará configurado o interesse de agir do consumidor para defender os seus direitos em juízo.

(iii) Nas hipóteses em que o fornecedor responder à reclamação/solicitação, a referida resposta deverá ser carreada aos documentos da petição inicial, juntamente com o pedido administrativo formulado pelo consumidor.

(iv) A exigência da prévia tentativa de solução extrajudicial poderá ser excepcionada nas hipóteses em que o consumidor comprovar risco de perecimento do direito alegado (inclusive na eventualidade de iminente transcurso de prazo prescricional ou decadencial), situação em que o julgador deverá aferir o interesse de agir de forma diferida. Nesses casos, caberá ao consumidor exibir a prova da tentativa de solução extrajudicial em até 30 (trinta) dias úteis da intimação da decisão que analisou o pedido de concessão da tutela de urgência, sob pena de extinção do processo sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, VI, do CPC.

(v) Nas ações ajuizadas após a publicação das teses fixadas no presente IRDR, nas quais não exista comprovação da prévia tentativa extrajudicial de solução da controvérsia e que não haja pedido expresso e fundamentado sobre a excepcionalidade por risco de perecimento do direito, recebida a inicial e constatada a ausência de interesse de agir, a parte autora deverá ser intimada para emendar a inicial de modo a demonstrar, no prazo de 30 dias úteis, o atendimento a uma das referidas exigências. Decorrido o prazo sem cumprimento da diligência, o processo será extinto sem julgamento de mérito, nos termos do art. 485, VI, do CPC.

(vi) Com relação à modulação dos efeitos da tese ora proposta, por questão de interesse social e segurança jurídica (art. 927, §3º do CPC c/c art. 46 da Recomendação n. 134/ 2022 do CNJ), nas ações ajuizadas antes da publicação das teses fixadas no presente IRDR, o interesse de agir deverá ser analisado casuisticamente pelo magistrado, considerando-se o seguinte:
a) nas hipóteses em que o réu ainda não apresentou contestação, constatada a ausência do interesse de agir, a parte autora deverá ser intimada para emendar a inicial (art. 321 do CPC), nos termos do presente IRDR, com o fim de coligir aos autos, no prazo de 30 dias úteis, o requerimento extrajudicial de solução da controvérsia ou fundamentar o pleito de dispensa da prévia comprovação do pedido administrativo, por se tratar de situação em que há risco de perecimento do direito. Quedando-se inerte, o juiz julgará extinto o feito sem resolução de mérito, nos termos do art. 485, VI, do CPC.
b) nas hipóteses em que já houver contestação nos autos, tendo sido alegado na peça de defesa fato extintivo, modificativo ou impeditivo do direito do autor (art. 373, II, do CPC), restará comprovado o interesse de agir.

Dispositivos relevantes citados: Lei nº. 9.507/1997; art. 485, VI, do CPC; art. 373, II, do CPC; art. 976 do CPC; art. 625-D da CLT; art. 489, §1º, V do CPC; art. 5º, XXXV da CF/1988; art. 3º do CPC; arts. 25 e 29 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos; art. 51, XVII do CDC; art. 37, "caput", CF/1988; art. 321 do CPC; art. 927, §3º do CPC.

Jurisprudência relevante citada: ADI 2139 STF; ADI 2237 STF; RE 631.240/MG; SE 5206 AgR; Tema 648/STJ; REsp n. 1.349.425-MS; RE 1355208 STF; RE 287154 STF; RE 273791 STF; RE 631240 STF; Tema nº 1.184; RE 1355208/SC; ADI 3995 STF; RE 631.240/MG; RE 839.353/MA; SE 5206; ADI 5436 STF; REsp 2.021.665 STJ; REsp 2.021.665 STJ.
IRDR - CV Nº 1.0000.22.157099-7/002 - COMARCA DE ITAMBACURI - SUSCITANTE: DES.JOSÉ AUGUSTO LOURENÇO DOS SANTOS DA 12ª CÂMARA CÍVEL DO TJMG - SUSCITADO(A): SEGUNDA SEÇÃO CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS - INTERESSADO(A)S: MARIA HILDA GOMES LEAL, BANCO PAN S/A, BANCO BMG S.A, PROCON-MG MINISTERIO PUBLICO, INSTITUTO DE DEFESA

COLETIVA, DIVISÃO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA DA UFMG REPRESENTADO(A)(S) POR RENATA CRISTINA VIEIRA MAIA, PROJETO DE MEDIAÇÃO EXTRAJUDICIAL DA UFMG REPRESENTADO(A)(S) POR RENATA CRISTINA VIEIRA MAIA - AMICUS CURIAE: ORDEM ADVOGADOS BRASIL SEÇÃO MINAS GERAIS, CONEXIS BRASIL DIGITAL - SINDICATO NACIONAL DAS EMPRESAS DE TELEFONIA E DE SERVIÇO MÓVEL CELULAR E PESSOAL, INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, FEDERACAO BRASILEIRA DE BANCOS FEBRABAN, DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A C Ó R D Ã O

Vistos etc., acorda, em Turma, a 2ª Seção Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, por maioria, vencido o Relator, em REJEITAR AS PRELIMINARES À UNANIMIDADE E, NO MÉRITO, FIXAR TESE JURÍDICA, VENCIDOS O RELATOR E, POR DIVERGÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO, O 5º VOGAL.

DES. JOSÉ MARCOS RODRIGUES VIEIRA
RELATOR.

DESEMBARGADORA LÍLIAN MACIEL
RELATORA PARA O ACÓRDÃO

DES. JOSÉ MARCOS RODRIGUES VIEIRA (RELATOR)

V O T O

Trata-se de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, suscitado pelo Des. José Augusto Lourenço dos Santos (DE 1), cuja questão de direito envolve a configuração do interesse de agir do consumidor e a exigência de prévia tentativa de solução extrajudicial.

Este Relator requisitou a Órgãos deste Tribunal informações acerca do tratamento do tema no âmbito da respectiva competência, bem como sobre a existência de incidentes formadores de precedentes vinculantes.

O NUGENPAC (Núcleo de Gerenciamento de Precedentes e Ações Coletivas) informou a inexistência de Incidente semelhante neste Tribunal ou nos Tribunais Superiores (DE 12).

A SEPAD (Secretaria de Padronização e Acompanhamento da Gestão Judiciária) informou a existência de 9.900 autos em que suscitada a questão (DE 15).

A Procuradoria Geral de Justiça ofertou Parecer inicial (DE 24) pelo preenchimento dos pressupostos de admissibilidade do Incidente.

O Incidente foi admitido, por maioria, por esta 2ª Seção Cível (acórdão acostado ao DE 28) e foi determinada a suspensão dos feitos, na forma do art. 982, caput e §2º do CPC.

Este Relator esclareceu os limites da suspensão dos processos individuais e definiu critérios para a medida, em decisão encartada no DE 30.

Publicado o acórdão, este Relator facultou a intervenção de pessoas e entidades interessadas (DE 43). Ato contínuo, houve a habilitação e manifestação dos amici curiae, na ordem a seguir desenvolvida.

1) O Banco BMG S.A. (DE 38) requereu sua intervenção ao argumento de que é rotineiramente demandado por consumidores. Quanto ao tema, destaca que a tese que defende não visa a criar pressuposto processual não previsto em lei, mas apenas a qualificar o interesse de agir - no que tange à necessidade - mediante mera tentativa prévia de solução extrajudicial. Destaca que a interpretação é possível a partir do art. 17 do CPC e que não vulnera a inafastabilidade da jurisdição. Pontua o que afirma ser a experiência exitosa de mecanismos como SAC (Serviço de Atendimento ao Consumidor), ouvidorias, Procons e o sítio consumidor.gov. E destaca que o regime jurídico do contrato discutido na causa piloto prevê expressamente a possibilidade de reclamação administrativa para a Ouvidoria Geral da Previdência Social - que contempla mecanismos de suspensão automática dos descontos em benefícios previdenciários. Pontua que esta lhe parece ser a tendência jurisprudencial e cita os exemplos do RE 631.240/MG e da jurisprudência do STJ em casos de exibição de documentos. Finaliza, dizendo que a lógica do sistema multiportas estimula a solução consensual dos conflitos.

2) A Procuradoria da OAB - Seção Minas Gerais requereu sua intervenção no feito (DE 44) e destaca que a inafastabilidade da jurisdição é garantia fundamental essencial ao regime democrático. Menciona

corrente doutrinária que entende pela imediatidade do acesso ao Judiciário. Argumenta sobre os meios alternativos de solução de conflitos, que convivem paralelamente à Jurisdição, mas sempre de maneira opcional. Pontua que o CPC trouxe a tentativa de autocomposição para dentro do procedimento e não como etapa prévia. Frisa que conclusão diversa equivaleria a criar pressuposto processual não previsto em lei e em ofensa aos princípios e garantias constitucionais. Assinala a desigualdade material inerente às relações de consumo e as relações entre consumo, mercado e cidadania e põe em relevo as normas especialmente protetivas do CDC. Discorre sobre o princípio da facilitação da defesa do consumidor e o contrasta com a proposta de exigir-lhe prévia tentativa extrajudicial de solução do conflito.

3) A CONEXIS Brasil Digital - Sindicato Nacional das Empresas de Telefonia e de Serviço Móvel Celular e Pessoal - interveio no incidente (DE 57) e circunscreve o tema ao contexto do que denomina "necessidade de racionalização do acesso à Justiça". Salienta o impacto econômico da questão, tanto para o Estado como para os prestadores de serviço. Prossegue tratando do "redimensionamento do interesse de agir" sob o enfoque da resistência à pretensão como qualificador da necessidade para o adequado acesso à Justiça. Pontua o alto índice de resolutividade de canais extrajudiciais de atendimento, objeto de regulação no setor pela ANATEL. Destaca que, segundo suas métricas internas, do universo das Ações Consumeristas contra operadoras de telefonia em trâmite neste Tribunal, apenas em 3,5% dos casos houve prévia reclamação administrativa. Quando confrontado o restante com o índice de resolutividade das plataformas administrativas, sustenta que haveria uma economia de 24.479 demandas sobre serviços de telefonia, o que representaria uma economia de R$ 216.390.932,94 para o Tribunal. Frisa que o exame da questão passa pela análise do princípio da eficiência. Invoca os parâmetros jurisprudenciais já mencionados por outros amici e sustenta a adequação da tese proposta às metas do CNJ e ao planejamento estratégico deste Tribunal e que o princípio da inafastabilidade somente seria violado caso erigido verdadeiro obstáculo - o que sustenta não ser o caso.

4) Em seguida, o IDEC - Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor - enquadra o tema sob o viés constitucional (DE 60) e afirma a inconstitucionalidade de qualquer proposta interpretativa que afaste grupo reconhecidamente vulnerável da prestação jurisdicional. Partindo de um resumo do caso piloto, afirma que o alto número de ações consumeristas deve ser interpretado como sinal de recalcitrância dos fornecedores em relação às normas do CDC. Destaca que a análise estatística revela que o Consumidor está com a razão na esmagadora maioria dos casos. Descreve breve histórico da garantia do acesso à justiça no constitucionalismo moderno e contemporâneo. Quanto à experiência pátria, salienta que apenas a Constituição de 1967 autorizou a criação - por lei - de prévia fase administrativa, regime jurídico abandonado ainda antes da redemocratização, por meio da Emenda 7/1977. Cita doutrina sobre a potestade do direito público de ação. Afirma que a tese de se exigir prévia tentativa de solução administrativa é inconstitucional (por violar o art. 5º, XXXV da Constituição), inconvencional (por violar o art. 29 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos) e ilegal (por violar o CDC). Além disso, pontua que a adoção de tese restritiva do direito de ação por Tribunal Estadual violaria o sistema de repartição de competências da Constituição, além de colocar o consumidor mineiro em condição desfavorável aos demais cidadãos. Salienta que a Constituição deu especial relevo à defesa do consumidor, criando dever específico para o Estado (art. 5º, XXXII) e que as normas do CDC, de ordem pública e de interesse social, complementam este dever. Traça os parâmetros jurisdicionais aplicáveis para sustentar que os casos em que se reconheceram condições processuais específicas não versavam sobre direito consumerista e sempre partiam de especificidades da lei. Invoca o entendimento do STF na ADI 2139 no sentido de que a Constituição teria exaurido todas as situações em que se exige prévia fase administrativa. Aponta, como entendimento consequente, a declaração de inconstitucionalidade do art. 625-D da CLT (ADI 2237) que previa etapa de conciliação prévia na jurisdição trabalhista. Relembra que o atual CPC trouxe a fase conciliatória para dentro do procedimento e que qualquer iniciativa conciliatória deve ser informada pela voluntariedade (art. 2º, V da Lei 13.140/2015). Reitera que o fundamento da voluntariedade foi central para o CNJ revogar ato deste Tribunal que orientava os Juízes a exigir comprovação de prévia mediação extrajudicial (Orientação nº 01/2020 do NUPEMEC deste TJMG e PCA 0004447-26.2021.2.00.000 do CNJ, Rel. Min. Emmanoel Pereira). Cita pesquisa promovida pelo MPMG que apontou que 90% dos consumidores vítimas de conduta abusiva procuram o fornecedor para resolver o problema - com baixo índice de resolutividade. Frisa as diversas questões de acessibilidade aos meios extrajudiciais de solução de conflitos. Finaliza apontando a contradição que seria, em nome do sistema multiportas, fechar a principal delas, a do Judiciário.

5) A Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais, em suas razões (DE 72), argui preliminar de nulidade do procedimento por não ter sido intimada pessoalmente a comparecer na fase de admissibilidade. Suscita, ainda, preliminar de ausência de risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, razão pela qual o Incidente lhe parece inadmissível. Quanto ao ponto, destaca que a

jurisprudência amplamente majoritária deste Tribunal é no sentido da desnecessidade de prévia tentativa extrajudicial de resolução do conflito para qualificar o interesse de agir. Argui nova preliminar, desta vez no sentido de que há precedente vinculante que funciona como pressuposto negativo do Incidente (art. 976, §4º do CPC), qual seja, o julgamento da ADI 2139 pelo STF, que declarou a inconstitucionalidade de norma que impunha a conciliação prévia em demandas trabalhistas (art. 625-D da CLT). Quanto ao mérito, destaca que não deve haver sobreposição entre os meios de solução de conflitos, mormente se de forma a amesquinhar o princípio da inafastabilidade. Aponta para alteração recente no art. 51 do CDC, que conta com inciso específico sobre a abusividade de cláusula contratual que condicione ou limite de qualquer forma o acesso ao Judiciário (art. 51, XVII do CDC). Salienta que os meios autocompositivos devem sempre ser regidos pela voluntariedade. Destaca a posição de vulnerabilidade do consumidor e que eventual tese firmada não pode contrariar as diretrizes constitucionais de proteção consumerista ao criar pressuposto processual não previsto em lei.

6) A FEBRABAN - Federação Brasileira de Bancos - elaborou manifestação no sentido da limitação do acesso ao Judiciário quando existirem elementos objetivos que demonstrem a possibilidade de solução extrajudicial (DE 73). Menciona dois projetos de lei em trâmite no Congresso no sentido da tese esposada. Invoca os precedentes do RE 631.240/MG (prévio requerimento nas Ações Previdenciárias) e do SE 5206 (constitucionalidade da Lei de Arbitragem). Discorre sobre o prestígio crescente dos meios consensuais de solução de conflitos. Assim como outros amici, destaca o prisma da necessidade para qualificar o interesse de agir e menciona precedentes do STF e do STJ sobre o tema nos casos de ações previdenciárias, cobrança de DPVAT e exibição de documentos. Finaliza com exposição sobre os canais digitais de atendimento e aponta sua alta eficácia.

7) O IDC - Instituto de Defesa Coletiva - juntou suas razões (DE 79) no sentido da prescindibilidade de tentativa de resolução de conflitos antes do ajuizamento de demanda judicial. Assim como outros, invoca a garantia da inafastabilidade e o princípio da facilitação da defesa do consumidor em juízo, com destaque para o princípio da máxima efetividade da tutela do consumidor (art. 83 do CDC). Repete a alusão ao PCA 0004447-26.2021.2.00.000 do CNJ, que cassou a Orientação nº 1/2020 do NUPEMEC deste Tribunal, bem como à corrente jurisprudencial majoritária neste TJMG, pela inexigência da prévia tentativa.

8) A Divisão de Assistência Judiciária (DAJ) e a Câmara de Mediação Extrajudicial (CEM), da UFMG, apresentaram Parecer conjunto (DE 82) no sentido de que qualquer proposta de etapa conciliatória prévia somente será legítima se precedida de lei federal em sentido formal. Iniciam a exposição com histórico da causa piloto e das principais controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais, aludindo aos mesmos elementos de fato e de direito expostos pelos demais amici. Concluem com a advertência que a fixação de tese em IRDR não pode resultar em usurpação do devido processo legislativo. Destacam a experiência dos direitos Italiano e Argentino, em que o debate se deu no Parlamento, com definições sobre condições, prazos, regime de prescrição e limite de valor para balizar o tratamento do tema - questões que entendem ultrapassar o escopo deste Incidente.

9) O PROCON-MG - Programa Estadual de Proteção e Defesa do Consumidor -, órgão do Ministério Público Estadual, apresentou memorial (DE 89) que, em resumo, afirma a ilegalidade de qualquer tentativa de obstaculizar o acesso do consumidor à justiça. Destaca que o CDC é norma materialmente constitucional e que a defesa do consumidor é, a um só tempo, dever do Estado e direito fundamental. Acrescenta ao debate, além das noções tradicionais de hipossuficiência e vulnerabilidade do consumidor, a figura da vulnerabilidade digital. Lembra a figura do desvio produtivo do consumidor - instituto presente na jurisprudência do STJ - e o relaciona à proposta de tese que cria obstáculo para o acesso à justiça. Resume os resultados da pesquisa "Diagnóstico Nacional do Consumidor" feita em parceria com o FIPE, que descreve um quadro oposto ao daquele descrito pelas entidades representantes dos fornecedores.

10) O último dos amici a se manifestar por escrito, o Banco Pan também trilhou a tese da qualificação do interesse de agir por meio da prévia tentativa de solução extrajudicial da controvérsia (DE 94). Distingue a proposta da instância administrativa de curso forçado e invoca o RE 631.240/MG, julgado em que o STF teria acolhido a tese para Ações Previdenciárias e o Tema 648/STJ, sobre igual providência para as demandas de exibição de documentos. Destaca que o estímulo à conciliação prévia evitaria o que denomina de "litigância predatória".

Este Relator deliberou por promover Audiência Pública sobre o tema (art. 983, §1º do CPC) e determinou a intimação de todos os interessados (DE 106). Além dos amici já mencionados - que reiteraram o sentido de suas manifestações anteriores (como a OAB no DE 131 e a Defensoria Pública, DE 140) -, novos interessados sustentaram suas razões na Audiência:

a) a Associação Brasileira das Incorporadoras Imobiliárias (ABRINC);

b) o Prof. Leonardo Silva Nunes, Coordenador do Grupo de Pesquisa em Direito Processual Civil e Coletivo e Estrutural da UFOP;

c) o Prof. Felipe Comarela Milanez, representando o Núcleo de Direito do Consumidor da UFOP;
d) o Prof. Marcelo Veiga Franco, pela Faculdade de Direito Milton Campos;
e) o Prof. Fernando Gonzaga Jayme, pela Faculdade de Direito da UFMG;
f) a Dra. Suzana Santi Cremasco, pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual - IBDP; e
g) o Dr. Juliano Carneiro Veiga, Juiz de Direito do TJMG e Membro do NUPEMEC do TJMG.

A ata da audiência foi juntada aos autos (termo no DE 141 e registro em vídeo disponível no link: <https://www.youtube.com/live/fkKhiLYSh6s?si=K6G3MIh6D_2kD6E0&t=329>).

Dentre os expositores, os Profs. Fernando Jayme e Marcelo Veiga apresentaram memoriais resumindo as sustentações (DE 137), em que arguem a inconstitucionalidade formal (por adentrar tema sujeito à reserva legal) e material (por contrariar a feição constitucional dada à tutela do consumidor) da proposta restritiva. Quanto ao multirreferido RE 641.230/MG, promovem o distinguishing entre aquele precedente e a hipótese dos autos. A respeito, esclarecem que os benefícios previdenciários são regidos pela potestade de requerê-los. Assim, a exigência de prévio requerimento administrativo decorre não da configuração do interesse de agir, mas do princípio da separação dos poderes - de forma a evitar que o Judiciário substitua a Administração ao conhecer originariamente de um pleito previdenciário. Esta situação, dizem, é diversa dos conflitos de consumo, em que a conduta violadora do fornecedor configura, ipso facto, a violação do direito e faz nascer o direito subjetivo que pode ser imediatamente apreciado pelo Judiciário. É por este motivo que o aludido precedente dispensa o prévio requerimento administrativo quando se sabe que a pretensão do beneficiário é notoriamente negada pela Administração. Pontuam, ademais, que os fornecedores não são obrigados a consolidar administrativamente um repositório de respostas às demandas dos consumidores.

O Prof. Leonardo Silva Nunes também apresentou memoriais (DE 139) em que destaca a evolução dos debates acadêmicos sobre a configuração do interesse de agir, chegando à proposição atual de que se exige apenas a afirmação de uma lesão ao direito ou interesse. Salienta que os meios alternativos de solução de conflitos nem sempre estão acessíveis a todos os consumidores e destaca a diversidade de cenários sociais e econômicos por todo o Estado. Afirma que a escolha da via para a solução do conflito deve ser marcada pela voluntariedade. Instrui sua manifestação com relatório final de pesquisa realizada pela entidade representada.

Outros interessados não apresentaram memoriais, mas tiveram suas manifestações registradas na Audiência.

A ABRINC pontuou a necessidade de racionalizar os gastos públicos e que o Poder Judiciário deve se proteger da litigiosidade excessiva.

O Prof. Felipe Comarela Milanez, do Núcleo de Direito do Consumidor da UFOP frisa que o tema diz respeito ao acesso de sujeito especial à Jurisdição, qual seja, o consumidor. Trata do reconhecimento da vulnerabilidade e a inscrição da defesa de seus direitos na ordem econômica (art. 170 da Constituição).

A Profa. Suzana Santi Cremasco, do Instituto Brasileiro de Direito Processual - IBDP, faz alusão ao entendimento doutrinário de que basta a afirmação para demonstrar as condições da ação. Salienta que o sistema multiportas deve ampliar as vias de solução, não excluir uma em favor das demais. E, a partir da vulnerabilidade do consumidor, questiona a propalada resolutividade dos serviços de atendimento mantidos pelos fornecedores.

Por fim, o Dr. Juliano Carneiro, do NUPEMEC, traça histórico da Orientação nº 01/2020 que veio a ser cancelada pelo CNJ. Menciona projetos de lei que propõem a alteração do art. 17 do CPC. Sustenta posição doutrinária pelo abandono da categoria das condições da ação.

Ao encerrar a audiência, fiz referência ao instituto da mora - ex re e ex persona - imbricado ao tema do interesse de agir e que o escopo do IRDR não pode resultar em precedente com tessitura tão aberta que acabe por inovar a ordem jurídica.

As partes da causa piloto e os demais interessados foram intimados (DE 146) para a sessão de julgamento.

É o Relatório.

DES. JOSÉ MARCOS RODRIGUES VIEIRA (RELATOR VENCIDO QUANTO AO MÉRITO):

PRELIMINARES

Antes de enfrentar a definição da tese jurídica, devem ser apreciadas as preliminares suscitadas pela Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais.

- da inadmissibilidade do Incidente:

a) por não configuração de risco para a isonomia e segurança jurídica

A Defensoria argui preliminar de inadmissibilidade do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, ao argumento de não configuração do risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica (art. 976, II do CPC).

Embora a admissibilidade deste Incidente seja questão já resolvida por esta 2ª Seção Cível (acórdão no DE 30), entendo por bem enfrentar as teses, seja por sua natureza de ordem pública (art. 485, §3º do CPC), seja em atenção ao fato de que a Defensoria não participou do feito quando discutida a questão.

Quanto ao primeiro ponto, afirma a Defensoria que o fato de existir relevante corrente jurisprudencial em primeiro grau pela exigência de tentativa de conciliação prévia não reclama a uniformização pelo Incidente, mormente quando se observa sólida jurisprudência em sentido contrário adotado pelas Câmaras deste Tribunal.

De fato, desde a instauração do Incidente (DE 1), apontou-se que o risco à segurança jurídica estaria configurado diante do aparente contraste entre o entendimento aplicado em um número significativo de sentenças e a posição majoritária dos Órgãos fracionários deste Tribunal.

Na oportunidade, o Des. Suscitante José Augusto Lourenço dos Santos apontou que, na maioria dos casos, há reforma destas sentenças. Esta constatação poderia levar à conclusão de que desnecessário o Incidente, diante da expectativa de que todas as sentenças terminativas venham a ser reformadas quando da interposição de Apelação.

Contudo, há de se ter em mente que a SEPAD, em resposta a este Relator (DE 15), informou a existência de 399 processos nos Juizados Especiais e 9.900 nas Varas Cíveis em que a questão foi, de alguma forma, colocada.

Neste contexto, observo que o Incidente revela sua utilidade pelo seu potencial de superar a atual cizânia entre o primeiro e o segundo graus de jurisdição. Decerto que a chamada jurisprudência meramente persuasiva também é precedente (art. 926 do CPC). Mas a fixação de tese contribuirá para equacionar a atividade judicial em todos os graus de jurisdição, além de fornecer parâmetro objetivo para as expectativas dos sujeitos processuais sobre o exercício do direito de ação por parte dos consumidores.

Neste sentido, a doutrina de ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES:

Contudo, se o problema ainda é contemporâneo, na medida em que ainda haja a efetiva repetição de processos e decisões proferidas em contraposição ao entendimento predominante, com a capacidade de reiteração, haverá interesse (necessidade-utilidade) na instauração do incidente, considerando-se o efeito vinculativo da decisão proferida no IRDR. ("Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas". Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2017. E-book Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530976958/. Acesso em: 12 ago. 2024.)

Ademais, frise-se que a tese adotada neste Incidente refletirá também sobre a atividade dos Juizados Especiais (art. 985, I do CPC), razão pela qual o potencial uniformizador deste Incidente é ainda mais relevante, diante da inegável interlocução entre os conflitos de consumo e a atividade dos Juizados.

Assim, não há falar em inadmissibilidade do Incidente por tal motivo.

b) inadmissibilidade por configuração de pressuposto processual negativo do Incidente

Argui ainda a Defensoria Pública de Minas Gerais inadmissibilidade do Incidente por entender configurado pressuposto processual negativo (art. 976, §4º do CPC), ao argumento de que a ADI 2139 funciona como precedente vinculante do STF para a questão - ao declarar a inconstitucionalidade do art. 625-D da CLT.

Quanto ao argumento de que presente pressuposto processual negativo, este Relator vem fazendo reiteradas ressalvas à aplicação de precedentes semelhantes à temática consumerista.

Com efeito, ao admitir o Incidente, mencionei como alusivo do risco à segurança jurídica o uso - sem a presença de fundamentação estruturada (art. 489, §1º, V do CPC) - de "precedentes formados para situações distintas - como as causas previdenciárias, as de judicialização da saúde e de exibição de documentos".

A Defensoria, nesta oportunidade, traça caminho em sentido inverso ao invocar o acórdão do STF na ADI 2139, em que declarada a inconstitucionalidade do art. 625-D da CLT - que previa conciliação prévia como condição para as demandas trabalhistas.

Não se ignora que qualquer sistema de precedentes em que se busque a necessária harmonia e estabilidade (art. 926 do CPC) exige a correta identificação da ratio decidendi de um precedente que, por sua capacidade de generalização, servirá de ponto de apoio argumentativo para a solução de casos

semelhantes.

Mas a ratio de um precedente não se confunde com sua tese jurídica no sistema pátrio - esta sim capaz de, em tese, ostentar a eficácia obstativa prevista no art. 976, §4º do CPC.

É a lição de FABIANO CARVALHO:

Nos julgamentos de casos repetitivos, o órgão julgador fixará a "tese jurídica" que será replicada nos casos iguais (arts. 976, § 4º, 978, parágrafo único, 984, § 2º, 985, caput e §§ 1º e 2º, 986, caput e § 2º, 1.039, caput, e 1.040, III e IV). Advirta-se, contudo, que tese jurídica não é sinônimo de ratio decidendi. ("Comentários ao Código de Processo Civil - Vol. XIX (arts. 926 a 993): da ordem dos processos e dos processos de competência originária dos tribunais". Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022. E-book. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553622661/. Acesso em: 12 ago. 2024.)

Frise-se que o STF tem se mostrado infenso à tese da transcendência dos motivos determinantes - que advoga a eficácia vinculante da fundamentação das decisões em sede de controle de constitucionalidade.

Ambos os fundamentos foram utilizados por aquele Tribunal para inadmitir Reclamação fundada na alegada violação do julgado da ADI 2139 quando, em causa consumerista em trâmite nos Juizados Especiais, exigiu-se comprovação de prévia tentativa de solução extrajudicial do conflito:

E M E N T A: RECLAMAÇÃO - ALEGADO DESRESPEITO À AUTORIDADE DOS JULGAMENTOS PROFERIDOS, COM EFICÁCIA VINCULANTE, NO EXAME DA ADI 2.139/DF E DA ADI 2.160/DF - NÃO CONFIGURAÇÃO - INEXISTÊNCIA DA NECESSÁRIA RELAÇÃO DE IDENTIDADE ENTRE A MATÉRIA VERSADA NA DECISÃO IMPUGNADA E OS FUNDAMENTOS QUE DÃO SUPORTE AOS PARADIGMAS DE CONFRONTO INVOCADOS PELA PARTE RECLAMANTE - INADMISSIBILIDADE, NO CASO, DO INSTRUMENTO RECLAMATÓRIO - PRECEDENTES - INADEQUAÇÃO, ADEMAIS, DO EMPREGO DA RECLAMAÇÃO COMO SUCEDÂNEO RECURSAL - RECLAMAÇÃO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO.
(Rcl 43093 MC, Rel. Min. Celso de Mello. 2ª T. j. 10/10/2020)

Frise-se que a questão não é desinfluente, tanto que o julgado da ADI 2139 foi invocado por diversos amici nestes autos - mas por sua eficácia persuasiva em relação ao tema. Contudo, ele não versa a questão jurídica ora tratada. Afinal, tratou de norma trabalhista que criou etapa prévia à ação judicial - enquanto aqui se discute a interpretação do art. 17 do CPC.

Com tais razões, rejeito a preliminar de inadmissibilidade do incidente.

- preliminar de nulidade do processo por ausência de participação da Defensoria Pública na fase de admissibilidade

Por fim, argui a Defensoria preliminar de nulidade do processo por ausência de sua participação na fase de admissibilidade. Invoca o art. 368-E do Regimento Interno deste Tribunal, que prevê a possibilidade de sustentar suas razões quando da admissibilidade. Destaca que é prerrogativa institucional a intimação pessoal, o que nulifica o acórdão que decidiu pela admissibilidade deste Incidente.

Este Relator, com todo o respeito à relevância da Defensoria como custos vulnerabilis, entende que os contornos do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas não exigem a participação da Instituição.

Isto não significa dizer que seja dispensável. É certo que a Defensoria deste Estado tem destacada atuação na defesa dos consumidores e deveria ter participado do feito desde o início. Não por outro motivo este Relator enfrentou as preliminares relacionadas com a fase de admissibilidade - da qual esteve ausente a Instituição.

Contudo, o exame dos artigos do CPC que disciplinam a matéria revelam que o ordenamento se contenta com a participação do Ministério Público como custos iuris, nas hipóteses em que não for o Suscitante (art. 982, III do CPC).

Embora exista previsão regimental permissiva da sustentação oral pela Defensoria, a aludida norma não a impõe, verbis:

Art. 368-E Será admitida a sustentação oral pelas partes, pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública pelo prazo de 15 (quinze) minutos (g.n.)

Declarar a nulidade do feito, a par de inexistir razão de direito que a determine, significaria relevante prejuízo para o esforço já empreendido para a fixação da tese (art. 21 da LINDB).

Note-se que não se trata de violação à prerrogativa de intimação pessoal, eis que se entende útil, mas não impositiva a participação da Defensoria.

Friso, ademais, que a Defensoria teve ampla e combativa participação após admitido o incidente e que as questões que poderia ter arguido na fase de admissibilidade foram aqui enfrentadas, razão pela qual não há falar em prejuízo (art. 283, §ún do CPC).

Com tais razões, rejeito a preliminar.

Superadas estas questões, passa-se ao enfrentamento da questão jurídica.

QUESTÃO JURÍDICA

CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

- do sistema de precedentes brasileiro

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas se destaca no sistema brasileiro de precedentes por sua posição sui generis: a) não é processo coletivo, mas tem por escopo o enfrentamento de situações repetitivas; b) não é ação típica de controle de constitucionalidade, mas é processo objetivo; c) parte de casos concretos, mas destina-se à tutela da questão jurídica repetitiva.

É a lição de SOFIA TEMER:

Desse modo, é possível afirmar que o IRDR se preocupa preponderantemente com a tutela do direito objetivo, com a resolução de um conflito normativo, com a coerência do ordenamento jurídico. Os direitos subjetivos apenas serão tutelados em um segundo momento, por ocasião da aplicação da tese jurídica no julgamento dos casos concretos. ("Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas". Salvador: Juspodivm, 2020, 4ª ed., p. 83)

Neste contexto, não se ignora que o Juiz, ao interpretar e aplicar a norma, a reconstrói no caso concreto, à luz da interpretação conforme à Constituição e demais normas de Direitos Fundamentais. É a lição de MARINONI, ARENHART e MITIDIERO:

Note-se, contudo, que quando um precedente interpreta a lei ou a Constituição, como acontece especialmente nos Estados Unidos, há evidentemente direito preexistente com força normativa, de modo que seria absurdo pensar que o juiz, neste caso, cria um direito novo. ("Novo Curso de Processo Civil: vol. 1 - teoria do processo civil". São Paulo: RT, 2015, p. 115)

Como relatado, as propostas interpretativas tem como objeto o art. 17 do CPC e o alcance do instituto do interesse de agir. Nem se alegue que a redação dispensaria a atividade interpretativa, como se repristinado o brocardo in claris cessat interpretatio. CARLOS MAXIMILIANO adverte que "[...] o que a um parece evidente, antolha-se obscuro e dúbio a outro, por ser este menos atilado e culto, ou por examinar o texto sob um prisma diferente ou de diversa orientação" ("Hermenêutica e aplicação do Direito". 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 32).

E, com mais vagar, DANIEL MITIDIERO:

O direito é indeterminado basicamente por duas razões: os textos em que vazado são equívocos e as normas são vagas. Essa é a razão pela qual se costuma afirmar a "duplice indeterminatezza del diritto".
Os textos são equívocos porque ambíguos, complexos, implicativos, defectivos e por vezes se apresentam em termos exemplificativos ou taxativos. As normas são vagas porque não é possível antever exatamente quais são os fatos que recaem nos seus respectivos âmbitos de incidência.
Um texto é equívoco porque dá azo a dúvidas interpretativas a respeito do seu significado, seja porque ambíguo, complexo, implicativo, defectível ou redigido de forma aberta ou fechada. Um texto é ambíguo quando dá lugar a dois ou mais significados possíveis excludentes - significa uma coisa ou outra. É complexo quando dá lugar a dois ou mais significados possíveis concorrentes - significa uma coisa e outra. É implicativo quando dá lugar logicamente a outro. É defectível quando o texto está sujeito a exceções implícitas. Por fim, os textos podem ainda ser equívocos por força do modo com que redigidos, se aludindo a simples exemplos ou se contendo uma pretensão de taxatividade - em um e em outro caso a analogia e o argumento analógico são fatores de equivocidade textual.
Essa potencial equivocidade dos textos, contudo, não é algo que possa ser eliminado simplesmente pelo apuramento linguístico na sua redação. Na verdade, a equivocidade não é propriamente um defeito objetivo do texto, mas uma decorrência de diferentes interesses e concepções a respeito da justiça dos intérpretes e da multiplicidade de concepções dogmáticas e métodos interpretativos por

eles utilizados que interferem na atividade de individualização, valoração e escolha de significados. A interpretação varia de acordo com a posição assumida pelo intérprete na sociedade ou diante de determinado conflito (diferentes interesses), com as suas inclinações ético-políticas (concepções de justiça), com os conceitos jurídicos de que se vale (concepções dogmáticas) e com os argumentos interpretativos eleitos (métodos interpretativos) - e é justamente por essa razão que a vida do Direito, concretizada na sua interpretação e aplicação, não depende apenas da lógica, mas é antes de tudo experiência ("the life of the law has not been logic: it has been experience").
Uma norma é vaga porque dá lugar a dúvidas interpretativas a respeito dos casos que recaem ou não sob o seu campo de aplicação.
As normas são vagas porque se valem de predicados para comunicar aquilo que esperam de seus destinatários. Os predicados aludem não a entidades individuais, mas a classes, isto é, um conjunto de entidades individuais, cujo significado depende das suas características (isto é, dos atributos do objeto) e da sua extensão (isto é, dos objetos que são alcançados pelas características). A vagueza normativa, portanto, deriva do fato de os predicados normativos terem seus confins de aplicação incertos por força da indeterminação das suas características e do seu alcance.
Conquanto, a fim de que o direito possa orientar condutas a fim de cumprir com os seus objetivos básicos de prover uma ordem jurídica pautada pela liberdade e pela igualdade, é preciso reduzir a sua indeterminação. A interpretação é o modo pelo qual essa operação é paulatina e contextualmente realizada.
Para que esse processo de permanente determinação do direito possa ser realizado de forma segura, é preciso que seja empreendido de forma racional seja do ponto de vista da atividade interpretativa, seja do ponto de vista do seu resultado. Em outras palavras, a fim de que exista uma segura densificação do direito é preciso que a interpretação seja racional. Sem racionalidade não há como realizar um controle intersubjetivo das razões invocadas pelo intérprete para suportar as suas decisões diante das dúvidas interpretativas surgidas em face do direito aplicável.
Uma interpretação é racional quando a atividade do intérprete é justificada e o seu resultado é coerente e universalizável. ("Precedentes" São Paulo: RT, 2023, Disponível em: https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/111026212/v5/page/RB-1.5%20)

É certo, ainda, que a atividade interpretativa tem limites. Além de, sob o paradigma do neoconstitucionalismo, balizada pela Constituição e pelos Direitos Fundamentais, deve-se observar como limite o próprio texto, pena de degenerar-se em mero arbítrio judicial.

Pertinente, a respeito, a lição de ERICH DANZ, de que "não pode a declaração valer com um sentido que não tenha um mínimo de correspondência no texto do respectivo documento, ainda que imperfeitamente expresso" (A Interpretação dos Negócios Jurídicos, Arménio Amado Editora, Coimbra, 1941, pág. 211).

É neste sentido que me manifestei, na Audiência Pública, para esclarecer que a tese jurídica veiculada em procedimento de formação de precedente obrigatório não se pode valer da indeterminação da tessitura das normas jurídicas para inovar no ordenamento. Não se cuida, repito, de controle abstrato de constitucionalidade, de forma que não há lugar para decisões de cunho aditivo.

É importante frisar que o Judiciário não exerce função consultiva - salvo a excepcionalíssima hipótese das consultas eleitorais (art. 30, VIII do Código Eleitoral). Retomo o dito no início deste tópico: este incidente, embora tenha natureza de processo objetivo, não é puramente abstrato. O IRDR não dota a Jurisdição ordinária de função consultiva em abstrato, portanto. Não é mérito do Incidente dizer em que situações o Consumidor abusa do direito de Ação, nem quem é o culpado pela (suposta) judicialização excessiva. Esta a razão para dispensar investigação fática sobre a realidade do índice de resolutividade dos meios alternativos de resolução de conflitos. Embora o argumento de fato possa ser pertinente sob o prisma da análise econômica do direito, ele não pode sobrepujar - nos estreitos limites deste Incidente - a discussão da tese jurídica.

A questão repetitiva, portanto, é bem situada nos seguintes termos: se há abuso do direito de ação a partir da conduta de ajuizar demanda consumerista sem prévia tentativa de autocomposição.

- da estruturação desta decisão

Neste esforço de balizamento da decisão, aponto a existência da Recomendação 134 de 9 de setembro de 2022 do CNJ sobre o tratamento dos precedentes no Direito brasileiro.

Embora o ato não ostente natureza de norma jurídica, a Recomendação representa boas práticas apoiadas no ordenamento vigente, pelo que entendo pertinente citá-la como reforço de fundamentação.

Neste sentido, o seu art. 1º trata o sistema de precedentes ao largo de preocupações repressivas de

demandas, mas como meio de fornecer "de modo mais estruturado e geral, respostas às controvérsias atuais, latentes e potenciais, de modo a propiciar a efetiva segurança jurídica".

Há também na Resolução recomendação expressa de enfrentamento de todos os fundamentos suscitados por todos os sujeitos processuais, bem como delimitação dos dispositivos normativos relevantes (art. 12, I e II da Resolução e 984, §2º do CPC). As teses, por sua vez, devem ser redigidas de forma simples, com um enunciado para cada tese e com indicação precisa das circunstâncias fáticas a que diz respeito (art. 13 da Resolução).

A utilidade do Incidente como mecanismo de pacificação de controvérsias (art. 8º) depende de que seja formado precedente com indicação clara de sua "razão determinante" (art. 9º) - também chamada de holding ou ratio decidendi.

Do cotejo de todos estes parâmetros adoto a proposta de LORENZETTI sobre o controle da solução dedutiva da decisão judicial, estruturada nos seguintes passos:

1) Olhar para trás (elementos de consistência): este passo obriga a olhar para trás, aos precedentes judiciais que estabeleceram regras jurídicas para os casos com elementos de fato similares. As partes trabalharam com base na crença de que essa regra seria mantida porque a lei se aplica com base na previsibilidade e na igualdade. Por essa razão, quem quiser se apartar de um precedente assume a carga da argumentação justificativa da mudança. O que se coloca em jogo aqui é tanto a garantia de igualdade perante a lei, que obriga a dar igual solução nos casos análogos, como a segurança jurídica, que favorece a certeza e a estabilidade do direito.

2) Olhar para cima (elemento de coerência): este passo obriga a que a solução deduzida das regras, e consistente com outras adotadas para os casos análogos, seja coerente com o resto do sistema jurídico, harmonizando as regras. Isso é assim porque a solução dedutiva parte de uma norma identificada como válida, mas no sistema atual, onde há pluralidade de fontes, pode se dar o caso frequente de normas válidas que podem ter soluções diferentes. Portanto, é necessário verificar se existe um princípio geral que compreenda um conjunto de normas diferentes. Este processo implica olhar para cima, ou seja, olhar as regras gerais que dão coerência ao sistema jurídico. É necessário assinalar que a coerência se presume, de maneira que existe o encargo argumentativo de provar o contrário.

3) Olhar para a frente (elemento consequencialista): este passo é focado na análise das consequências gerais jurídicas ou econômico-sociais que pode produzir a decisão no futuro. A Corte Suprema defende com reiteração que a interpretação não pode prescindir das consequências derivadas de cada critério, pois elas constituem um dos índices mais seguros para se verificar a sua razoabilidade. ("Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito". São Paulo: RT, 2ª ed., p. 160-2)

Assim, deve-se submeter a proposta hermenêutica a estes três passos, que reclamam o exame de compatibilidade com o direito jurisprudencial (1º passo) - sem que se possa falar em criação judicial do direito, friso -, com a interpretação sistemática do ordenamento (2º passo) e com o viés corretivo consequencialista, que hoje corresponde a critério objetivo de decisão (art. 20 da LINDB).

Interessante notar certa polarização, a exemplo da forma com a qual o próprio ordenamento descreve a solução dos conflitos de consumo: uma tentativa de harmonizar os interesses dos fornecedores e dos consumidores (art. 4º, III do CDC).

Assim, é útil estruturar da seguinte forma os argumentos trazidos por todos os interessados.

a) a respeito do princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV da Constituição e art. 3º do CPC) formaram-se duas grandes posições:

1) Uma que exige a qualificação do interesse de agir (art. 17 do CPC) em favor da afirmada necessidade da intervenção judicial. Mencionam dois projetos de lei (PL 533/2019 e 3813/2020) que visam a incorporar ao art. 17 do CPC norma semelhante à tese proposta. São invocados como parâmetros jurisprudenciais decisões do STF no RE 631.240/MG (causas previdenciárias), no RE 839.353/MA (DPVAT), na SE 5206 (constitucionalidade da arbitragem) e na ADI 5436 (direito de resposta na imprensa); e, no STJ, sobre a configuração do interesse de agir em demandas de exibição de documentos (REsp 982.133/RS, 1.349.453/MS e 1.304.736/RS). Cuida-se, a meu aviso, de inserir na apreciação da necessidade o regime da mora ex persona;

2) A segunda, que pressupõe a necessidade para configuração do interesse de agir em conflitos de consumo, advoga a impossibilidade de limitar o acesso ao judiciário (arts. 25 e 29 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos), tendo em vista o especial tratamento conferido ao consumidor (art. 5º, XXXII da Constituição). Argui-se, ademais, que desde a EC 7/1977 que fora abandonada, ainda sob a vigência da Constituição anterior, concebeu-se o sistema da instância administrativa de curso forçado. Foram invocados como parâmetros jurisprudenciais as decisões do STF nas ADI 2139, 2160 e

2237 (inconstitucionalidade do art. 625-D da CLT que impunha conciliação prévia às demandas trabalhistas). Afirmou-se que nenhuma limitação poderia ser erigida em sede legislativa (art. 19, III e 22, I e 60, §4º da Constituição) o que se aplica com maior vigor aos precedentes judiciais. Argumentou-se, ainda, que nenhum dos julgados invocados pelos partidários da tese qualificadora dizem respeito especificamente a demandas consumeristas. Trata-se de proposta alinhada ao regime jurídico da mora ex re.

b) no que diz respeito ao chamado sistema multiportas (art. 3º, §§2º e 3º do CPC):

1) a tese qualificadora advoga a compreensão de que o Judiciário deva ser a ultima ratio e que a consensualidade promove a eficiência da prestação do serviço jurisdicional (art. 37 da Constituição) a par de se alinhar com tendências mundiais no tratamento adequado dos conflitos;

2) a tese da necessidade presumida aponta que a consensualidade é marcada pela voluntariedade (art. 2º, V da Lei 13.140/2015) e que a atual feição do sistema multiportas incorporou posturas autocompositivas no seio do procedimento (art. 334, §§4º e 5º e art. 139, V do CPC) - ao contrário do que propõe a tese qualificadora.

c) a respeito da tutela do consumidor, pôs-se em lume sua posição especial no ordenamento, tema de ordem pública (art. 1º do CDC), à luz de sua reconhecida vulnerabilidade (art. 4º, I do CDC) e a preocupação legislativa com sua defesa (art. 5º, XXXII da Constituição e art. 5º, I do CDC), da qual partiu todo um arsenal de normas que lhe conferem posições de vantagem (art. 47, art. 51, art. 83 e 101, I do CDC) em juízo e fora dele.

d) no que tange a argumentos de análise econômica do direito:

1) a tese qualificadora aduz a suficiência da (auto)rregulação. Invocou-se a existência de norma administrativa do INSS que poderia ter posto fim ao conflito veiculado no caso piloto antes de surgida a demanda. Destaca o que afirma ser a alta eficiência dos mecanismos extrajudiciais de solução de controvérsias.

2) a tese da presunção, em contraposição, argui que a ordem econômica (art. 170 da Constituição) contempla a defesa do consumidor e que a alta litigiosidade verificada na área é fruto de uma cultura de descumprimento da lei por parte de fornecedores.

Assim, passa-se ao enfrentamento de todos os argumentos.

DA EXPRESSÃO ATUAL DO PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO

Inconcusso que está em disputa o conteúdo da garantia do art. 5º, XXXV da Constituição, que densifica o princípio da inafastabilidade da jurisdição, ao prever que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

Trata-se de garantia basilar, intimamente relacionada com a defesa da igualdade e da liberdade e vem sendo repetida em inúmeros diplomas internacionais, como no art. 8º da Declaração Universal dos Direitos do Homem:

Todo homem tem direito a receber, dos tribunais nacionais competentes, remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei".

Bem como pelo art. 25 do Pacto de San José da Costa Rica:

Artigo 25 - Proteção judicial
1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.
2. Os Estados-partes comprometem-se:
a) a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso;
b) a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e
c) a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso.

Friso, à guisa de introdução e à luz de relevantes propostas de interpretação constitucional, que é candente o tema da interpretação judicial sobre o conteúdo das garantias constitucionais.

BERNARDO GONÇALVES FERNANDES coloca a questão nos seguintes termos: "ora, se a Constituição opta por proteger a garantia de certos direitos, poderia uma Corte Constitucional interpretar esses direitos de forma a burlar a proteção constitucional?" (Curso de Direito Constitucional. Salvador:

Juspodivm, 2016, 8ª ed., p. 496).

O ponto é dos mais controversos e esteve presente nos principais debates constitucionais, como no caso da coisa julgada inconstitucional, a extensão do princípio da presunção de inocência (HC 126.292/SP e ADC 43 e 44). A oscilação na jurisprudência do STF e a fundada controvérsia doutrinária a respeito revelam a dificuldade de se avançar no debate.

A este respeito, já tive oportunidade de apontar a natureza das garantias constitucionais como limites para a deliberação. Com efeito, no julgamento do IRDR 1.0182.16.001439-1/001 - em que restei vencido -, apontei que a proteção constitucional conferida ao salário era obstativa de interpretação judicial que amesquinhasse sua proteção:

Trata-se de garantia constitucional que, como ensina LUIGI FERRAJOLI, configura "a esfera do não decidível: aquilo que nenhuma maioria pode decidir, em violação aos direitos de liberdade, e aquilo que nenhuma maioria pode deixar de decidir, em violação aos direitos sociais, estes e aqueles estabelecidos pela constituição". E prossegue:

Precisamente, os direitos fundamentais consistentes em expectativas negativas, como são todos os direitos de liberdade e os direitos de autonomia, impõem limites, ou seja, proibições de lesão; os direitos fundamentais consistentes em expectativas positivas, como são todos os direitos sociais, ao contrário, impõem vínculos, ou seja, obrigações de prestação. É por isso que estes direitos desenham, em seu conjunto, aquela que chamei de esfera do não decidível: a esfera do indecidível que, desenhada pelo conjunto dos direitos de liberdade e de autonomia, os quais impõem a proibição, enquanto expectativas negativas, das decisões que possam lesá-los ou reduzi-los; a esfera do indecidível que não, determinada pelo conjunto dos direitos sociais, os quais impõem a obrigação, enquanto expectativas positivas, das decisões destinadas a satisfazê-los. Apenas o que é deixado de fora desta esfera é a esfera do decidível, no interior da qual é legítimo o exercício dos direitos de autonomia: da autonomia política, mediada pela representação, na produção das decisões públicas; da autonomia civil, diretamente sobre o mercado, na produção dos negócios privados, que deveriam, também estes, assim como as primeiras, ser submetidos a rígidos limites e vínculos constitucionais de modo a impedir o hodierno caráter desregulado que está na origem, como se verá no capítulo quarto, das gravíssimas crises econômicas que estão provocando a crise da democracia. (A Democracia Através dos Direitos. São Paulo: RT, 2015, acesso em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/103713630/v1/document/103776190/anchor/a-103776190>

Este, o enfoque que deve guiar a interpretação da matéria. Ao alçar a proteção do salário ao patamar de garantia constitucional, a Constituição determinou que sua proteção decorreria de lei (art. 7º, X da Constituição). Esta a "esfera do não decidível", na lição de FERRAJOLI: nenhuma outra autoridade pode decidir sobre a forma de se (des)proteger o salário - apenas a lei pode versar o tema.

Neste contexto, relevantes os fundamentos de inconstitucionalidade (formal e material) da proposta de qualificar o interesse de agir pela prévia tentativa de solução administrativa.

Em sentido oposto, aqueles que defendem a racionalização do acesso ao Judiciário descrevem raciocínio análogo ao dos partidários da teoria interna da limitação dos Direitos Fundamentais: não seria o caso de restringir o alcance do acesso à justiça, mas de qualificá-lo. Embora não o façam expressamente, invocam a máxima do direito francês lembrada por VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, "o direito cessa onde o abuso começa" ("O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais", in: Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro: Renovar, n. 4, 2006, p. 37).

Em linha metodológica semelhante está o método estruturante de FRIEDRICH MÜLLER para superação dos conflitos entre Direitos Fundamentais. Conforme ensina CLÁUDIO PEREIRA DE SOUZA NETO ("Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática". Rio de Janeiro: Renovar, 2002) a aplicação do direito em casos tais não se esgota na mera subsunção, mas exige do intérprete a concretização da norma a partir do texto e da realidade social. A interpretação deve partir da análise do texto legal para compreensão do "programa da norma". Em seguida, analisa-se o "âmbito normativo", que são os elementos de fato pressupostos pelo programa. Apenas então chega-se à norma do caso concreto. É por meio destes passos que se pode distinguir o abuso, quando a presença de elementos fáticos puder demonstrar a não submissão ao programa da norma.

Estas ponderações sobre o sentido e alcance das normas constitucionais refletem a tensão entre rigidez e atualização do sentido da Constituição - fenômeno inegável no moderno debate sobre o constitucionalismo contemporâneo.

Este dilema é bem descrito por CLÁUDIO PEREIRA DE SOUZA NETO e DANIEL SARMENTO:

Por um lado, existe a necessidade de dotar a Constituição de estabilidade, que é associada ao seu caráter rígido, o qual demanda um procedimento específico e difícil para alteração dos seus dispositivos. Do outro, há a necessidade de se conferir um certo dinamismo à Constituição, a fim de que ela possa se adaptar mais facilmente às mudanças sociais, sem que seja necessário recorrer, a cada momento, ao processo de reforma constitucional, que muitas vezes é excessivamente difícil, além de provocar efeitos colaterais indesejados, como o próprio retalhamento do texto magno. É necessário buscar um ponto de equilíbrio entre estas demandas, de modo a não enrijecer nem flexibilizar em demasia a Constituição. Não se deve, sob o pretexto da mutação constitucional, possibilitar que os fatores reais de poder atropelem a força normativa da Constituição, nem tampouco adotar-se uma leitura imobilista da Lei Maior, insensível às novas circunstâncias e valores de uma sociedade em permanente evolução. ("Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho". Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 341)

Com estas balizas em mente, deve-se averiguar o conteúdo da inafastabilidade da jurisdição.
É clássica a lição de JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE:

"Acesso à Justiça ou mais propriamente acesso à ordem jurídica justa significa proporcionar a todos, sem qualquer restrição, o direito de pleitear a tutela jurisdicional do Estado e de ter à disposição o meio constitucionalmente previsto para alcançar esse resultado. Ninguém pode ser privado do devido processo legal, ou melhor, do devido processo constitucional. É o processo modelado em conformidade com garantias fundamentais, suficientes para torná-lo équo, correto, giusto". ("Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência". São Paulo, Malheiros, 2009, p. 71)

LUIZ GUILHERME MARINONI trata do tema sob o viés não do direito de acesso, mas do dever Estatal de conceder acesso:

A proibição de exclusão da apreciação, assim como a proibição de o juiz se negar a decidir, constituem garantias a um não fazer do Estado. Um não fazer imprescindível para a efetividade do direito à tutela jurisdicional. ("Comentários à constituição do Brasil". (Série IDP). Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. E-book. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553625044/. Acesso em: 23 ago. 2024, g.n.)

Apoiado neste mandado constitucional, os interessados proponentes do amplo acesso do consumidor conjugam a garantia da inafastabilidade com outra cominação estatal, a de "promover, na forma da lei, a defesa do consumidor" (art. 5º, XXXII da Constituição).

É relevante perceber, neste primeiro exame da garantia, que a Constituição deixou expressos dois deveres estatais inegavelmente conexos: o primeiro, de índole prestacional (defender o consumidor) e, o segundo, de natureza abstencionista (não opor obstáculos ao acesso à justiça).

Vou além para dizer que o acesso à justiça se desdobra em duas facetas: uma formal - já suficientemente explorada - e, outra, substancial.

É com a segunda que se articula a tese de acesso à justiça como acesso a meios de solução de conflitos - não necessariamente acesso à Jurisdição Estatal.

KAZUO WATANABE, ao tratar do acesso à ordem jurídica justa, em Capítulo de livro, com o título Acesso à Justiça e Sociedade Moderna, escreve:

"1. 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.

2. Uma empreitada assim ambiciosa requer, antes de mais nada, uma nova postura mental. Deve-se pensar na ordem jurídica e nas respectivas instituições, pela perspectiva do consumidor, ou seja do destinatário das normas jurídicas, que é o povo, de sorte que o problema do acesso à Justiça traz à tona não apenas um programa de reforma como também um método de pensamento, como com acerto acentua Mauro Cappelletti.
Hoje, lamentavelmente, a perspectiva que prevalece é a do Estado, quando não do ocupante temporário do poder, pois, como bem ressaltam os cientistas políticos, o direito vem sendo utilizado como instrumento de governo para a realização de metas e projetos econômicos. A ética que predomina é da eficiência técnica, e não da equidade e do bem-estar da coletividade.

3. Há que se preocupar, outrossim, com o direito substancial, que, sobre ser ajustado à realidade social,

deve ser interpretado e aplicado de modo correto. Já se disse alhures que, para a aplicação de um direito substancial discriminatório e injusto, melhor seria dificultar o acesso à Justiça, pois assim se evitaria o cometimento de dupla injustiça". ("Acesso à Justiça e sociedade moderna. Participação e processo. São Paulo: RT, 1988, p. 128-129)

É certo que o direito de ação não depende apenas de prestações estatais destinadas a aproximar o cidadão do Judiciário, mas igualmente de uma ordenação jurídica que contemple técnicas processuais idôneas à viabilidade da tutela do direito.

É com esta compreensão que se articulam as decisões judiciais invocadas pelos proponentes da qualificação do interesse de agir. Segundo argumentam, a submissão dos conflitos de consumo à prévia etapa autocompositiva seria o próximo passo depois de semelhante exigência ter sido feita nas causas previdenciárias e para as demandas de exibição de documento.

Em sentido contrário, argumenta-se que a ratio destes precedentes não versa conflitos de consumo e que o precedente que tratou da constitucionalidade da conciliação prévia como condição para demandas trabalhistas é mais próxima da questão aqui discutida.

Cuida-se, como se vê, de proposta de aplicação e de distinção de diversos precedentes. Sobre o tema, LUIZ GUILHERME MARINONI pontua que:

Como foi demonstrado, para se compreender o precedente é indispensável delimitar a sua ratio decidendi, separando -se dela a obiter dicta. A ratio decidendi não teria muita importância caso fosse vista em uma perspectiva eminentemente estática - como regra em abstrato - e não numa forma dinâmica, relacionada à sua aplicação aos casos que dia a dia eclodem. O precedente tem o objetivo de regular o futuro e, assim, uma das questões centrais de qualquer teoria dos precedentes deve estar na aplicação da ratio decidendi aos novos casos.

E intuitivo que, para aplicar a ratio decidendi a um caso, é necessário comparar o caso de que provém a ratio decidendi com o caso sob julgamento, analisando-se as suas circunstâncias fáticas. Isso significa uma diferenciação ou distinção de casos, que assume a forma de técnica jurídica voltada a permitir a aplicação dos precedentes. Nesse sentido fala-se, no common law, em distinguishing. ("Precedentes Obrigatórios". São Paulo: RT, 2010, p. 326)

Há que se atentar, portanto, para os elementos fáticos e jurídicos examinados no precedente para dele extrair a sua ratio, que, nas palavras de NEIL DUXBURY, "vincula a doutrina do precedente com o princípio de que casos similares sejam tratados da mesma forma" (The nature and authority of precedent. Cambridge: Harvard university press, 2008, p. 83, tradução livre).

Neste contexto, FREDIE DIDIER JR. e outros traçam ilustrativa síntese das questões identificadas por MARCELO ALVES DIAS DE SOUZA na identificação da ratio:

i) se uma decisão traz mais de um motivo como fundamento de sua decisão (mais de uma ratio decidendi), tem-se entendido que todas as rationes obrigam, "não podendo o tribunal, em caso posterior, es- colher simplesmente uma dentre elas como obrigatória e relegar a(s) outra(s) à qualidade de dictum";

(ii) num julgamento proferido por órgão colegiado, se, a despeito de chegar a um mesmo resultado, os membros do colegiado o fazem por razões diversas, tem-se entendido que falta ratio decidendi discerní- vel "e, portanto, está a corte do caso posterior livre para decidir com base em outro parâmetro";

(iii) por fim, se for difícil identificar a ratio decidendi de uma decisão, seja porque a sua fundamentação é insuficiente, seja porque não há uma tese jurídica bem delineada, entende-se que ela deve ser considerada desprovida de ratio "e, por conseguinte, de autoridade obrigatória" ("Curso de Direito Processual Civil - vol II". Salvador: Juspodivm, 2016, 10ª ed., p. 448)

Assim, deve-se promover adequado exame das razões determinantes do precedentes relacionados com esta questão jurídica, de forma a definir o respectivo alcance e adequação para enfrentar o tema.

- do distinguishing em relação ao Tema 350 do STF (RE 631.240/MG - causas previdenciárias)

Há, na subementa do acórdão do RE 631.240/MG, uma interessante construção, a partir da qual os adeptos da tese qualificadora se apoiam para anunciar uma nova compreensão do interesse de agir:

2. A concessão de benefícios previdenciários depende de requerimento do interessado, não se caracterizando ameaça ou lesão a direito antes de sua apreciação e indeferimento pelo INSS, ou excedido o prazo legal para sua análise.

O ponto chave para a transposição desta ratio aos conflitos de consumo reside na estrutura dos direitos envolvidos e se, em ambos os casos, somente haverá ameaça ou lesão após manifestação da contraparte.

Para enfrentamento do ponto, mister retomar a vetusta diferenciação entre direitos subjetivos e direitos potestativos - com destaque para a última categoria. Parte-se, assim, do clássico estudo do professor AGNELO AMORIM FILHO (Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. Revista dos Tribunais, vol. 300. São Paulo: RT, out. 1961):

Segundo Chiovenda (Instituições, 1-35 et seq.), os direitos subjetivos se dividem em duas grandes categorias: A primeira compreende aqueles direitos que têm por finalidade um bem da vida a conseguir-se mediante uma prestação, positiva ou negativa, de outrem, isto é, do sujeito passivo. Recebem eles, de Chiovenda, a denominação de "direitos a uma prestação", e como exemplos poderíamos citar todos aqueles que compõem as duas numerosas classes dos direitos reais e pessoais. Nessas duas classes há sempre um sujeito passivo obrigado a uma prestação, seja positiva (dar ou fazer), como nos direitos de crédito, seja negativa (abster-se), como nos direitos de propriedade. A segunda grande categoria é a dos denominados direitos potestativos, e compreende aqueles poderes que a lei confere a determinadas pessoas de influírem, com uma declaração de vontade, sobre situações jurídicas de outras, sem o concurso da vontade destas. Desenvolvendo a conceituação dos direitos potestativos, diz Chiovenda: "Esses poderes (que não se devem confundir com as simples manifestações de capacidade jurídica, como a faculdade de testar, de contratar e semelhantes, a que não corresponde nenhuma sujeição alheia), se exercitam e atuam mediante simples declaração de vontade, mas, em alguns casos, com a necessária intervenção do juiz. Têm todas de comum tender à produção de um efeito jurídico a favor de um sujeito e a cargo de outro, o qual nada deve fazer, mas nem por isso pode esquivar-se àquele efeito, permanecendo sujeito à sua produção. A sujeição é um estado jurídico que dispensa o concurso da vontade do sujeito, ou qualquer atitude dele. São poderes puramente ideais, criados e concebidos pela lei...; e, pois, que se apresentam como um bem, não há excluí-los de entre os direitos, como realmente não os exclui o senso comum e o uso jurídico. É mera petição de princípio afirmar que não se pode imaginar um direito a que não corresponda uma obrigação" (Instituições, trad. port., 1/41-42).
[...]
Da exposição feita acima se verifica facilmente que uma das principais características dos direitos potestativos é o estado de sujeição que o seu exercício cria para outra ou outras pessoas, independentemente da vontade destas últimas, ou mesmo contra sua vontade. Assim, por exemplo, o mandatário, o donatário e os outros condôminos, sofrem os efeitos da extinção do mandato, da doação, e da comunhão, sem que possam se opor à realização do ato que produziu aqueles efeitos. No máximo a pessoa que sofre a sujeição pode, em algumas hipóteses, se opor a que o ato seja realizado de determinada forma, mas nesse caso o titular do direito pode exercê-lo por outra forma. Ex.: divisão judicial, quando os demais condôminos não concordam com a divisão amigável.

Outras características dos direitos potestativos: são insuscetíveis de violação e a eles não corresponde uma prestação.

[...]

Por aí se verifica, de pronto, que as duas mencionadas espécies de ação correspondem exatamente, com rigorosa precisão, àqueles dois grandes grupos nos quais Chiovenda divide os direitos: as ações condenatórias são meio de proteção daqueles direitos suscetíveis de violação (direitos a uma prestação); e as ações constitutivas são o meio de exercício daqueles direitos insuscetíveis de violação (direitos potestativos).

[...]

Deste modo, fixada a noção de que a violação do direito e o início do prazo prescricional são fatos correlatos, que se correspondem como causa e efeito, e articulando-se tal noção com aquela classificação dos direitos formulada por Chiovenda, concluir-se-á, fácil e irretorquivelmente, que só os direitos da primeira categoria (isto é, os direitos a uma prestação), conduzem à prescrição, pois

somente eles são suscetíveis de lesão ou de violação, conforme ficou amplamente demonstrado. Por outro lado, os da segunda categoria, isto é, os direitos potestativos (que são, por definição, direitos sem pretensão, ou direitos sem prestação, e que se caracterizam, exatamente, pelo fato de serem insuscetíveis de lesão ou violação), não podem jamais, por isso mesmo, dar origem a um prazo prescricional.

Com esta compreensão dos direitos potestativos em mente deve ser compreendida frase do Tema 350/STF: "a concessão de benefícios previdenciários depende de requerimento do interessado, não se caracterizando ameaça ou lesão a direito antes de sua apreciação e indeferimento pelo INSS, ou excedido o prazo legal para sua análise".

O texto só assume verdadeiramente sua natureza de tese (veiculadora da ratio, portanto), quando compreendida à luz dos elementos fáticos e jurídicos que levaram à sua enunciação (como o reconhece implicitamente o art. 926, §2º do CPC e art. 13 da Recomendação 134 de 9 de setembro de 2022 do CNJ).

Assim, deve-se rechaçar a tese qualificadora quando vê no Tema 350/STF uma espécie de tratamento geral do tema da configuração do interesse de agir. O exame feito pela maioria dos Ministros - que sufragaram a tese - foi situado sobre especificidades do regime jurídico das prestações previdenciárias.

A título de ilustração, colhe-se o seguinte trecho do Voto do Relator:

Esta é a interpretação mais adequada ao princípio da separação de Poderes. Permitir que o Judiciário conheça originariamente de pedidos cujo acolhimento, por lei, depende de requerimento à Administração significa transformar o juiz em administrador, ou a Justiça em guichê de atendimento do INSS, expressão que já se tornou corrente na matéria. O Judiciário não tem, e nem deve ter, a estrutura necessária para atender às pretensões que, de ordinário, devem ser primeiramente formuladas junto à Administração. O juiz deve estar pronto, isto sim, para responder a alegações de lesão ou ameaça a direito. Mas, se o reconhecimento do direito depende de requerimento, não há lesão ou ameaça possível antes da formulação do pedido administrativo. (f. 15 do acórdão)

Como se vê, no exame do tema das prestações previdenciárias, decidiu-se à luz da separação dos poderes diante das especificidades do direito tutelado. Se o direito a prestações previdenciárias ostenta natureza potestativa, não há falar em direito de ação antes de exercida a potestade - e, além disso, haveria subversão do sistema de competências previsto no ordenamento para este exercício.

Com a clareza que lhe é peculiar, TEORI ALBINO ZAVASCKI pontuou na mesma oportunidade:

3. Ora, não se pode considerar presente o interesse de agir em juízo nas hipóteses em que o demandado não tem o dever de prestar, ou porque a prestação é inexigível ou porque sua satisfação pressupõe a provocação do titular do direito. Essa hipótese é especialmente corriqueira no domínio dos direitos potestativos. O que caracteriza os direitos potestativos - ou formativos-geradores, na linguagem de Pontes de Miranda -, é justamente isso: enquanto não forem efetivamente exercidos pelo seu titular, eles não podem ser satisfeitos espontaneamente pelo sujeito passivo. Por isso se afirma que a um direito potestativo ainda
não exercido corresponde um dever de sujeição, mas não um dever de imediata satisfação. A consequência prática é que, enquanto não exercido o direito pelo seu titular, não pode, logicamente, ser considerado violado ou sequer ameaçado pelo devedor da prestação. Sendo assim, não há interesse de agir em juízo visando a obter a satisfação de um direito potestativo ainda não exercido porque, em tal situação, não está o sujeito passivo com o dever - e sequer com a faculdade - de satisfazer espontaneamente a correspondente prestação. O dever de satisfazer a entrega da prestação somente nasce com a manifestação do sujeito ativo de exercer efetivamente o direito.
4. No domínio do direito previdenciário esse fenômeno é recorrente. Conforme tive oportunidade a afirmar em voto-vista apresentado no RE 630.501, há certas prestações previdenciárias (como é o caso dos benefícios e serviços arrolados no art. 25 do Regulamento aprovado pelo Decreto 3.048/99, entre as quais a da aposentadoria, que decorrem de típico direito potestativo, ou seja: mesmo adquirindo o segurado o direito de se aposentar, nem por isso corresponde, ao INSS, o dever de satisfazer imediatamente a correspondente prestação, que somente passa a ser devida se e quando o segurado a requerer. Se o segurado, podendo se aposentar, não requer o benefício, o INSS não tem o dever nem mesmo a faculdade de aposentá-lo de ofício, razão pela qual não se pode afirmar que o direito esteja sendo violado ou mesmo ameaçado pela instituição previdenciária antes do requerimento de aposentadoria. (f. 40 do acórdão)

E, mais evidente, durante os debates na sessão:

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Há casos que, obviamente, não dependem de iniciativa do segurado. Se a lei concede um reajuste de benefícios e o INSS não paga espontaneamente, a omissão por si só caracteriza a resistência.
O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)
- Eu fiz a ressalva.
(f. 42 do acórdão)

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Eu concordo. Mas penso que se poderia resumir de modo diferente. Não sei se o Ministro Barroso concorda. A tese central seria a seguinte: Em se tratando de prestação previdenciária cuja concessão só pode se dar se e quando requerido pelo segurado, o interesse de agir em juízo pressupõe prévio requerimento administrativo ou a demonstração, por outro modo, da resistência do INSS.
O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)
- Eu, pessoalmente, prefiro a minha, porque é mais fácil de entender e é mais clara.
O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Penso que a minha é mais abrangente. Por exemplo, a ação de revisão de benefícios: é preciso saber se há resistência ou não há resistência.
(f. 54 do acórdão)

Conclui-se, portanto, que a afirmativa de que o STF condicionou a configuração do interesse de agir nas ações previdenciárias ao prévio requerimento administrativo elastece a real extensão da ratio do julgamento invocado. Naquela oportunidade houve um profundo exame de uma questão específica chegando-se à conclusão de que, para certas prestações previdenciárias (de natureza potestativa), a lesão ou ameaça apenas se configuraria após certos elementos previstos na norma.

Não é preciso maior esforço interpretativo para compreender os direitos do consumidor como direitos subjetivos. É a doutrina de BRUNO MIRAGEM:

A relação jurídica de consumo tem como eficácia o reconhecimento de direitos subjetivos e deveres jurídicos. Tratando o Código de Defesa do Consumidor do estabelecimento de normas protetivas, note-se que a sua orientação lógica é pela exclusividade do reconhecimento de direitos subjetivos aos consumidores e estabelecimento de deveres jurídicos aos fornecedores, assim como fixar procedimentos e consequências na hipótese de violação desses deveres. Entre esses direitos subjetivos, todavia, têm relevo os denominados direitos básicos do consumidor, determinados no artigo 6º do CDC, como espécies de direitos indisponíveis pelos consumidores, uma vez que integram a ordem pública de proteção do consumidor. (MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024. E-book. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559648856/. Acesso em: 28 ago. 2024.)

Ademais, a própria estrutura dos conflitos de consumo se distancia dos pressupostos do Tema 350/STF. Com efeito, como bem lembrado pelos amici FERNANDO GONZAGA JAYME e MARCELO VEIGA FRANCO (DE 137), naquela oportunidade o STF balizou-se também pelo dever legal cometido ao INSS de conceder a prestação previdenciária mais vantajosa possível. Contudo, semelhante dever não é cometido aos fornecedores (art. 14, §2º do CDC). Ademais, muitas vezes o real significado de um conflito de consumo só é percebido em juízo, diante do caráter aberto das normas consumeristas, com expressões como "risco à segurança", "boa-fé" e "vício de qualidade".

Nem mesmo quando a lei consumerista reconhece potestades ao Consumidor, como no caso do art. 18 do CDC, eventual decadência "não representa óbice à que se veicule também pretensão indenizatória ou compensatória. (STJ. 4ª T. AgInt no REsp 1.788.020/PB, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 6/10/2020).

Ademais, o ordenamento alberga a possibilidade de constituição em mora no curso do procedimento, mesmo quando se trata de mora ex persona (art. 397, §ún, primeira figura, do Cód. Civil e art. 240 do CPC).

Assim, é de se afastar, pela distinção, a ratio do Tema 350/STF como parâmetro para a solução desta questão jurídica.

Mesmo para quem repute aplicável - total ou parcialmente - a ratio do julgado, deve-se ter em mente seus meandros caso se pretenda a (indevida) transposição de uma construção jurídica fundada em direitos potestativos para o direito do consumidor.

Mesmo nos casos de fornecedores de serviços regulados pelo Poder Executivo federal se faz necessária distinção atinente à vulnerabilidade do consumidor.

Em hipótese de clara vulnerabilidade, a decorrente de submissão à prova técnica oficial a afastar a própria oportunidade de diálogo eficaz no âmbito extrajudicial, ao segurado da Previdência Social não resta senão a via judicial, em clara contraindicação de prévia tentativa de conciliação.

Nas ações previdenciárias em que se constatam sequelas definitivas para o Segurado, a diminuir-lhe a capacidade laborativa, a não conversão do auxílio-doença em auxílio-acidente representa pretensão resistida da Autarquia, autorizando o ingresso em juízo do beneficiário sem o prévio requerimento administrativo.

Aliás, adverte ANTONIN SCALIA (A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law. Princeton: Princeton University Press, 1997) "chega a ser insuficiente o sistema de uniformização jurisprudencial, pois a ciência da interpretação (se esta for uma ciência) é deixada para ser assimilada aos poucos e de maneira fragmentada, por meio da leitura dos casos (bons e ruins) em ramos substantivos do direito que acabam por envolver as leis, tais como o Direito Empresarial, Direito Ambiental e Direito do Trabalho [e, acrescentaríamos, do Consumidor].

Seguramente, esse é um triste comentário: nós, juízes americanos [e o diríamos dos nossos], não temos uma teoria inteligível sobre aquilo que mais fazemos" (p. 21-22).

Pode-se, portanto, asserir que, no direito do consumidor, é regra a mora ex re do fornecedor ou prestador de serviço, ante a condição de vulnerabilidade daquele.

E aqui chegamos ao cerne do problema. o consumidor ingressa em juízo - sempre e inarredavelmente - arguindo alguma ilicitude contratual, algum vício do negócio, advindo de erro ou dolo, algum abuso de direito na fixação ou cumulação de encargos.

A hipótese de demanda fundada em ato ilícito extracontratual perpetrado pela parte adversa contra o consumidor por equiparação (bystander) é de mora ex re, 'ex vi' do disposto no art. 398, do código civil.

Com a necessária vênia, a transcrição:

Art. 398. Nas obrigações provenientes do ato ilícito, considera-se o devedor em mora, desde que o praticou.

Dou a palavra a PONTES DE MIRANDA (Tratado de direito privado, Parte Especial, Tomo XXII, 3ª. ed., 2ª. reimp., São Paulo: RT, 1984, p. 119), referindo-se ao Art. 962, do Cód. Civil de 1916, ipsis litteris repetido pelo Art. 398, do Cód. Civil de 2002:

Mora é falta e pode ocorrer nas obrigações negativas, razão por que o art. 961 estatui: 'nas obrigações negativas, o devedor fica constituído em mora, desde o dia em que executar o ato de que se devia abster (cf. arts. 883 e 1.535). Há 'mora ex re', como é o caso da mora pelo fato ilícito (art. 962: 'Nas obrigações provenientes de delito, considera-se o devedor em mora desde que o perpetrou'). (Os negritos, da transcrição).

TOME-SE, COMO DOLOROSO EXEMPLO, AS TRAGÉDIAS DE MARIANA E BRUMADINHO. SERIA ASSAZ CRUEL EXIGIR DOS ATINGIDOS EM TAL SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE (FRISO!) QUE AINDA TIVESSEM DE PERCORRER VIA AUTOCOMPOSITIVA PERANTE O OFENSOR.

ADEMAIS, CITE-SE OUTRAS HIPÓTESES DE ILÍCITO EXTRACONTRATUAL NO MERCADO DE CONSUMO, COMO O RECENTE ACIDENTE AÉREO EM VINHEDO/SP E OS INÚMEROS CASOS DE PROPAGANDA ABUSIVA E ENGANOSA.

A ESGOTAR O ARGUMENTO, RETENHA-SE: NÃO HÁ SENÃO O FORO JUDICIAL PARA DEBATE E RECONHECIMENTO DO ILÍCITO - RAZÃO POR QUE O ACESSO À JUSTIÇA MERECE CONSIDERAÇÃO ESPECÍFICA.

- do influxo da interpretação conforme conferida ao art. 625-D da CLT

Após o julgamento do Tema 350 pelo STF (RE 631.240/MG), questão semelhante retornou ao STF, desta vez mediante alterações legislativas promovidas na Consolidação de Leis Trabalhistas (ADIs 2.139, 2.160 e 2.237).

Os dispositivos legais pertinentes (art. 625-A e art. 625-D e parágrafos da CLT - com redação dada pela Lei 9.958/2000) são notavelmente semelhantes à estrutura da tese qualificadora, verbis:

Art. 625-A. As empresas e os sindicatos podem instituir Comissões de Conciliação Prévia, de composição paritária, com representantes dos empregados e dos empregadores, com a atribuição de tentar conciliar os conflitos individuais do trabalho.

Parágrafo único. As Comissões referidas no caput deste artigo poderão ser constituídas por grupos de

empresas ou ter caráter intersindical.
[...]
Art. 625-D. Qualquer demanda de natureza trabalhista será submetida à Comissão de Conciliação Prévia se, na localidade da prestação de serviços, houver sido instituída a Comissão no âmbito da empresa ou do sindicato da categoria.
§ 1o A demanda será formulada por escrito ou reduzida a termo por qualquer dos membros da Comissão, sendo entregue cópia datada e assinada pelo membro aos interessados.
§ 2o Não prosperando a conciliação, será fornecida ao empregado e ao empregador declaração da tentativa conciliatória frustrada com a descrição de seu objeto, firmada pelos membros da Comissão, que deverá ser juntada à eventual reclamação trabalhista.
§ 3o Em caso de motivo relevante que impossibilite a observância do procedimento previsto no caput deste artigo, será a circunstância declarada na petição inicial da ação intentada perante a Justiça do Trabalho.
§ 4o Caso exista, na mesma localidade e para a mesma categoria, Comissão de empresa e Comissão sindical, o interessado optará por uma delas para submeter a sua demanda, sendo competente aquela que primeiro conhecer do pedido

São pontos de contato entre as normas citadas e as propostas qualificadoras: um certo grau de facultatividade para a instituição do meio (a demanda só deve ser submetida se criada a Comissão de comum acordo entre as empresas e os Sindicatos - art. 625-A), uma válvula de escape que permite o ajuizamento direto da demanda em caso de urgência (art. 625-D, §3º) e o curso forçado da tentativa conciliatória.

E, frise-se, mesmo após o julgamento do Tema 350, o STF entendeu inconstitucionais as normas impugnadas - o que reforça o argumento de que a tese qualificadora nunca teve a expressão pretendida.

Na oportunidade, assim se manifestou a Minª Cármen Lúcia:

Contava-me, o Ministro Seabra Fagundes, que, enquanto em todas as outras constituições se tem praticamente a repetição do que se contém na Declaração de Direitos Fundamentais, em que a garantia do acesso à justiça é feita de maneira direta, todo cidadão tem direito ao acesso à justiça, no caso brasileiro, a fórmula é diferente. E é uma das únicas constituições em que se tem essa distinção de forma:
'XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; '
O Professor Celso Barbi também fazia referência a que isto foi um avanço.
Todo aquele que se acha titular de direito, a meu ver, tem de ter realmente o acesso. (f. 18 do acórdão)

Mesmo o Min. Luiz Fux, que aderiu à tese firmada no Tema 350/STF, reconheceu a inconstitucionalidade das normas por ver nelas obstáculo à inafastabilidade:

Assim, a despeito do alegado pelos requerentes, o dispositivo legal não me parece ter o intuito de ser óbice intransponível ao direito subjetivo público de ação de que todo e qualquer cidadão brasileiro goza,
motivo pelo qual não merece ser totalmente expurgado do ordenamento jurídico pátrio. Nada obstante, para que tal dispositivo esteja em consonância com o mandamento constitucional expresso pelo artigo 5° XXXV, da CF, é preciso interpretá-lo assentando-se que a Comissão de Conciliação Prévia constitui meio legítimo, mas não obrigatório, de solução de conflitos, permanecendo, assim, o acesso à Justiça resguardado para todos os que venham a ajuizar demanda diretamente ao órgão judiciário competente. (f. 38 do acórdão)

Como dito ao rejeitar a preliminar de inadmissibilidade do Incidente, não considero o julgamento das ADI em exame precedente qualificado específico sobre a questão aqui decidida. Neste Incidente, cuida-se do acesso do consumidor, enquanto que naqueles precedentes, do acesso do trabalhador. A dessemelhança é reconhecida pelo próprio STF, como já dito (Rcl 43093).

Contudo, não se pode deixar de reconhecer que a interpretação conforme dada pelo STF ao art. 625-D da CLT revela a compreensão constitucionalmente adequada sobre o princípio da inafastabilidade que é aplicável aos ditames da relação consumerista.

Destaque-se que as Comissões de Conciliação Prévia (art. 625-D da CLT), em alguma medida, oferecem vantagens em relação aos titulares dos direitos envolvidos, eis que sua criação é deliberação dos respectivos sindicatos e cuja composição é paritária - algo não observado nos mecanismos privados de solução de controvérsias.

- dos demais parâmetros jurisprudenciais emanados do STF (SE 5206, RE 839353/MA, as ADI 5436, 6.792 e 7.055, Súmula 667 e Súmula Vinculante 28)

Os demais parâmetros jurisprudenciais, por outro lado, longe de sufragarem a proposta da tese qualificadora, parecem apontar para uma subserviência ao ter da garantia da inafastabilidade compreendida em seus termos mais estritos.

Uma vez que as questões não apresentam a complexidade das anteriores - e porque julgo já suficientemente explorada a jurisprudência do Supremo sobre o tema, limito-me às seguintes ponderações.

É verdade que o Supremo afirmou a constitucionalidade da arbitragem (SE 5206), contudo o fez sob o signo da consensualidade ao afirmar que: "a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o artigo 5º, XXXV, da CF". Como se vê, não é o caso da tese qualificadora, que pretende submeter todas as demandas de consumo à etapa conciliatória prévia - independentemente da manifestação de vontade do consumidor.

A decisão monocrática proferida pelo Min. Luiz Fux no RE 839.353/MA, que estendeu a tese do Tema 350 (ações previdenciárias) às demandas sobre o seguro DPVAT, não é representativa da jurisprudência do Tribunal. Ademais, ela é anterior ao julgamento das ADIs sobre as Comissões de Conciliação Prévia para demandas trabalhistas, que representou, como visto, importante fator de balizamento para aplicação da tese qualificadora do interesse de agir.

O outro precedente citado (ADI 5436 - direito de resposta no âmbito da liberdade de imprensa) tampouco diz respeito ao direito do consumidor e levou em consideração especificidades sobre a garantia da liberdade de expressão.

Não obstante, em outras duas ADIs que trataram dos conflitos sobre o exercício do jornalismo (6.792 e 7.055) o STF tratou minuciosamente sobre uma modalidade de abuso do direito de ação: o chamado assédio judicial, praticado por meio de inúmeras demandas, pulverizadas estrategicamente ao longo de todo o território nacional, como meio de pressão e intimidação contra jornalistas.

Nesta hipótese, mesmo reconhecendo o abuso do direito de ação - pedra de toque do presente Incidente - a tese proposta não deliberou por limitar ou qualificar o interesse de agir. Mas, em solução ponderada, acabou por autorizar a reunião destas demandas dispersas no foro de domicílio do jornalista ou veículo de comunicação:

1. Constitui assédio judicial comprometedor da liberdade de expressão o ajuizamento de inúmeras ações a respeito dos mesmos fatos, em comarcas diversas, com o intuito ou o efeito de constranger jornalista ou órgão de imprensa, dificultar sua defesa ou torná-la excessivamente onerosa.
2. Caracterizado o assédio judicial, a parte demandada poderá requerer a reunião de todas as ações no foro de seu domicílio.

Friso que eventual assédio judicial por parte de consumidores não é tema deste IRDR. A menção é feita apenas para ilustrar que mesmo em caso de figura abusiva detalhadamente descrita, o STF não optou por qualificar o interesse de agir, mas por favorecer a defesa da parte assediada, mediante reinterpretação da regra de competência aplicável.

Em linha com esta conclusão o STF já rechaçou óbices indiretos ao acesso à justiça. Cito, como exemplos, a Súmula 667, segundo a qual a lei que impõe a cobrança de taxas judiciárias excessivas para o exercício da ação viola o art. 5º, XXXV, da CF. Em sentido semelhante, a Súmula 28 daquele Tribunal, que entende inconstitucional a exigência de depósito prévio como requisito de admissibilidade de ação judicial na qual se pretenda discutir a exigibilidade de crédito tributário.

- do distinguishing em relação às teses do STJ

Com efeito, não se ignora que o STJ, em reiteradas situações (Temas 42 e 43, Tema 648, Tema 1000 e Súmula 389) exige, a par de outras condutas da parte autora, a formulação de prévio pedido para exibição de documentos e outras informações.

Contudo, por reconhecer aquele Tribunal que tais precedentes não contemplaram as especificidades da relação de consumo, não observou a tese em casos posteriores, verbis:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO NCPC. CONTRATO DE PARTICIPAÇÃO FINANCEIRA EM REDE DE TELEFONIA. INTERESSE DE AGIR, PRESCRIÇÃO VINTENÁRIA E INCIDÊNCIA DO CDC. ACÓRDÃO RECORRIDO EM HARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Aplica-se o NCPC a este julgamento ante os termos do Enunciado Administrativo nº 3, aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016)
serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC.
2. Não incide a Súmula nº 389 do STJ na ação em que se postula tão somente a subscrição das ações faltantes quando do investimento realizado para o serviço de telefonia, inexistindo pedido de exibição de documentos, razão pela qual o prévio requerimento administrativo e o pagamento da taxa não são exigidos.
3. Nas demandas em que se discute o direito à complementação de ações em face do descumprimento de contrato de participação financeira firmado com sociedade anônima, a pretensão é de natureza pessoal e prescreve nos prazos previstos nos arts. 177 do CC/16 e 205 e 2.028, ambos do CC/02, sendo o termo inicial a data da subscrição deficitária.
4. O contrato de participação financeira em empresa de telefonia é de adesão, razão pela qual incide as regas do CDC.
5. Agravo interno a que se nega provimento.
(AgInt no AREsp n. 1.497.156/BA, Rel. Min. Moura Ribeiro, Terceira Turma, j. em 10/8/2020)

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. BANCÁRIO. AÇÃO REVISIONAL. EXIBIÇÃO INCIDENTAL DE DOCUMENTOS. POSSIBILIDADE. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA Nº 282/STF.
1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ).
2. A falta de prequestionamento da matéria suscitada no recurso especial impede seu conhecimento, a teor da Súmula nº 282/STF.
3. É possível o pedido incidental de exibição de documentos em ação revisional. Precedentes.
4. Agravo interno não provido.
(AgInt no AREsp n. 1.575.286/PR, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, j. 4/5/2020)

A fundamentação do último aresto é esclarecedora:

Além disso, a jurisprudência do STJ dispensa o prévio requerimento administrativo por parte do consumidor quando os documentos postulados forem de interesse comum às partes, como no caso dos autos. (g.n.)

O distinguishing, no que tange às teses do STJ, reveste-se de algo análogo à interpretação autêntica. Como se vê, o próprio Juízo de que emanados os precedentes reconduzem sua amplitude e dela excluem os casos consumeristas.

No mínimo é de bom alvitre reconhecer que o tratamento jurisprudencial do ponto não tem a expressão que a tese qualificadora tenta lhe imprimir.

Ademais, há sensível diferença entre qualificar o interesse de agir para uma medida preparatória - como a exibição cautelar de documentos - e para a mesma medida em relação à demanda principal. Com efeito, os precedentes citados não se aplicam às demandas em que se discute o direito material em si, ou seja, exige-se a qualificação do interesse de agir apenas em demandas de cunho estritamente probatório.

A partir destas considerações, o atento exame da jurisprudência invocada pelos amici permite acolher o argumento de distinção esposado pelos proponentes da tese da necessidade presumida.

- síntese conclusiva sobre a garantia da inafastabilidade da jurisdição

Bem compreendidas as normas que tratam do tema, tanto no âmbito internacional, como em sede constitucional, percebe-se que o âmbito normativo da garantia da inafastabilidade em relação a sujeitos vulneráveis põe em posição preferencial a via jurisdicional.

Embora algumas circunstâncias condicionantes possam se fazer presentes em alguns casos, é certo que se trata de situações especiais e a jurisprudência dos Tribunais Superiores tem privilegiado o acesso ao Judiciário de forma geral - notadamente quando o titular do direito invocado exibe alguma vulnerabilidade no caso.

Resta enfrentar se há possibilidade hermenêutica na legislação infraconstitucional que permita conclusão diversa, caso parta de premissa normativa distinta das já examinadas.

DA JUSTIÇA MULTIPORTAS

É possível extrair da Constituição um elevado prestígio conferido a meios extrajudiciais e solução de controvérsias. A "solução pacífica" é citada no preâmbulo e como princípio das relações internacionais (art. 4º da CF/88). A negociação coletiva e a arbitragem também são mencionadas nas relações trabalhistas (art. 114, §1º da CF/88), bem como a criação dos Juizados Especiais (art. 98, I da CF/88). Previu-se até mesmo a criação de mecanismos de conciliação para o pagamento de precatórios (art. 97 da ADCT).

Em sede infraconstitucional, é importante mencionar disposição expressa do CPC a respeito (art. 3º, §2º: "o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos), bem como a Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015) e a Resolução nº 125/2010.

Na lição de LUIZ FUX:

O Código estatui um autêntico sistema multiportas: para além da solução através da jurisdição estatal clássica, abrem-se alternativas (alternative dispute resolution), sejam equivalentes jurisdicionais (meios não jurisdicionais de resolução, como a conciliação e a mediação) ou exercício de jurisdição privada (arbitragem). Além disso, o avanço tecnológico e comunicativo permite o aparecimento de outros mecanismos bastante funcionais, como as plataformas digitais (on-line dispute resolution),25 promovidas pelo Estado (a exemplo do consumidor.gov) ou por uma das partes (como aquelas desenvolvidas por fornecedores do mercado de consumo). ("Curso de Direito Processual Civil". Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. E-book. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559648474/. Acesso em: 03 set. 2024).

A questão jurídica objeto deste Incidente articula-se com o sistema multiportas no que diz respeito à compatibilidade da proposta qualificadora com a feição atual conferida pela legislação.

Neste sentido, os proponentes da tese da presunção argumentam que a utilização de equivalentes jurisdicionais deve sempre ser pautada pela voluntariedade - o que é expressamente reconhecido pela Lei de Mediação (art. 2º, V). Aduzem, a propósito, que seria performativamente contraditório exigir o trâmite de curso forçado de instância autocompositiva fundada na autonomia da vontade.

Não me escapa que a proposta qualificadora em muito se aproxima do modelo das cláusulas escalonadas no contexto da arbitragem multietapas. Conforme aduz FERNANDA ROCHA LOURENÇO LEVY:

Cláusulas escalonadas são estipulações que preveem a utilização sequencial de meios de solução de controvérsias, em geral mediante a combinação de meios consensuais e adjudicatórios.
[...]
O mundo privado da resolução de conflitos tem sido proficuamente criativo na construção de vários sistemas multietapas desenhando combinações entre dois ou mais mecanismos, como, por exemplo, cláusulas que preveem procedimentos escalonados que se iniciam por uma fase de negociação direta entre as partes, seguida de mediação, conciliação e por último, arbitragem, dispute boards, desenho de sistemas, e a combinação entre mediação e arbitragem com várias nuances e possibilidades. ("Cláusulas escalonadas: a mediação comercial no contexto da arbitragem". Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2013. E-book. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502205277/. Acesso em: 03 set. 2024.)

Como vantagens do modelo, são apontados os incentivos para encerrar o conflito de forma rápida e barata antes de sua submissão a meio mais interventivo, como a arbitragem ou a Jurisdição Estatal.

Contudo, a doutrina coloca também o inconveniente de que o escalonamento obrigatório do procedimento pode ser instrumentalizado por uma das partes. Assim, uma vez que a tentativa do método anterior é condição de procedibilidade do método seguinte, uma parte desinteressada na rápida solução do conflito prenderá o adversário ao roteiro pré-estabelecido.

De relevo notar que a legislação exige expressa previsão contratual do escalonamento do procedimento (art. 23 da Lei de Mediação), o que, por si só, representa sério inconveniente para a proposta qualificadora. Com efeito, nenhuma interpretação jurisprudencial poderá suplantar aquilo para que a lei exige, expressamente, manifestação de vontade da parte.

Noutro giro, o próprio desenho atual do sistema multiportas é infenso à proposta qualificadora.

Isto porque o atual CPC trouxe a conciliação para dentro do procedimento - não como etapa prévia. E, neste sentido, a qualificação do interesse de agir não poderia exigir, como etapa prévia à demanda judicial, algo que foi catapultado para seu interior. Seria tomar parte de algo como pressuposto de si mesmo. Ademais, mesmo quando ausente a parte, a frustração da etapa conciliativa conduz à mera imposição de multa e não impede o prosseguimento do processo (art. 334, §8º do CPC).

É a lição de FERNANDA TARTUCE:

O prestígio à autocomposição decididamente prevaleceu nas recentes mudanças legislativas: a realização de uma sessão consensual inicial está prevista tanto no Código de Processo Civil de 2015 como na Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015) - mas o legislador não chegou ao ponto de condicionar o ingresso no Poder Judiciário à demonstração de prévia tentativa consensual.
O sistema engendrado por ambas as Leis prevê que, após a propositura da ação, o juiz, verificando a presença dos "requisitos essenciais" e não constatando ser caso de improcedência liminar do pedido, mande citar o réu para comparecer à sessão consensual. A previsão indica que a tentativa de autocomposição não foi eleita pelo sistema como um elemento essencial do "interesse de agir", mas sim que seu fomento se dará a partir do estabelecimento da sessão consensual como uma etapa prioritária do processo. ("Mediação de Conflitos: Proposta de Emenda Constitucional e Tentativas Consensuais Prévias à Jurisdição". In: Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil. Ed. 82, Jan/Fev 2018, p. 5-21)

Assim, a resposta do ordenamento para a compatibilização entre a inafastabilidade da jurisdição e o crescente prestígio dos meios autocompositivos é a mescla e não o escalonamento. Inconcusso que este vetor hermenêutico configura sério obstáculo para a proposta qualificadora.
Frise-se que esta 2ª Seção Cível teve oportunidade de fixar interpretação que robusteceu o sentido do atual sistema multiportas ao firmar a seguinte tese:

- É obrigatória a realização de audiência preliminar a que alude o art. 334 do CPC, quando inexistente manifestação expressa de ambas as partes pelo desinteresse na composição consensual.
- É nulo o processo, quando o juiz, diante da manifestação de apenas uma das partes, deixa de designar a audiência de conciliação a que alude o art. 334 do Código de Processo Civil.

(IRDR 1.0000.17.027556-4/003, Tema 69 IRDR - TJMG)

O acórdão exibe a seguinte ementa:

EMENTA: IRDR - INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS - REQUISITOS PRESENTES PARA O PROCESSAMENTO - ADMISSIBILIDADE - DIVERGÊNCIA ACERCA DA OBRIGATORIEDADE DA REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA PRELIMINAR A QUE ALUDE O ART. 334 DO CPC E A DISPENSA DE SUA REALIZAÇÃO DIANTE DA MANIFESTAÇÃO DE APENAS UMA DAS PARTES
- O objetivo do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas é conferir tratamento judicial isonômico na solução de uma mesma questão de direito que envolva causas individuais e repetitivas, com o mesmo fundamento jurídico, de maneira a preservar a segurança jurídica das decisões, dando maior estabilidade à jurisprudência e efetividade e celeridade à prestação jurisdicional.
- O artigo 368-A do Regimento Interno deste Tribunal, em consonância com o artigo 976 do CPC/2015, dispõe que o incidente de resolução de demandas repetitivas será instaurado quando houver, simultaneamente, efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito e risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.
- Deve ser admitido o IRDR se presentes os requisitos previstos na lei processual para a sua instauração para sanar a divergência acerca do Tema: Obrigatoriedade da realização de audiência preliminar a que alude o art. 334 do CPC e a dispensa de sua realização diante da manifestação de apenas uma das partes.
(IRDR - Cv 1.0000.17.027556-4/003, Relª. Desª. Juliana Campos Horta, 2ª Seção Cível, j. 26/04/2021)

Assim, ainda que a evolução sobre o debate a respeito da Jurisdição seja notável, o ordenamento não acomoda a proposta qualificadora. Embora hoje sejam muitas as portas, não se deve compreendê-las em pé de igualdade. Algumas portas são mais indicadas para certos casos do que outras - e é melhor que se tenha sempre um ambiente de livre escolha.

DA TUTELA DO CONSUMIDOR

Na audiência pública, o Professor FELIPE COMARELA MILANEZ, do Núcleo de Direito do Consumidor da UFOP, fez interessante ponderação:

O assunto que estamos tratando aqui, ainda que aparentemente seja, em um primeiro momento, um assunto de Processo Civil, um assunto de acesso à Justiça, estamos falando de um assunto de direito do consumidor. Não estamos discutindo acesso à Justiça fora do microssistema de direito do consumidor.

Exatamente o microssistema que surge em um contexto de explícita necessidade de proteção. Portanto, todas as discussões sobre processo, todas sem exceção precisam ser enxergadas, consideradas e ponderadas, levando em conta a influência que o Código de Defesa do Consumidor exerce enquanto microssistema jurídico neste país. Ainda que ações e questões processuais sejam relevantes, e são, não quero aqui desprestigiar as teses. O microssistema existe, o Direito do Consumidor existe, o Direito do Consumidor resiste. Em hora nenhuma buscou-se dialogar com o Código de Defesa do Consumidor.

A proteção do consumidor decorre de mandamento constitucional expresso (art. 170, V) e o respectivo Código ostenta natureza de norma materialmente constitucional, conforme exposição de FLÁVIO TARTUCE:

Pois bem, o Código de Defesa do Consumidor é tido pela doutrina como uma norma principiológica, diante da proteção constitucional dos consumidores, que consta, especialmente, do art. 5º, XXXII, da Constituição Federal de 1988, ao enunciar que "o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor". A propósito dessa questão, precisas são as lições de Luiz Antonio Rizzatto Nunes:
"A Lei n. 8.078 é norma de ordem pública e de interesse social, geral e principiológica, o que significa dizer que é prevalente sobre todas as demais normas especiais anteriores que com ela colidirem. As normas gerais principiológicas, pelos motivos que apresentamos no início deste trabalho ao demonstrar o valor superior dos princípios, têm prevalência sobre as normas gerais e especiais anteriores".
Destaque-se que, do mesmo modo, a respeito do caráter de norma principiológica, opinam Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, expondo pela prevalência contínua do Código Consumerista sobre as demais normas, eis que "as leis especiais setorizadas (v.g., seguros, bancos, calçados, transportes, serviços, automóveis, alimentos etc.) devem disciplinar suas respectivas matérias em consonância e em obediência aos princípios fundamentais do CDC.
[...]
Diante de tais premissas, pode-se dizer que o Código de Defesa do Consumidor tem eficácia supralegal, ou seja, está em um ponto hierárquico intermediário entre a Constituição Federal de 1988 e as leis ordinárias. ("Manual de Direito do Consumidor. Rio de Janeiro: Forense, 2021, 10ª ed., p. 8-9)

Nesta perspectiva, deve-se considerar que o Consumidor é titular de direitos processuais específicos, conforme ensina BRUNO MIRAGEM:

Nesse sentido, enquanto, na relação jurídica de consumo, os direitos subjetivos dos consumidores são oponíveis quase que exclusivamente aos fornecedores (ainda que excepcionalmente também em relação ao Estado), no caso dos direitos pertinentes à relação processual, de titularidade do consumidor, estes serão dirigidos contra o Estado, especialmente o Estado-juiz, que deve assegurar a adequada prestação jurisdicional.
[...]
O exercício real - e a eficácia - desse direito de acesso, por sua vez, será realizado ao se observarem algumas condições materiais, como o direito à informação das partes (em especial da parte vulnerável), a adequação entre a ordem jurídica e a realidade social e econômica do País, o comprometimento dos juízes à realização de uma ordem jurídica justa, a disposição de instrumentos processuais que tornem possível a realização de efetiva tutela de direitos e a remoção dos obstáculos que se coloquem contra o acesso à Justiça nessas condições. (MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024. E-book. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559648856/. Acesso em: 02 set. 2024.)

Neste contexto, há que se ter em mente a atual fase metodológica do processo civil brasileiro, na qual a releitura da noção de instrumentalidade processual é feita a revelar a conexão entre o direito material e o meio de sua realização no caso concreto. É a lição de FREDIE DIDIER JR:

O processo deve ser compreendido, estudado e estruturado tendo em vista a situação jurídica material para a qual serve de instrumento de tutela. A essa abordagem metodológica do processo pode dar-se o nome de instrumentalismo, cuja principal virtude é estabelecer a ponte entre o direito processual e o direito material. O termo instrumentalismo não significa qualquer espécie de diferença "hierárquica" entre o processo e o direito material. Não se pode ignorar a lição de Calmon de Passos, que não aceita a existência da "instrumentalidade do processo". Eis excerto da sua lição: "... separar o direito, enquanto pensado, do processo comunicativo que o estrutura como linguagem, possibilitando sua concreção como ato

decisório, será dissociar-se o que é indissociável. Em resumo, não há um direito independente do processo de sua enunciação, o que equivale a dizer-se que o direito pensado e o processo do seu enunciar fazem um. Falar-se, pois, em instrumentalidade do processo é incorrer-se, mesmo que inconsciente e involuntariamente, em um equívoco de graves consequências, porque indutor do falso e perigoso entendimento de que é possível dissociar-se o ser do direito do dizer sobre o direito, o ser do direito do processo de sua produção, o direito material do direito processual. Uma e outra coisa fazem um".
Calmon de Passos está certíssimo. O Direito só é após ser produzido. E o Direito se produz processualmente. Quando se fala em instrumentalidade do processo, não se quer minimizar o papel do processo na construção do direito, visto que é absolutamente indispensável, porquanto método de controle do exercício do poder. Trata-se, em verdade, de dar-lhe a sua exata função, que é a de coprotagonista. Forçar o operador jurídico a perceber que as regras processuais hão de ser interpretadas e aplicadas de acordo com a sua função, que é a de emprestar efetividade às normas materiais.
[...]
Bem pensadas as coisas, a relação que se estabelece entre o direito material e o processo é circular. "O processo serve ao direito material, mas para que lhe sirva é necessário que seja servido por ele". É como afirma Hermes Zaneti Jr.:
"Continuarão existindo dois planos distintos, direito processual e direito material, porém a aceitação desta divisão não implica torná-los estanques, antes imbricá-los pelo 'nexo de finalidade' que une o instrumento ao objeto sobre o qual labora. Da mesma maneira que a música produzida pelo instrumento de quem lê a partitura se torna viva, o direito objetivo, interpretado no processo, reproduz no ordenamento jurídico um novo direito"
Ao processo cabe a realização dos projetos do direito material, em uma relação de complementaridade que se assemelha àquela que se estabelece entre o engenheiro e o arquiteto. O direito material sonha, projeta; ao direito processual cabe a concretização tão perfeita quanto possível desse sonho. A instrumentalidade do processo pauta-se na premissa de que o direito material coloca-se como o valor que deve presidir a criação, a interpretação e a aplicação das regras processuais. O processualista contemporâneo não pode ignorar isso. ("Curso de Direito Processual Civil - vol.1: Introdução ao Direito Processual Civil. Salvador: Juspodivm, 2016, 18ª ed., p. 40-41)

É neste contexto que se articula a expressão processual de dois direitos dos consumidores previstos no art. 6º do CDC:

VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;
VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência;

Como se vê, o ordenamento como um todo rompe com a neutralidade no tratamento da questão e impõe uma série de compromissos estatais com a defesa do consumidor (arts. 1º; 5º, I; 47; 51, VI, 81 e 83, todos do CDC).
Tendo em mente a relação circular entre direito e processo, é de se notar o contrassenso entre inverter o ônus da prova dos fatos constitutivos do direito afirmado na inicial (art. 6º, VIII do CDC) e, previamente, exigir do consumidor que prove a necessidade da intervenção judicial - que é, como se vê, imposta pelas normas protetivas (art. 6º, VII do CDC).
O resultado do influxo de tais diretrizes, novamente, acomoda os meios autocompositivos, mas não os coloca em posição de primazia. Ademais, adverte DANIEL AMORIM ASSUMPÇÃO NEVES:

Registro, entretanto, que não vejo a priorização da mediação e, em especial, da conciliação como a panaceia a todos os problemas no campo dos conflitos de interesses. Admito a relevância indiscutível dessas formas de solução de conflitos em determinadas espécies de crises jurídicas, em especial no direito de família e de vizinhança. Admito também que a pacificação social (solução da lide sociológica) pode ser mais facilmente obtida por uma solução do conflito derivada da vontade das partes do que pela imposição de uma decisão judicial (ou arbitral). Admito até que, quanto mais conflitos forem resolvidos fora da jurisdição, menos processos haverá, e, por consequência, o Poder Judiciário poderá funcionar de maneira mais célere e adequada às aspirações do acesso à ordem jurídica justa.

O que me causa extremo desconforto é notar que a valorização da conciliação (a mediação é ainda embrionária entre nós) leva-nos a ver com naturalidade o famoso ditado de que vale mais um acordo ruim do que um processo bom. Ao se concretizar tal estado de coisas, estaremos definitivamente renunciando ao respeito do direito material e decretando a falência do Poder Judiciário.

Por outro lado, em especial em determinadas áreas do direito material, como o direito consumerista, a distância econômica entre o litigante contumaz (fornecedor) e o litigante eventual (consumidor) gera transações ou conciliações a depender do sentido emprestado ao termo absolutamente injustas e que passam longe da tão propalada pacificação social. Se parece interessante por variadas razões para o fornecedor, para o consumidor a transação é muitas vezes um ato de necessidade, e não de vontade, de forma que esperar que ele fique satisfeito pela solução do conflito é de uma ingenuidade e, pior, de uma ausência de análise empírica preocupantes.

E há mais, porque, a se consolidar a política da conciliação em substituição à jurisdição, o desrespeito às normas de direito material poderá se mostrar vantajoso economicamente para sujeitos que têm dinheiro e estrutura para aguentar as agruras do processo e sabem que do outro lado haverá alguém lesado que aceitará um acordo, ainda que desvantajoso, somente para se livrar dos tormentos de variadas naturezas que o processo atualmente gera. O desrespeito ao direito material passará a ser o resultado de um cálculo de risco- -benefício realizado pelos detentores do poder econômico, em desprestígio evidente do Estado Democrático do Direito.
("Manual de Direito do Consumidor. Rio de Janeiro: Forense, 2021, 10ª ed., p. 532)

Cito, como exemplo, o polêmico caso do acordo dos planos econômicos que, lamentavelmente, viu na transação um grave comprometimento de direitos já reconhecidos aos consumidores. EDILSON VITORELLI fez fundadas críticas ao acordo homologado, ainda não respondidas ("Acordo coletivo dos planos econômicos e por que ele não deveria ser homologado", disponível em: https://www.jota.info/artigos/acordo-coletivo-dos-planos-economicos-e-por-que-ele-nao-deveria-ser-homologado. Acesso em 04/09/2024).

Não desconheço julgados no Tribunal de Justiça da União Europeia (casos C-317/08, C-318/08, C-319/08 e C-320/08 - link: https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=79647&doclang=PT, acesso em 03/09/2024) sobre a admissibilidade de disposições de direito interno na Comunidade Europeia que condicionem a jurisdicionalização de conflitos de consumo à prévia tentativa de autocomposição.

Contudo, assim o fez em âmbito restrito - apenas para "usuários de redes e serviços de comunicações eletrônicas" (Diretiva 2002/22/CE) - e com condicionantes como a suspensão do prazo prescricional, o recurso à Jurisdição em casos de urgência e desde que a conciliação não deve se dar exclusivamente em meio eletrônico.

Registro que a criação de tais condicionantes escapa aos limites deste IRDR, razão pela qual o acolhimento da tese qualificadora incidiria em evidente lesão à proporcionalidade.

Ademais, a despeito de um certo prestígio da proposta qualificadora neste exemplo de direito comparado, percebe-se a sua incompatibilidade com a expressão processual das exigências de acesso e facilitação previstas no CDC (art. 6º, VII e VII).

DOS ARGUMENTOS DE ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

O último grupo de argumentos toca questões que pertencem à análise econômica do direito.

A tese qualificadora do interesse de agir invoca fundamentos constitucionais como o princípio da eficiência (art. 37 da Constituição). Destacam, a respeito, o que afirmam ser a alta taxa de resolutividade dos meios alternativos de autocomposição e a existência de meio alternativo específico para a solução da controvérsia vertida no caso piloto (Instrução Normativa nº 28 do INSS). Aduzem a eficácia da autorregulação e de mecanismos de mercado para a melhoria da qualidade do serviço.

Já os proponentes da necessidade presumida arguem que não há litigiosidade excessiva do consumidor que onere o sistema. Ao revés, o que verificam é o que chamam de cultura de descumprimento do CDC pelos fornecedores. Destacam que as estatísticas revelam que o consumidor sai vitorioso na maioria esmagadora dos casos.

Retomo a garantia do acesso à justiça, mas desta vez conjugado com tais questões de índole econômica. Como bem ensina BOAVENTURA DE SOUZA SANTOS: "o tema do acesso à justiça é aquele que mais diretamente equaciona as relações entre o processo civil e a justiça social, entre igualdade Jurídico-formal e desigualdade sócio-econômica" (Pela mão de Alice: o social e o político na pósmodernidade. São Paulo: Cortez, 1999, p. 167).

E, com mais vagar, MAURO CAPELLETTI:

"É muito fácil declarar direitos sociais, que são típicos e caracterizam o Estado Social. É fácil declará-los, mas é extremamente difícil fazê-los atuar, incrementá-los, realizá-los, torná-los efetivos. Frequentemente, a declaração dos direitos sociais não tem sido feita com seriedade". ("Acesso à Justiça", in: Revista do Ministério Público - Nova Fase, v. 1, n. 18, 1985, p. 8-26. p. 9)

É importante a advertência: o fenômeno jurídico condiciona o fenômeno econômico, não o contrário. Embora a decisão judicial também deva ser corrigida por razões consequencialistas (art. 20 da LINDB), a racionalidade econômica não se sobrepõe à eficácia da constituição.

Retomo o julgamento da ADI 2134 (em que conferida interpretação conforme ao art. 625-D da CLT), na qual o Min. EDSON FACHIN assim pontuou esta tensão entre Direito e Economia:

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Senhora Presidente, eminentes Pares, Senhora Procuradora-Geral da República!
Senhora Presidente, vou também juntar declaração de voto. Nada obstante, gostaria apenas de explicitar, precisamente, as conclusões e as respectivas fundamentações, porquanto tenho para mim que a realização de direitos fundamentais na ambiência da Constituição não se harmoniza com todos os pressupostos de uma análise exclusivamente econômica do Direito e sim, por outro lado, uma análise jurídica da Economia (p. 48 do acórdão)

É diante deste quadro que os argumentos da propalada eficiência econômica da proposta qualificadora devem ser enfrentados.

A respeito da suficiência da autorregulação, o Banco BMG cita alternativa que, segundo afirma, poderia ter prevenido a demanda veiculada no caso piloto. Aduz a parte que deveria a Autora da causa de origem ter se valido do procedimento previsto nos arts. 46 e 47 da Instrução Normativa nº 28 do INSS, meio que reputa eficiente para o controle de descontos ilícitos em parcelas previdenciárias.

De fato, do exame dos dispositivos invocados, constata-se que o Órgão Administrativo competente suspende imediatamente os descontos. Depois, solicita informações das Instituições financeiras no prazo de dez dias úteis, antes de proferir decisão a respeito.

Contudo, o procedimento, embora aparentemente célere, não contempla na integralidade a tutela do consumidor (art. 83 do CDC). Isso se constata ao perceber que o ato normativo invocado não trata da tutela do dano moral nos casos de descontos indevidos em benefícios previdenciários.

Friso que o tema já mereceu atenção deste Tribunal em outro IRDR, no qual firmada a seguinte tese sobre a reparação de danos:

6) examinado o caso concreto, se a prova dos autos indicar que a instituição financeira impingiu ao consumidor um contrato de cartão de crédito consignado ou se a referida instituição omitiu informações relevantes e induziu realmente o consumidor a erro, fica evidenciado o dano moral (IRDR nº 1.0000.20.602263-4/001, Tema 73 IRDR - TJMG)

Assim, forçoso reconhecer que a amplitude atual da defesa do consumidor em situações como a do caso piloto extrapola os limites da solução administrativa apontada pelo amicus e Réu na causa piloto.

A autorregulação, de inegável importância no cenário de desburocratização da administração, não é um fenômeno isento de potencial lesivo. A doutrina pátria discorre largamente sobre o fenômeno da captura da agência por atores privados e há pelo menos um exemplo em que a postura de um agente regulador colocou em dúvida os direitos de todos os consumidores de internet banda larga no País ao afirmar peremptoriamente que "a era da banda larga ilimitada acabou" ("Era da banda larga ilimitada acabou, diz presidente da ANATEL". Folha de São Paulo, São Paulo, 18/04/2016, mercado, disponível em : http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2016/04/1762387-era-da-banda-larga-fixa-ilimitada-acabou-diz-presidente-da-anatel.shtml, acesso em 06/09/2024).

Quanto ao índice de resolutividade, devem-se ter em mente os diversos vieses de seleção que determinam erros lógicos na análise estatística. Como explicou o filósofo Diógenes, quando perguntado se os quadros representando barcos retornando de tempestades seriam evidência de um cuidado especial dos deuses: "Assim se dá, porque em nenhuma parte foram pintados aqueles que naufragaram e pereceram no mar" (LEANDRO ABEL VANDEMIATTI, "Sobre a Natureza dos Deuses de Cícero". Tese (Mestrado em Linguística) - UNICAMP, São Paulo, 2003, p. 142).

Trata-se do "viés do sobrevivente", no qual a análise privilegia aqueles elementos que passaram por determinado processo enquanto se ignora os elementos que foram eliminados por falta de visibilidade.

Neste contexto, ilustrativo o panorama que EDSON FACHIN e ROBERTA ZUMBLICK MARTINS DA

SILVA traçam sobre a pesquisa internacional a respeito da qualidade dos acordos firmados em plataformas de conciliação de conflitos de consumo:

Kim Economides chama a atenção para os riscos que, dentro da promoção de meios alternativos de solução de conflitos, os indivíduos encontrem soluções com as quais fiquem felizes e satisfeitos, mas que resultam em uma realidade aquém do que teriam direito caso exercessem os seus direitos formalmente dentro do sistema de justiça. ("Direito do consumidor, novas tecnologias e inclusão digital". In: Revista de Direito do Consumidor. vol. 139. ano 31. p. 19-29. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev./2022.)

E concluem:

Vê-se o desafio em duas camadas. A primeira em tutelar os direitos sob uma ótica de justiça e equidade e não somente de eficiência dos consumidores incluídos e participantes da revolução
digital. A fábula da autonomia formal para o consumo da terceira revolução industrial se projeta para o mito da paridade informacional nas negociações nos meios alternativos de resolução das controvérsias. Ainda que se celebrem acordos e o consumidor se dê por satisfeito, se a normativa consumerista alcançada para a tutela dos direitos da pessoa na condição de consumidor não estiver sendo cumprida em plenitude, haverá uma negativa do Estado de Direito Constitucional.

A segunda camada é o desafio de acesso e inclusão. Como visto, por mais que haja esforços teóricos e institucionais para a promoção do acesso à justiça a todos, há abismos quantitativos de acesso entre as regiões do país. A digitalização e a virtualização das relações colocam mais uma camada de dificuldades e distância dos cidadãos e as instituições que existem para protegê-los. Não há como abrandar-se enquanto o Estado Constitucional não seja direito concreto e efetivo para todos.

Espanta a naturalidade com que os fornecedores apontam o índice de resolutividade de tais meios alternativos. Afinal, se há resolutividade, é porque havia o que resolver - o que aponta para um cenário de violação dos direitos do consumidor. Ademais, conjugadas as estatísticas de resolutividade com os dados do IDEC sobre o percentual de vitória dos consumidores (p. 7 do DE 60), traça-se um cenário claro: a ineficiência do sistema de conflitos de consumo se deve à postura dos fornecedores.

A alta resolutividade, portanto, antes de significar a eficiência das plataformas, revela a ineficiência dos fornecedores.

Neste cenário, deslocar o custo desta ineficiência para o consumidor - a par de contrariar o regime jurídico aplicável, como visto - se mostra injustificável do ponto de vista do Direito Econômico.

Novamente, segundo LORENZETTI:

Baixar os custos para um setor importa transportá-los para outro que os suporte. Isso pode ser realizado porque o direito considera justo, mas para tomar essa decisão necessitamos do direito e não da economia. Por outro lado, a economia persegue a eficiência, que é a busca de um ponto ótimo, e não o deslocamento da ineficiência. ("Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito". São Paulo: RT, 2ª ed., p. 189)

Ao final, devo considerar as consequências de fixar uma tese que não qualifique o interesse de agir sobre o sistema de justiça. Neste contexto, tenho em mente a jurisprudência que vem se construindo sobre o tema amplo do abuso do direito de ação (seja de consumo ou não).

Este Tribunal - repito - reafirmou a necessidade de designação de audiência de conciliação na forma do art. 334 do CPC (Tema 69/TJMG). E, mais além, reconheceu a possibilidade de que o juízo de admissibilidade da inicial contemple mecanismos para o Juiz controlar a hipótese de fracionamento indevido de demandas e de litispendência (Tema 66/TJMG), oportunidade na qual foi formulada a seguinte tese:

Em caráter excepcional, justificada em expressa indicação de contexto que efetivamente aponte indícios de lides predatórias, o juiz pode determinar apresentação de cópias de iniciais de outras ações que envolvam mesmas partes, inclusive para verificar hipótese de fracionamento indevido de demandas e/ou permitir verificação de eventual litispendência, bem como, para maior segurança, exigir declaração de autenticidade de documentos.

Assim, a par de injustificada a atribuição do ônus econômico para o Consumidor, compreendo que o tema vem avançando em outras frentes, o que justifica que se mantenha o viés protetivo do direito de

ação do consumidor.

SÍNTESE CONCLUSIVA

Ao enfrentar a questão jurídica, a solução dedutiva observou os três fatores de correção de LORENZETTI. Ao se olhar para cima, foi exposto o âmbito normativo da garantia da inafastabilidade da jurisdição quando considerada a tutela de sujeitos vulneráveis. Isto permitiu promover a distinção de alguns precedentes (como o Tema 350/STF - ações previdenciárias) e a aproximação com outros (interpretação conforme o art. 625-D da CLT. A partir deste ponto foi possível afirmar com segurança que o acesso ao Judiciário ocupa posição prima facie em tal contexto. Também o exame do sistema multiportas - que mesclou as etapas conciliatória e judicial, sem as escalonar - e do sistema de tutela do consumidor - que estipula obrigações positivas para o Estado atuar em prol dos consumidores - revelou a primazia da jurisdição.

Ao se olhar para trás foi possível questionar algumas das premissas da proposta qualificadora - pois chegou-se à conclusão de que o Tema 350/STF não ostenta a expressão pretendida, tampouco os demais precedentes do STJ. Ademais, os IRDR julgados por este Tribunal já representam enfrentamento do tema da litigiosidade repetitiva e se interrelacionam com a proteção do consumidor.

Por fim, ao olhar para a frente, consignaram-se as consequências de cada proposta a partir de análise crítica das estatísticas de resolutividade e sobre a transposição do custo da ineficiência do sistema. Afinal, mais do que a celebração de acordos, importa saber a qualidade da tutela dos direitos.

Friso que não é objeto deste Incidente em quais situações em abstrato o consumidor abusa do direito de ação. É apenas decidir se pode ajuizar sem prévia conciliação. O debate segue, em outras oportunidades, com novas questões, rumo ao fortalecimento da integridade da jurisprudência.

TESE

O interesse de agir do consumidor independe de ter procurado prévia solução por meios autocompositivos.

DESEMBARGADORA LÍLIAN MACIEL (RELATORA PARA O ACÓRDÃO)

V O T O

Pedindo vênias ao i. Relator, acompanho-o em seu voto com relação à rejeição das preliminares, mas divirjo do seu judicioso voto quanto ao mérito da tese proposta. Igualmente divirjo parcialmente do voto divergente do i. 5º vogal, pelos motivos que passo a expor.

Discute-se neste Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas sobre a possibilidade de exigência de prévia tentativa de solução extrajudicial para a propositura de ações judiciais consumeristas, à luz das cláusulas da separação dos Poderes e da inafastabilidade da jurisdição. Tal questão está relacionada à comprovação do interesse em agir, condição da ação que se refere à necessidade da prestação jurisdicional.

DA (IM)PRESCINDIBILIDADE DA JURISDIÇÃO ESTATAL

É cediço que a Constituição Federal consagra o princípio da inafastabilidade da jurisdição dentre os direitos fundamentais ao dispor no art. 5º, XXXV que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito", reproduzido no art. 3º, caput, do CPC. O principal efeito desse princípio é trazer à lume o direito fundamental de ação, também designado como direito de acesso ao Poder Judiciário, direito de acesso à justiça ou direito à jurisdição.

A jurisdição é uma das mais importantes técnicas de tutela de direitos e, por imposição constitucional, todas as situações jurídicas ativas (direitos em sentido amplo) merecem proteção jurisdicional, seja direito individual ou coletivo, simples ou complexo, potestativo ou prestacional. Todos os direitos, sem exceção, são passíveis de tutela jurisdicional.

E não seria diferente com relação à tutela de direitos no âmbito de defesa do consumidor, vez que, como brilhantemente exposto no voto condutor, essa categoria de direitos ocupa especial posição de proteção no ordenamento jurídico, principalmente diante da reconhecida vulnerabilidade dos sujeitos envolvidos.

Entretanto, a tutela de direitos e o acesso à justiça não se restringem à atuação do Poder Judiciário, sendo esta última apenas uma das formas para atingir tal escopo.

O acesso à justiça, segundo Mauro Cappelletti, concebeu três movimentos ou ondas (tre ondate),

"podendo-se dizer que a primeira, dita sinteticamente facilitação do acesso à Justiça propugnava a ampliação da assistência judiciária aos despossuídos e vulneráveis (e não a banalização ou franqueamento incondicionado daquele acesso); a segunda, buscava viabilizar a tutela judicial de certos interesses metaindividuais então ditos difusos (que, dentre nós, depois viriam conceituados no inciso I do parágrafo único do art. 81 da Lei 8.078/1990); a última onda sinalizava para a busca de outros meios de resolução dos conflitos, fora e além dos quadrantes da Justiça estatal, o que depois viria consagrado na expressão alternative dispute resolutions (ADR's), de largo curso na experiência norte-americana. Essa terceira vertente, considerada pelo saudoso jurista como a mais recente, mereceu dele este esclarecimento: "é o que nos propomos a chamar simplesmente 'enfoque de acesso à justiça', porque inclui os posicionamentos anteriores, mas vai muito além deles, representando, dessa forma, uma tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo" (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas. São Paulo: Thomsom Reuters Revista dos Tribunais. .Acesso em: 03 out. 2024, 2015.

O ordenamento jurídico brasileiro ratificou, na terceira onda, a consagração de um sistema de justiça multiportas, de modo que, atualmente, reputa-se prudente utilizar a expressão "meios adequados de solução de conflitos", designação que engloba todos os meios, jurisdicionais ou não, estatais ou privados e não mais "meios alternativos de solução de conflitos", que exclui a jurisdição estatal comum e parte da premissa de que ela é a prioritária.

Neste novo sistema de justiça, a solução judicial deixa de ter primazia nos litígios que permitem a autocomposição e passa a ser a ultima ratio, extrema ratio. É indiscutível a essencialidade da atividade jurisdicional para a manutenção do Estado Democrático de Direito e da preservação da paz social, mas sob essa nova perspectiva, o que se questiona é se a jurisdição é o método mais adequado para a solução de todos os conflitos surgidos em sociedade e, neste tocante, não se tem dúvidas que a resposta é negativa.

É por esse motivo que os estudiosos reafirmam a necessidade de prestígio desse novo sistema por meio de adequação da justiça e do reconhecimento da atipicidade dos meios de solução de conflitos:

O direito de acesso ao Direito, pilar fundamental do Estado de Direito, vem sofrendo profundas transformações. Deixou de ser um direito de acesso ao Direito através do direito de acesso aos tribunais para passar a ser um direito de acesso ao direito, de preferência sem contato ou passagem pelos tribunais [...] Agora, o direito de acesso aos tribunais é um direito de retaguarda, sendo seu exercício legítimo antecedido de uma série de filtros. (SILVA, Paula Costa e. A Nova face da Justiça. Os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias. Lisboa: Coimbra Editora, 2009, p. 19-21).

A resolução pacífica de conflitos pode ser atingida por mais de um mecanismo: por técnicas extrajudiciais, organizações da sociedade civil ou por decisão judicial. As técnicas extrajudiciais de solução de controvérsias são: a mediação, a conciliação e a arbitragem.

O Brasil tem vivenciado uma mudança de paradigmas no tratamento e solução de conflitos, numa alteração desta concepção assim como do acesso à justiça. Acesso à justiça não é equivalente a acesso ao Poder Judiciário. O acesso à justiça deve ter uma visão ampliativa, para se acolher os meios complementares de resolução de conflitos, fomentando também a via extrajudicial como meio hábil para tanto. A via endoprocessual da mediação e da conciliação não pode ser a única forma de método alternativo de solução de conflitos.

Essa mudança de paradigmas proposta tem assento na própria Constituição, que é o ponto de partida de qualquer reflexão sobre o direito processual civil. O plano constitucional delimita, impõe e molda o modo de ser de todo o processo civil e, por isso, o modelo constitucional do processo civil deve ser aquele que busca um sistema justo, célere e eficiente.

O processo tem que servir para a concretização, a aplicação e a realização dos direitos. Por isso que, a via judicial não pode ser a única a buscar esse escopo. A efetivação de direitos do cidadão perpassa pela busca de uma forma que permita o efetivo acesso à justiça a ele.

Por isso que é importantíssimo, entender o que é, de fato, a concepção do "ACESSO À JUSTIÇA". Corriqueiramente, atribui-se acesso à justiça, como sendo acesso ao Poder Judiciário.

No entanto, esse conceito deve ser alargado. A partir dos estudos feitos por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, quando se referem à dimensão social do direito e o acesso à justiça, fazem sob o seguinte enfoque:

"O problema do acesso apresenta-se, pois sob dois aspectos principais: por um lado, como efetividade dos direitos sociais que não têm de ficar no plano das declarações meramente teóricas, que exige um vasto aparato governamental de realização; mas, por outra parte, inclusive como busca de formas e métodos, amiúde, novos e alternativos, perante os tradicionais pela racionalização e controle de tal

aparato, e, por conseguinte para a proteção contra os abusos aos quais o mesmo aparato pode ocasionar direta ou indiretamente." (in acesso à justiça, trad. Sérgio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre, 2008, p. 389).

Por isso, essa dupla dimensão do acesso à justiça, como instrumento de efetivação dos direitos sociais, perpassa também pela racionalização e controle do aparato governamental, de modo que o monopólio do Poder Judiciário deve ser limitado, justamente porque essa exclusividade pode ser um atributo pernicioso para o cidadão, mormente quando o próprio Poder Judiciário não cumpre seu papel de realizador dos direitos sociais.

Exatamente nesse contexto que "acesso à justiça" deve ser compreendido, voltando-se para um movimento mundial por um direito e uma justiça mais acessível, com as reformas que se fizerem necessárias, como a simplificação, o espírito de coexistência, a descentralização e a participação.

Para atingir tal escopo pode-se utilizar de modos diversos para atingir o mesmo fim, qual seja, o efetivo acesso à justiça: a) - adotando procedimentos acessíveis mais simples e racionais, mais econômicos, eficientes e especializados para certos tipos de controvérsias; b) - promovendo e fazendo acessível um tipo de justiça que se define como "coexistencial", baseada sobre a conciliação e a mediação e sobre critérios de equidade social distributiva c) - submetendo a atividade pública a formas frequentemente novas, criando formas de justiça acessíveis e quanto mais descentralizadas e "participatórias", com a participação em particular de membros daqueles mesmos grupos sociais e comunidades que estejam diretamente interessado na situação ou controvérsia em questão.

Daí a abordagem tão atual do processualista Cappelletti e de visão prospectiva quanto ao acesso à justiça, quando já escrevia que:

"O fenômeno, portanto, envolve campos não jurisdicionais. A descentralização, o controle e a participação, a simplificação dos procedimentos judiciais e administrativos, a delegação, a desprofissionalização e a promoção de um espírito de colaboração e de pacífica coexistência representam, de fato, os remédios de que se trata de introduzir contra os perigos da opressão do burocrático governamental, do legalismo, do tecnicismo jurídico - administrativo, com todos os seus interesses, riscos de retardamento, de custos inúteis e complicações, de excessiva conflituosidade, de desapego, às reais e mais permanentes exigências da sociedade." (in acesso à justiça, trad. Sergio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 2008, 390-391)

Quando a Constituição Federal, assim como a Convenção Interamericana de Direitos Humanos se referem à impossibilidade de exclusão de lesão ou ameaça de lesão de direitos da apreciação jurisdicional referem-se, na verdade, ao exercício do direito de ação, de formular pretensão perante o Poder Judiciário, de obter uma jurisdição qualificada; tempestiva, adequada e efetiva, o que não é excludente de outras formas de acesso à justiça.

DO DIREITO DE AÇÃO E DO INTERESSE DE AGIR - DISTINÇÕES NECESSÁRIAS

Convém elucidar que o direito de ação é um complexo de situações jurídicas. Como adverte o autor Fredie Didier, "não se trata de direito de conteúdo eficacial único. O direito de ação contém o direito de provocar o Judiciário, o direito de escolher o procedimento, o direito à tutela jurisdicional e o direito ao recurso, por exemplo" (DIDIER JÚNIOR, Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 20 ed, Salvador: Editora Jus Podivm, 2018, p. 215).

Identificar o conteúdo do direito de ação é fundamental à compreensão dos limites da atuação do legislador infraconstitucional e também do exercício da função jurisdicional.

Essa hipótese é distinta da análise do interesse de agir das partes na demanda judicial, em que busca aferir se a instauração do processo se deu validamente. É por isso que em sendo constatada a ausência de interesse, o pedido formulado pela parte demandante não é examinado. Trata-se de constatação realizada in concreto, à luz da situação narrada na petição inicial e das informações constantes no processo.

O exame da necessidade da jurisdição fundamenta-se na premissa de que a jurisdição é a última forma de solução de conflito, pensamento que, segundo Fredie Didier, é correto "para as situações em que se pretende exercitar, pelo processo, direitos a uma prestação (obrigacionais, reais e personalíssimos), pois há a possibilidade de cumprimento espontâneo da prestação" (DIDIER JÚNIOR, Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 20 ed., Salvador: Editora Jus Podivm, 2018, p. 419).

É por isso que se afirma, e com razão, que há falta de interesse processual quando não mais é

necessária a obtenção do resultado almejado pela parte demandante. Fala-se em perda do objeto da causa. É o que ocorre, por exemplo, quando o cumprimento da obrigação se dá antes da citação do réu, de forma espontânea. Nestas situações, não há dúvida acerca da ausência de interesse de agir.

Racionalizando à referida análise, não se revela inconstitucional o condicionamento, em certos casos, da comprovação do interesse de agir por meio da prévia tentativa de solução extrajudicial da controvérsia ou até mesmo do esgotamento das instâncias administrativas. Reforça esse argumento a premissa básica de que o acesso à justiça não se faz com exclusividade pela via judicial.

Primeiro porque sem a prévia tentativa de solução do conflito, em determinas demandas, não se verifica a lesão ou ameaça ao direito defendido. A rigor, não existe lide na concepção carneluttiana de conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida.

Segundo porque o interesse de agir, enquanto condição de ação, revela que, para justificar a atuação do Estado Juiz deve haver as condições mínimas para sua provocação. Com isso, o direito de ação é condicionado e depende da existência dessas condições que garantem a regularidade de seu exercício.

Terceiro porque o art. 5º, XXXV da Constituição Federal não se trata de um direito absoluto, aceitando outros valores, certas atenuações e ponderações, para que o Estado possa atingir sua finalidade precípua que é o de que o cidadão tenha efetivo acesso a seus direitos.

Não havendo um sistema de justiça que permita a efetivação de direitos do cidadão, a via de acesso à justiça pelo judiciário, se mostra como sendo um expediente ineficiente e o que é pior, de injustiça.

Essa é uma das questões, que se insere no tema essencial dos tempos atuais para o sistema de justiça, que é uma busca de melhor eficiência, como um todo, do Poder Judiciário.

Diante desse problema, o normativo constitucional sugere uma ressignificação do princípio da inafastabilidade da jurisdição, da ampliação do acesso à justiça e de uma conceituação diversa também quanto ao interesse de agir.

A comprovação do real interesse processual de movimentar instituições judiciais com base na necessidade da atuação do Estado-juiz passa a figurar como condição para a propositura das pretensões judiciais. Isto porque, acima dessa condição da ação, temos o acesso à justiça que deve ser garantido ao cidadão de forma efetiva e, por isso, o princípio da inafastabilidade da jurisdição deve ser relativizado para prevalecer o princípio da eficiência.

Não é legitima a escolha da judicialização, quando há uma ineficiência do processo civil para propiciar uma solução rápida, justa e eficaz. Daí a pertinência de buscar outras vias externas ao Poder Judiciário.

A garantia de acesso ao Poder Judiciário há de ser sempre interpretada em conjugação com outros princípios constitucionais constantes do art. 37, entre outros. A existência expressa, portanto, no sistema, de outros instrumentos de solução de conflitos extrajudiciais demonstra ser mais razoável, proporcional e eficiente.

O interesse de agir não é o meramente material, mas decorre da necessidade ou da utilidade de atuação da jurisdição. O princípio da inafastabilidade da jurisdição ou da garantia do acesso à Justiça com direito a petição, entre outros, assegura a todo cidadão que possa reivindicar seus direitos, porém cumprindo-se as exigências que são feitas para se exercer esse direito, como em todo direito.

Aquela garantia, portanto, não afasta deverem ser observados e atendidos os pressupostos processuais, neles incluído o interesse de agir para o regular exercício dessa garantia. Deve haver observância, portanto, de condições legais mínimas para a provocação da função jurisdicional, o que não pode ser visto como fechamento de portas a quem delas se socorre.

O interesse de agir sob o enfoque da necessidade guarda relação com o princípio da eficiência e vincula a necessidade de provimento jurisdicional de modo que a parte deve recorrer à tutela jurisdicional quando esta for a forma mais célere, mais rápida e mais objetiva para resolver conflito e satisfazer sua pretensão.

Admitir ao ajuizamento das pretensões do cidadão como único e indispensável instrumento para satisfação de seu direito, sem a implantação prévia de mecanismos alternativos em um sistema multiportas, implica grave vulneração ao princípio da eficiência (art. 37, "caput", CF/1988).

O princípio da eficiência consubstancia diretriz constitucional que vincula tanto não só Administração Pública, mas também o próprio Poder Judiciário considerando as repercussões no âmbito do Direito Processual Civil.

DOS PRECEDENTES LEGAIS E JURISPRUDENCIAIS SOBRE O TEMA:

Há exemplos na lei nesse sentido. À guisa de ilustração, o art. 3º da Lei 13.18/2015, dispõe sobre o direito de resposta ou retificação daquele que se afirma ofendido por matéria divulgada, transmitida ou publicada por veículo de comunicação social. Caso o veículo de comunicação social não divulgue ou

transmita a resposta no prazo de sete dias, contado do recebimento do respectivo pedido, restará caracterizado o interesse do suposto ofendido para a propositura da ação judicial (art. 5º da Lei. 13.188/2015).

Igualmente, o Supremo Tribunal Federal tem julgados no sentido de que a extinção de processos com fundamento na ausência de interesse de agir não descumpre a garantia constitucional do acesso ao Judiciário.

No julgamento do RE n. 631.240, a Excelsa Corte concluiu ser necessário o prévio requerimento administrativo antes de o segurado recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de benefício previdenciário. Sem esse prévio requerimento, faltaria interesse de agir ao requerente.

Ainda, no âmbito do STJ, a 2ª Seção ao apreciar o REsp n. 1.349.425-MS, em sede de procedimento de recursos repetitivos, de Relatoria do eminente Ministro Luis Felipe Salomão, decidiu que "a propositura de ação cautelar de exibição de documentos bancários (cópias e segunda via de documentos de documentos) é cabível como medida preparatória a fim de instruir a ação principal, bastando a demonstração da existência de relação jurídica entre as partes, a comprovação de prévio pedido à instituição financeira não atendido em prazo razoável e o pagamento do custo do serviço conforme previsão contratual e normatização da autoridade monetária".

Relevante citar que a jurisprudência do Colendo STF é firme no sentido de que as decisões extintivas de processos por ausência de condições da ação, especificamente o interesse de agir, não violam a inafastabilidade da jurisdição. Por oportuno, cita-se :

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. EXTINÇÃO DE EXECUÇÃO FISCAL DE BAIXO VALOR POR FALTA DE INTERESSE DE AGIR: POSTERIOR AO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 591.033 (TEMA N. 109). INEXISTÊNCIA DE DESOBEDIÊNCIA AOS PRINCÍPIOS FEDERATIVO E DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO. FUNDAMENTOS EXPOSTOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA TESE DO TEMA N. 109 DA REPERCUSSÃO GERAL: INAPLICABILIDADE PELA ALTERAÇÃO LEGISLATIVA QUE POSSIBILITOU PROTESTO DAS CERTIDÕES DA DÍVIDA ATIVA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO . 1. Ao se extinguir a execução fiscal de pequeno valor com base em legislação de ente federado diverso do exequente, mas com fundamento em súmula do Tribunal catarinense e do Conselho da Magistratura de Santa Catarina e na alteração legislativa que possibilitou protesto de certidões da dívida ativa, respeitou-se o princípio da eficiência administrativa. 2. Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade devem nortear as práticas administrativas e financeiras na busca do atendimento do interesse público. Gastos de recursos públicos vultosos para obtenção de cobranças de pequeno valor são desproporcionais e sem razão jurídica válida. 3. O acolhimento de outros meios de satisfação de créditos do ente público é previsto na legislação vigente, podendo a pessoa federada valer-se de meios administrativos para obter a satisfação do que lhe é devido. 4. Recurso extraordinário ao qual se nega provimento com proposta da seguinte tese com repercussão geral: "É legítima a extinção de execução fiscal de baixo valor, pela ausência de interesse de agir, tendo em vista o princípio da eficiência administrativa". (RE 1355208, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 19-12-2023, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-s/n DIVULG 01-04-2024 PUBLIC 02-04-2024)

"Execução fiscal. - Inexistem as alegadas ofensas ao artigo 5º, XXXV, da Constituição, porquanto, por ter sido julgada extinta a execução fiscal por falta do interesse de agir, não se pode pretender, sob o fundamento de não ser cabível no caso essa extinção, que a decisão judicial que a confirmou haja impedido o livre acesso ao Poder Judiciário, ou haja violado o artigo 156, I, da Constituição que instituiu, em favor dos municípios, o IPTU. Recurso extraordinário não conhecido." (RE 287154, Relator(a): MOREIRA ALVES, Primeira Turma, julgado em 09-10-2001, DJ 09-11-2001 PP-00059 EMENT VOL-02051-06 PP-01267).

"I. RE: prequestionamento: falta suprida por embargos de declaração, ainda quando sobre o ponto não se haja manifestado a decisão que os rejeitou: Súmula 356 (cf. RE 210638, 22.04.98, Pertence, Inf. 107; RE 219934, Pl., Gallotti, 14.06.00). II. RE: processo trabalhista: prequestionamento. Quando o acórdão objeto do RE tenha sido proferido no recurso de revista, exige a jurisprudência do Tribunal que o questionamento da matéria constitucional já esteja presente na interposição daquele recurso trabalhista; é orientação inaplicável à hipótese de decisão de segundo grau, que, de ofício, extingue o processo sem julgamento de mérito por ausência de pressupostos processuais ou de condições de ação (C.Pr.Civ., art. 267, IV, V e VI, e § 3º), caso em que os embargos de declaração constituem a primeira oportunidade para agitar a questão constitucional. III. Garantia da jurisdição: alcance. O art. 5º, XXXV, assegura o acesso à jurisdição, mas não o direito à decisão de mérito, que pende - é um truísmo - de presença dos pressupostos do processo e das condições de ação, de regra, disciplinados pelo direito

ordinário. IV. Garantia do contraditório e da coisa julgada. Não configura cerceamento de defesa o julgamento contrário à parte litigante da questão que - conforme a inteligência dada à lei processual ordinária - o Tribunal possa decidir de ofício; pela mesma razão, contra uma decisão que, malgrado não objeto do recurso, no ponto, nele mesmo pode ser revista de ofício, é manifesta a impossibilidade de invocar-se a preclusão e, muito menos, a proteção constitucional da coisa julgada". (RE 273791, Relator(a): SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 15-08-2000, DJ 15-09-2000 PP-00133 EMENT VOL-02004-05 PP-01157)

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO E INTERESSE EM AGIR. 1. A instituição de condições para o regular exercício do direito de ação é compatível com o art. 5º, XXXV, da Constituição. Para se caracterizar a presença de interesse em agir, é preciso haver necessidade de ir a juízo. 2. A concessão de benefícios previdenciários depende de requerimento do interessado, não se caracterizando ameaça ou lesão a direito antes de sua apreciação e indeferimento pelo INSS, ou se excedido o prazo legal para sua análise. É bem de ver, no entanto, que a exigência de prévio requerimento não se confunde com o exaurimento das vias administrativas. 3. A exigência de prévio requerimento administrativo não deve prevalecer quando o entendimento da Administração for notória e reiteradamente contrário à postulação do segurado. 4. Na hipótese de pretensão de revisão, restabelecimento ou manutenção de benefício anteriormente concedido, considerando que o INSS tem o dever legal de conceder a prestação mais vantajosa possível, o pedido poderá ser formulado diretamente em juízo - salvo se depender da análise de matéria de fato ainda não levada ao conhecimento da Administração -, uma vez que, nesses casos, a conduta do INSS já configura o não acolhimento ao menos tácito da pretensão. 5. Tendo em vista a prolongada oscilação jurisprudencial na matéria, inclusive no Supremo Tribunal Federal, deve-se estabelecer uma fórmula de transição para lidar com as ações em curso, nos termos a seguir expostos. 6. Quanto às ações ajuizadas até a conclusão do presente julgamento (03.09.2014), sem que tenha havido prévio requerimento administrativo nas hipóteses em que exigível, será observado o seguinte: (i) caso a ação tenha sido ajuizada no âmbito de Juizado Itinerante, a ausência de anterior pedido administrativo não deverá implicar a extinção do feito; (ii) caso o INSS já tenha apresentado contestação de mérito, está caracterizado o interesse em agir pela resistência à pretensão; (iii) as demais ações que não se enquadrem nos itens (i) e (ii) ficarão sobrestadas, observando-se a sistemática a seguir. 7. Nas ações sobrestadas, o autor será intimado a dar entrada no pedido administrativo em 30 dias, sob pena de extinção do processo. Comprovada a postulação administrativa, o INSS será intimado a se manifestar acerca do pedido em até 90 dias, prazo dentro do qual a Autarquia deverá colher todas as provas eventualmente necessárias e proferir decisão. Se o pedido for acolhido administrativamente ou não puder ter o seu mérito analisado devido a razões imputáveis ao próprio requerente, extingue-se a ação. Do contrário, estará caracterizado o interesse em agir e o feito deverá prosseguir. 8. Em todos os casos acima - itens (i), (ii) e (iii) -, tanto a análise administrativa quanto a judicial deverão levar em conta a data do início da ação como data de entrada do requerimento, para todos os efeitos legais. 9. Recurso extraordinário a que se dá parcial provimento, reformando-se o acórdão recorrido para determinar a baixa dos autos ao juiz de primeiro grau, o qual deverá intimar a autora - que alega ser trabalhadora rural informal - a dar entrada no pedido administrativo em 30 dias, sob pena de extinção. Comprovada a postulação administrativa, o INSS será intimado para que, em 90 dias, colha as provas necessárias e profira decisão administrativa, considerando como data de entrada do requerimento a data do início da ação, para todos os efeitos legais. O resultado será comunicado ao juiz, que apreciará a subsistência ou não do interesse em agir". (RE 631240, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 03-09-2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-220 DIVULG 07-11-2014 PUBLIC 10-11-2014 RTJ VOL-00234-01 PP-00220). Destacou-se.

Em acórdão de recentíssima publicação foi fixada a tese relativa ao tema nº 1.184 publicada RE 1355208 / SC, de relatoria da Ministra Carmen Lúcia, em 08 de fevereiro de 2024, claramente encampando a necessidade da prévia utilização de métodos alternativos de solução de conflitos. Confira-se:

"1. É legítima a extinção de execução fiscal de baixo valor pela ausência de interesse de agir tendo em vista o princípio constitucional da eficiência administrativa, respeitada a competência constitucional de cada ente federado.
2. O ajuizamento da execução fiscal dependerá da prévia adoção das seguintes providências: a) tentativa de conciliação ou adoção de solução administrativa; e b) protesto do título, salvo por motivo de eficiência administrativa, comprovando-se a inadequação da medida.
3. O trâmite de ações de execução fiscal não impede os entes federados de pedirem a suspensão do

processo para a adoção das medidas previstas no item 2, devendo nesse caso, o juiz ser comunicado do prazo para as providências cabíveis". Brasília, 8 de fevereiro de 2024."

O referido entendimento tem razão de ser. O autor Luiz Guilherme Marinoni elucida que as condições da ação não incidem propriamente sobre o direito de ação - exercido sempre que se provoca o Judiciário -, mas sim sobre o seu regular exercício, o que é necessário para um pronunciamento de mérito (in: Teoria geral do processo, 2013, p. 191/192).

Nessa mesma linha, Daniel Amorim Assumpção Neves defende que:

"A ideia de interesse de agir, também chamado de interesse processual, está intimamente associado à utilidade da prestação jurisdicional que se pretende obter com a movimentação da máquina jurisdicional. Cabe ao autor demonstrar que o provimento jurisdicional pretendido será capaz de lhe proporcionar uma melhora em sua situação fática, o que será suficiente para justificar o tempo, a energia e o dinheiro que serão gastos pelo Poder Judiciário na resolução da demanda. [...]
Segundo parcela da doutrina, o interesse de agir deve ser analisado sob dois diferentes aspectos: a necessidade de obtenção da tutela jurisdicional reclamada e a adequação entre o pedido e a proteção jurisdicional que se pretende obter. Também é neste sentido a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.
Haverá necessidade sempre que o autor não puder obter o bem da vida pretendido sem a devida intervenção do Poder Judiciário. [...]
Entendo que o interesse-adequação está intimamente associado à ideia de utilidade na prestação jurisdicional, estando presente essa condição da ação quando o pedido formulado tem aptidão concreta de melhorar a situação do autor. Discordo, portanto, da afirmação de que pelo mero fato de o autor provocar o Poder Judiciário com qualquer pretensão já estaria preenchida essa condição da ação. Interesse de provocar a jurisdição demonstrado pelo ingresso de petição inicial não se confunde com o interesse de agir, que dependerá sempre da análise da adequação entre o pedido formulado e sua condição concreta de resolver a lide apresentada pelo autor". (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. Volume único, 16ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora JusPodivm, 2024, p. 99-100) G.N.

Não se desconhece que o C. STF, no julgamento da ADI n. 2139/DF, ao enfrentar questão relativa à inconstitucionalidade do art. art. 625-D da Consolidação das Leis do Trabalho, concluiu que viola o inc. XXXV do art. 5º da Constituição da República, a exigência de prévio cumprimento de requisitos desproporcionais, procrastinatórios ou inviabilizadores para a submissão do pleito ao órgão judiciário competente:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. §§ 1º A 4º DO ART. 625-D DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO - CLT, ACRESCIDO PELA LEI N. 9.958, DE 12.1.2000. COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA - CCP. SUPOSTA OBRIGATORIEDADE DE ANTECEDENTE SUBMISSÃO DO PLEITO TRABALHISTA À COMISSÃO PARA POSTERIOR AJUIZAMENTO DE RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. INTERPRETAÇÃO PELA QUAL SE PERMITE A SUBMISSÃO FACULTATIVAMENTE. GARANTIA DO ACESSO À JUSTIÇA. INC. XXXV DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. AÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE PARA DAR INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO AOS §§ 1º A 4º DO ART. 652-D DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO - CLT. 1. O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido, em obediência ao inc. XXXV do art. 5º da Constituição da República, a desnecessidade de prévio cumprimento de requisitos desproporcionais ou inviabilizadores da submissão de pleito ao Poder Judiciário. 2. Contraria a Constituição interpretação do previsto no art. 625-D e parágrafos da Consolidação das Leis do Trabalho pelo qual se reconhecesse a submissão da pretensão à Comissão de Conciliação Prévia como requisito para ajuizamento de reclamação trabalhista. Interpretação conforme a Constituição da norma. 3. Art. 625-D e parágrafos da Consolidação das Leis do Trabalhos: a legitimidade desse meio alternativo de resolução de conflitos baseia-se na consensualidade, sendo importante instrumento para o acesso à ordem jurídica justa, devendo ser estimulada, não consubstanciando, todavia, requisito essencial para o ajuizamento de reclamações trabalhistas. 4. Ação direta de inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente para dar interpretação conforme a Constituição aos §§ 1º a 4º do art. 625-D da Consolidação das Leis do Trabalho, no sentido de assentar que a Comissão de Conciliação Prévia constitui meio legítimo, mas não obrigatório de solução de conflitos, permanecendo o acesso à Justiça resguardado para todos os que venham a ajuizar demanda diretamente ao órgão judiciário competente". (ADI 2139, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 01-08-2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-033 DIVULG 18-02-2019 PUBLIC 19-02-2019).

Entretanto, o referido julgado, ao meu modesto aviso, não representa uma revisão ou superação do entendimento da Suprema Corte sobre a inafastabilidade da Jurisdição.

Necessário estabelecer o devido distinguishing. Na referida ADI n. 2139/DF não se discutiu sobre o interesse de agir dos trabalhadores ao ingressarem na justiça como condição da ação, mas sim sobre o direito de ação, que como já explicitado anteriormente, são conceitos distintos. Tanto é assim que a i. Ministra Relatora Carmem Lúcia constou no voto que "Não cabe à legislação infraconstitucional expandir o rol de exceções ao direito de acesso à jurisdição previsto na Constituição da República, atualmente adstrito aos casos de negociações coletivas que precedem o ajuizamento de dissídio coletivo e à justiça desportiva".

A ratio decidendi deste julgado, portanto, se diferencia dos demais em que a Suprema Corte avaliou se a exigência da comprovação do interesse de agir viola a inafastabilidade da jurisdição (RE 631.240/MG - causas previdenciárias; no RE 839.353/MA - DPVAT; SE 5206 - constitucionalidade da arbitragem e ADI 5436 - direito de resposta na imprensa) e, por conseguinte, da tese ora sustentada.

Naquele caso das lides trabalhistas, a legislação efetivamente impôs uma etapa prévia ao exercício de direito de ação, sem justificação razoável, invadindo, deste modo, competência constitucional. Nos demais, ao contrário, inexiste obstrução do acesso à justiça, pois o interesse de agir depende da análise da necessidade real de obtenção da tutela jurisdicional e da adequação entre o pedido e a proteção que se pretende obter.

É também nesse sentido o voto do Ministro Teori Zavascki, no julgamento do RE n. 631.240-MG, em que se pontuou que para legítima provocação do Poder Judiciário, é imprescindível "demonstrar que a demanda judicial é providência necessária, útil e adequada à obtenção de provimento tendente a reparar a lesão ou a afastar a ameaça a direito" (RE 631240, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 03-09-2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-220 DIVULG 07-11-2014 PUBLIC 10-11-2014 RTJ VOL-00234-01 PP-00220).

DO VIÉS DA EFICIÊNCIA

O interesse de agir é, portanto, uma condição da ação essencialmente ligada aos princípios da economicidade e da eficiência, mas não apenas a eles. Também há inconteste influência nos princípios da efetividade da tutela jurisdicional e duração razoável do processo, todos direitos fundamentais que devem ser analisados concomitantemente ao direito de acesso à justiça.

Não se está a desconsiderar as razões do i. Relator quando afirma: "É importante a advertência: o fenômeno jurídico condiciona o fenômeno econômico, não o contrário. Embora a decisão judicial também deva ser corrigida por razões consequencialistas (art. 20 da LINDB), a racionalidade econômica não se sobrepõe à eficácia da constituição."

Contudo, permissa venia, o que tanto a doutrina quanto a jurisprudência do c. Excelsa Corte estão a indicar é que o interesse de agir não se mede pela singela possibilidade de bater as portas do Judiciário, escorado no princípio da inafastabilidade, como verdadeiro mantra que assumiu no nosso sistema de justiça.

O legítimo interesse de agir deve ser aferido a partir da possibilidade concreta de o Poder Judiciário dar uma resposta rápida e efetiva. Em existindo outras formas do acesso à justiça que viabilizem essa justiça de forma célere e eficiente esta deve ser priorizada.

Partindo-se da realidade brasileira em que os recursos públicos são escassos, o que se traduz em limitações na estrutura e restrições na força de trabalho do Poder Judiciário, é preciso racionalizar a demanda, de modo a não permitir o prosseguimento de processos que, de plano, revelem-se inúteis, inadequados ou desnecessários. Do contrário, o acúmulo de ações inviáveis acabará por comprometer o bom funcionamento do sistema, inviabilizando a tutela efetiva das pretensões idôneas.

É nessa perspectiva que deve ser analisada a questão submetida ao presente Incidente.

Deve-se registrar que nem mesmo o direito de ação é absoluto. Limitações ao direito de ação podem existir, como em qualquer espécie de direito fundamental. Mas é preciso que tais limitações tenham justificação razoável, sob pena de inconstitucionalidade.

No julgamento da ADI n. 3.995/DF, o Relator Min. Luís Roberto Barroso, salientou o seguinte:

"O direito de acesso à justiça, na modalidade acesso ao Judiciário, encontra-se positivado no art. 5º, XXXV, CF/1988, que prevê que a "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Trata-se de garantia para a efetivação de direitos fundamentais, sem a qual a titularidade dos demais bens assegurados pela Constituição não faria sentido, uma vez que faltaria um instrumento apto a tutelar sua efetivação. A garantia de acesso ao Judiciário tem, contudo, um conteúdo amplo. Significa não apenas a possibilidade de deflagrar a jurisdição, mas, ainda, o direito a um processo justo e efetivo: com prazos razoáveis, decisões sem dilações indevidas, julgados coerentes e não conflitantes,

bem como tratamento isonômico e imparcial dos postulantes. A possibilidade de provocar a prestação jurisdicional precisa ser exercida, portanto, com equilíbrio, de modo a não inviabilizar a prestação da justiça com qualidade. Trata-se de duas faces do mesmo direito de acesso à justiça que precisam ser tratadas de forma harmônica.
O exercício abusivo do direito de deflagrar a jurisdição, a litigiosidade excessiva, a utilização do Judiciário como instrumento para a obtenção de acordos indevidos ou, ainda, para a procrastinação do cumprimento de obrigações implica o uso ilegítimo do Judiciário e a sensação difusa de que a Justiça não funciona. O volume desproporcional de processos compromete a celeridade, a coerência e a qualidade da prestação jurisdicional e importa em ônus desmedidos para a sociedade, à qual incumbe arcar com o custeio da máquina judiciária" (ADI 3995, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 13-12-2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-043 DIVULG 28-02-2019 PUBLIC 01-03-2019). Destacou-se.

Ora, não se pode descurar que é abusiva a provocação desnecessária da atividade jurisdicional, que como dito, deve ser utilizada como ultima ratio para a solução do conflito.

A partir de dados do Justiça em Números do CNJ (https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/) relativamente ao tempo médio de tramitação das ações judicias no 1º grau da justiça estadual temos:

Observa-se do gráfico acima que só na fase de conhecimento no 1º grau, os processos são sentenciados em média entre 02 (dois) e 05 (cinco) anos. A realidade está nos números que demonstram que o Poder Judiciário não consegue promover uma justiça célere e eficaz e que, por isso, é necessário descentralizar, realizando a co-participação com outros atores, de modo a garantir a efetivação de direitos do cidadão.

Sobre o direito de ação, a inafastabilidade da jurisdição e o interesse de agir, a i. magistrada Mônica Silveira Vieira pondera:

"A Constituição não resguarda o acesso ao Poder Judiciário em qualquer hipótese, mas apenas naquelas em que haja, no plano da realidade, dos fatos, do mundo do ser, lesão ou ameaça a direito. Somente se houver litígio material, concreto, real, uma pessoa física ou jurídica tem o direito constitucionalmente resguardado de se valer do sistema de justiça para buscar a satisfação de um possível direito subjetivo.
Essa interpretação não apenas considera o texto normativo em sua integralidade mas também está conectada com as finalidades visadas pelo ordenamento jurídico-constitucional ao resguardar o direito subjetivo em questão: o direito de ação não é um fim em si mesmo, mas apenas se justifica por haver direitos materiais lesados ou sob perigo de lesão que não possam ser resguardados ou efetivados sem a intervenção do Poder Judiciário, ou possam ser por este garantidos com maior eficiência e/ou eficácia. Trata-se, evidentemente, de um direito subjetivo de caráter instrumental.
A concepção de direito de ação que se considera como única compatível com o estágio atual do Direito e do Estado Democrático de Direito é aquela que o conecta com as finalidades que justificam a previsão e garantia desse direito fundamental.
Essa compreensão atualizada do direito de ação evidentemente não passa despercebida por diversos dos Tribunais brasileiros, muito menos pelo Supremo Tribunal Federal, que, em diversas ocasiões, já deixou claro que não mais se justifica a ideia de que é incompatível com o art. 5º, XXXV da Constituição o estabelecimento de requisitos, condicionamentos ao direito de ação e seu exercício, inclusive a fim de evitar abusos" (Vieira, Mônica Silveira. Abuso do direito de ação e seu enfrentamento no contexto do TJMG. 2021. Disponível em https://bd-login.tjmg.jus.br/jspui/handle/tjmg/12430). - destacamos.

Deste modo, a exigência de prévia tentativa de solução extrajudicial para fins de análise do interesse de agir não viola a inafastabilidade da jurisdição, o acesso ao Poder Judiciário e, tampouco, afronta a separação dos poderes, vez que a referida aferição é própria da função jurisdicional.

Para além disso, verifica-se que a perspectiva de interpretação ora sugerida sobre o interesse de agir se coaduna com os demais princípios constitucionais igualmente relevantes no âmbito do Estado Democrático de Direito, haja vista que propicia o alcance da prestação jurisdicional efetiva, em tempo razoável, concomitantemente à observância dos princípios da economicidade e da eficiência.

Como já frisado, o interesse de agir sob o enfoque da necessidade guarda relação com o princípio da eficiência e vincula à real necessidade de provimento jurisdicional, de modo que a parte deve recorrer à tutela jurisdicional quando esta for a forma mais célere, mais rápida e mais objetiva para resolver conflito e satisfazer sua pretensão.

Não se pode ignorar que o jurisdicionado também possui direito fundamental à boa administração pública, que nas palavras de Juarez Freitas, significa:

"trata-se do direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional, cumpridora dos seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas; a tal direito corresponde o dever de a administração pública observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem" (FREITAS, Juarez. Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 20).

Assim, a verdade é que por meio de uma análise efetiva do interesse de agir nas ações prestacionais consumeristas, o magistrado estará a um só tempo obedecendo aos princípios constitucionais do acesso à justiça, inafastabilidade do Poder Judiciário, efetividade da jurisdição e de tutela do consumidor, uma vez que a manutenção de processos inúteis acaba por impor óbice à defesa de direitos legítimos e que efetivamente dependem da jurisdição estatal para verem suas pretensões atendidas.

Qual a justiça que queremos para nosso cidadão - esse deve ser nosso questionamento. A justiça que se almeja, deve ser aquela que propicie o melhor acesso ao cidadão para a efetivação seus direitos. Por isso, a resposta aos litígios de uma sociedade cada vez mais complexa, está na sua capacidade de ampliar o próprio acesso à justiça, por meio de outros atores e mecanismos.

DA LITIGÂNCIA MASSIVA E ARTIFICIAL

Apesar de o nobre Relator ter salientado que a litigância de massa ou predatória não constitui objeto do presente IRDR, é preciso ponderar que, de forma obter dictum, a litigância predatória, massiva e artificial subjaz às questões aqui debatidas.

Não por outro motivo o Colendo STJ, por meio da Corte Especial, está decidindo no REsp 2.021.665 sobre a possibilidade de o juiz, em um estágio inicial do processo, exigir que a parte apresente documentos e emende a inicial vislumbrando a ocorrência de litigância predatória. Apesar de o julgamento ter sido adiado por pedido de vista, para o Min. Relator Moura Ribeiro, nas sociedades de massa, em que a maior parte da população integra processo de produção, distribuição e consumo de larga escala, é esperado o surgimento de demandas e lides também massificadas.

Como divulgado pelo portal Migalhas, o Eminente Ministro citou que:

"Essa litigância de massa, conquanto apresente novos desafios ao Poder Judiciário, constitui inegavelmente manifestação legítima do direito de ação amparado constitucionalmente. Observa-se, no entanto, em várias regiões do país, verdadeira avalanche de processos infundados, marcados pelo exercício de uma advocacia censurável, dita agora predatória, que não encontra respaldo legítimo no direito de ação. São casos, por exemplo, que ofendem o art. 133 da Constituição Federal." https://www.migalhas.com.br/quentes/416460/stj-volta-a-julgar-litigancia-predatoria-mas-nova-vista-adia-analise. Acesso em 04 out.2024)

E prosseguiu discorrendo "que esses feitos, não apenas embaraçam o exercício de uma jurisdição efetiva, mas verdadeiramente criam sérios problemas de política pública, conforme identificado por órgãos de inteligência e audiências públicas".

Note-se que a i. magistrada Mônica Silveira Vieira, em estudo sobre o abuso de direito de ação e seu enfrentamento no contexto do TJMG, elucidou que em demandas desse jaez, se tem uma espécie de litigância artificial, entendida como a "conduta consistente em ajuizar ação judicial que não se destina a solucionar um problema juridicamente relevante existente entre as partes, um conflito realmente havido no mundo dos fatos (lide material) dotado de relevância jurídica, mas, sim, visa a perseguir outras finalidades, como (...) criar a aparência de situação litigiosa com a finalidade de gerar obrigação de pagamento de honorários sucumbenciais, entre diversas outras possibilidades igualmente abusivas". (Vieira, Mônica Silveira. Abuso do direito de ação e seu enfrentamento no contexto do TJMG. 2021. Disponível em https://bd-login.tjmg.jus.br/jspui/handle/tjmg/12430).

Trata-se de situação em que o indivíduo visa "utilizar o Poder Judiciário, como uma espécie de loteria (apostando-se que talvez o réu não traga aos autos o contrato que se alega na inicial desconhecer; que a prestadora de serviços telefônicos pode não localizar a tempo a gravação da ligação por meio da qual ocorreu a contratação; que a administradora de cartão de crédito pode não encontrar a gravação da ligação que registrou a negociação de débito; que o réu reputado revel porque

se indicou, para citação, endereço em que nunca funcionou, pode nunca descobrir a existência do processo...)", o que "viola a dignidade do Poder Judiciário" e o "deve de agir conforme o padrão estabelecido na boa-fé objetiva".

Desta forma, nas hipóteses de litigância artificial, não há de se admitir a perpetuação da demanda no Poder Judiciário, movimentando indevidamente toda a máquina estatal e obstando o acesso à jurisdição tão necessário a outros sujeitos que legitimamente estão exercendo o referido direito, importando, ao meu aviso, em clara ausência de interesse de agir. Nesse sentido, imprescindível invocar novamente as palavras da i. magistrada:

"A litigiosidade artificial tem relação direta com a necessidade de recorrer ao Poder Judiciário para solucionar determinada questão: se não há conflito material a solucionar, na verdade não há necessidade de provocar a atuação judicial. Nesses casos, o ajuizamento de ação representa a tentativa de obter pronunciamento judicial para satisfazer interesse que nada tem a ver com a finalidade que deveria ser buscada por meio do acionamento do sistema estatal de justiça: a composição de um conflito. Percebe-se, portanto, que, quando está configurado um litígio meramente artificial, encontra-se ausente o interesse processual, pois este se assenta no trinômio necessidade-utilidade-adequação" (Vieira, Mônica Silveira. Abuso do direito de ação e seu enfrentamento no contexto do TJMG. 2021. Disponível em https://bd-login.tjmg.jus.br/jspui/handle/tjmg/12430).

A qualificação do interesse de agir, isto é, a exigência de a parte demonstrar o real conflito material de interesses jurídicos se mostra crucial para o funcionamento do Poder Judiciário e boa prestação jurisdicional.

Não se está aqui afirmando que todas as demandas consumeristas são predatórias e artificiais. Ao contrário, o que se defende é que deve o i. magistrado competente ao receber a petição inicial proceder à análise qualificada do interesse de agir da parte requerente, a fim de perquirir se no caso concreto há um conflito real de interesses jurídicos, evitando-se demandas evidentemente inúteis ou que podem ser solucionadas de outra forma mais célere e eficaz ao cidadão antes de buscar a via judicial.

De forma distinta daquela sustentada no voto condutor, a tese ora sustentada não se resume à análise econômica do direito. Embora a racionalidade econômica não possa ser completamente desconsiderada, inclusive por mandamento constitucional, ex vi o princípio da eficiência disposto no art. 37, caput, da CF/1988, não há sobreposição dela à constituição. Ao contrário, se pretende harmonizar, tanto quanto possível, os princípios constitucionais e os diversos direitos fundamentais inseridos na Carta Magna a fim de se cumprir com os reais e principais objetivos do Estado Democrático de Direito.

Rememora-se o posicionamento do Min. Relator Moura Ribeiro no voto de relatoria do REsp 2.021.665, aqui já citado, de que o excesso de feitos desnecessários no Poder Judiciário não apenas embaraça o exercício de uma jurisdição efetiva, mas extrapola o âmbito deste Poder e cria problemas de política pública.

É necessário que mesmo em um cenário reconhecidamente de violação dos direitos do consumidor que, frisa-se, permanecerão amplamente protegidos pelo sistema jurídico e, desta forma, efetivamente tutelados, haja uma comprovação mínima de tentativa de solução extrajudicial da lide para fins de configuração do interesse de agir.

DO SISTEMA MULTIPORTAS

O redimensionamento do acesso à justiça perpassa por uma ressignificação do Poder Judiciário delegando à sociedade a possibilidade de resolução de controvérsias por vias dialógicas, voluntárias e consensuais.

Na lição de Avritzer, Marona e Gomes "há a necessidade de o sistema de justiça conjugar, na contemporaneidade, os diferentes interesses e valores dos indivíduos, devendo propiciar o acesso por meio de políticas públicas específicas. Assim, bem se coloca que a ampliação do acesso à justiça implica também a busca de uma reorganização mais eficaz dos meios auxiliares de justiça, além da definição de uma política pública de justiça que assente em um sistema integrado de resolução de litígios, agregando os mecanismos extrajudiciais e judiciais e também os mecanismos judiciários." (in Cartografia da justiça no Brasil: uma análise a partir de atores e territórios. São Paulo: Saraiva, 2014, 24-25).

A professora Ada Pellegrini Grinover nos alerta para o grande descompasso vivenciado entre a doutrina, a legislação de um lado e a prática judiciária do outro. Afirma que ao extraordinário progresso científico do processo civil não correspondeu o aperfeiçoamento do aparelho judiciário e da

administração da justiça, em meio à sobrecarga dos tribunais, a morosidade dos processos, seu custo, a burocratização da justiça, tudo levando à obstrução das vias de acesso justiça. É nesse enfoque que se torna necessária uma nova visão, aderindo o sistema processual à realidade sócio-juridica a que se destina, servindo de instrumento à efetiva realização dos direitos materiais.

Por isso que, segundo a doutrinadora "a resposta do processualista brasileiro ao desafio criado pela crise da justiça civil desenvolveu-se em duas grandes vertentes: a jurisdicional e a extrajudicial", propondo uma deformalização das controvérsias "buscando para elas, de acordo com sua natureza, equivalentes jurisdicionais, como vias alternativas ao processo, capazes de evita-lo, para solucioná-las mediante instrumentos institucionalizados de mediação. A deformalização do processo, insere-se, portanto, no filão jurisdicional, enquanto a deformalização das controvérsias utiliza-se de meios extrajudiciais." (in Deformalização do processo e deformalização das controvérsias. Revista Inf. legisl. Brasília, ano. 25, n. 97 jan/mar 1988, p. 195)

O que se tem é que os instrumentos tradicionais não têm tido êxito na solução de conflitos. Por isso, o acesso à justiça por outras vias deve ser fortalecido.

Ainda que possa parecer uma análise consequencialista, em nenhum momento se desconsiderou na presente fundamentação o viés principiológico da questão, pois para que se possa viabilizar o acesso à justiça enquanto meio de concretização de direitos materiais assegurados constitucionalmente ao cidadão, esse "direito de ter acesso" precisa ser aprimorado.

DA TESE A SER FIXADA

Não se desconsidera, por certo, a realidade da sociedade brasileira, as diversidades regionais das Minas Gerais que são muitas, de comunidades quilombolas, indígenas, de outros tantos grupos vulneráveis.

Considerando todas as diferenças culturais, de desenvolvimento humano, sociais e econômicas da população brasileira, reputa-se prudente permitir que a demonstração do conflito material de interesses jurídicos pelo consumidor de dê por meio de registro de reclamação ou solicitação por quaisquer canais oficiais de serviço de atendimento mantido pelo fornecedor (SAC); pelo PROCON; órgão fiscalizadores como Banco Central; agências reguladoras (ANS, ANVISA; ANATEL, ANEEL, ANAC; ANA; ANM; ANP; ANTAQ; ANTT; ANCINE); plataformas públicas (consumidor.gov) e privadas (reclame aqui e outras) de reclamação/solicitação; notificação extrajudicial por carta com Aviso de Recebimento ou cartorária, não bastando, para efeito dos registros realizados por meio do Serviço de Atendimento do Cliente mantido pelo fornecedor a mera indicação de número de protocolo.

Importante também que a tese consigne um prazo para resposta do fornecedor do serviço/produto, findo o qual, sem manifestação, ter-se-á por cumprida a exigência da demonstração da prévia tentativa de buscar a via extrajudicial.

Com relação ao prazo de resposta do fornecedor à reclamação, nas hipóteses em que a reclamação não for registrada em órgãos ou plataformas públicas que já disponham de regramento e prazo próprio, mostra-se razoável a adoção, por analogia, do prazo conferido pela Lei nº. 9.507/1997 (Habeas Data), inciso I, do parágrafo único do art. 8º, de decurso de mais de 10 (dez) dias sem decisão/resposta do fornecedor. A partir do referido prazo sem resposta do fornecedor, restará configurado o interesse de agir do consumidor para defender os seus direitos em juízo.

Nas situações em que o fornecedor responder à reclamação/solicitação, a referida resposta deverá ser juntada aos documentos carreados à petição inicial.

A exigência da prévia tentativa de solução extrajudicial poderá ser excepcionada quando comprovado o risco de perecimento do direito defendido pelo consumidor (inclusive na eventualidade de iminente transcurso de prazo prescricional ou decadencial).

Contudo, nessa situação, o julgador deverá aferir o interesse de agir de forma diferida, cabendo ao consumidor exibir a documentação pertinente que demonstre a tentativa de solução extrajudicial em até 30 (trinta) dias da intimação da decisão que procedeu à análise do pedido de concessão da tutela de urgência, sob pena de extinção da ação por carência de ação (falta de interesse de agir) na forma do art. 485, VI, do CPC.

Nesse aspecto, divirjo do voto de divergência do i. Des. Leonardo Beraldo quando fixa a tese nos seguintes termos: (v) Havendo risco iminente de perecimento de direito, estará o consumidor dispensado de buscar a solução de sua controvérsia extrajudicialmente.

A se adotar o referido entendimento não haverá nenhuma alteração do cenário fático, na medida em que raríssimas são as hipóteses em que as ações judiciais não contêm pedidos de tutela de urgência. Cite-se, à guisa de exemplificação, liminares objetivando a autorização para a suspensão de parcelas de contratos tidos por abusivos; a cessação de descontos em remunerações; a exclusão de nomes do cadastro de inadimplentes; a concessão de tratamentos médicos, medicamentos e insumos.

A proposta que emerge é que se aprecie os pedidos de tutela, mas que se postergue a prova do cumprimento da condição de ação, especificamente do interesse de agir, para um momento posterior.

Como a análise processual é feita pela teoria da asserção, a parte autora ao ajuizar a ação, embora abstratamente, possa ter o interesse de agir, será indispensável que mesmo tendo obtido a tutela provisória, demonstre uma pretensão idônea, real, configurada a partir da frustração de resolução do conflito extrajudicialmente.

Essa medida se mostra coerente com toda a fundamentação do presente voto que objetiva promover uma outra forma de acesso à justiça.

Na sequência, quanto ao aspecto intertemporal, nas novas ações consumeristas ajuizadas após a publicação do presente IRDR sem a comprovação da prévia tentativa extrajudicial de solução da controvérsia e que não haja pedido expresso e fundamentado sobre a excepcionalidade por risco de perecimento do direito, recebida a inicial e constatada a ausência de interesse de agir, o processo será extinto sem julgamento de mérito, nos termos do art. 485, VI, do CPC, facultando-se, entrementes, que a parte autora emenda à inicial de modo a demonstrar que atendeu à referida exigência.

Com relação à modulação dos efeitos da tese ora proposta, por questão de interesse social e segurança jurídica (art. 927, §3º do CPC c/c art. 46 da Recomendação n. 134/ 2022 do CNJ), nas ações ajuizadas antes do julgamento do presente Incidente, o interesse de agir deverá ser analisado casuisticamente, considerando-se o seguinte: a) se já houver contestação nos autos alegando fato extintivo, modificativo ou impeditivo do direito do autor (art. 373, II, do CPC), admitirá como comprovado o interesse de agir; b) nas hipóteses em que a ação já tiver sido ajuizada, mas ainda não citado o réu, caberá a intimação do autor para emendar a inicial com o fim de fundamentar ao pleito de dispensa da prévia comprovação do pedido administrativo por se tratar de situação em que há risco de perecimento do direito (art. 321 do CPC) ou para, no prazo de 30 (trinta) dias contados da respectiva intimação, coligir aos autos o requerimento extrajudicial de solução da controvérsia.

Por todo exposto, renovando vênias ao douto Relator, assim como da proposta do 5º vogal para divergir de seus judiciosos votos sugerindo a fixação das seguintes teses:

(i) A caracterização do interesse de agir nas ações de natureza prestacional das relações de consumo depende da comprovação da prévia tentativa de solução extrajudicial da controvérsia. A comprovação pode ocorrer por quaisquer canais oficiais de serviço de atendimento mantido pelo fornecedor (SAC); pelo PROCON; órgão fiscalizadores como Banco Central; agências reguladoras (ANS, ANVISA; ANATEL, ANEEL, ANAC; ANA; ANM; ANP; ANTAQ; ANTT; ANCINE); plataformas públicas (consumidor.gov) e privadas (Reclame Aqui e outras) de reclamação/solicitação; notificação extrajudicial por carta com Aviso de Recebimento ou via cartorária. Não basta, nos casos de registros realizados perante os Serviços de Atendimento do Cliente (SAC) mantidos pelo fornecedor, a mera indicação pelo consumidor de número de protocolo.

(ii) Com relação ao prazo de resposta do fornecedor à reclamação/pedido administrativo, nas hipóteses em que a reclamação não for registrada em órgãos ou plataformas públicas que já disponham de regramento e prazo próprio, mostra-se razoável a adoção, por analogia, do prazo conferido pela Lei nº. 9.507/1997 ("Habeas Data"), inciso I, do parágrafo único do art. 8º, de decurso de mais de 10 (dez) dias úteis sem decisão/resposta do fornecedor. A partir do referido prazo sem resposta do fornecedor, restará configurado o interesse de agir do consumidor para defender os seus direitos em juízo.

(iii) Nas hipóteses em que o fornecedor responder à reclamação/solicitação, a referida resposta deverá ser carreada aos documentos da petição inicial, juntamente com o pedido administrativo formulado pelo consumidor.

(iv) A exigência da prévia tentativa de solução extrajudicial poderá ser excepcionada nas hipóteses em que o consumidor comprovar risco de perecimento do direito alegado (inclusive na eventualidade de iminente transcurso de prazo prescricional ou decadencial), situação em que o julgador deverá aferir o interesse de agir de forma diferida. Nesses casos, caberá ao consumidor exibir a prova da tentativa de solução extrajudicial em até 30 (trinta) dias úteis da intimação da decisão que analisou o pedido de concessão da tutela de urgência, sob pena de extinção do processo sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, VI, do CPC.

(v) Nas ações ajuizadas após a publicação das teses fixadas no presente IRDR, nas quais não exista comprovação da prévia tentativa extrajudicial de solução da controvérsia e que não haja pedido expresso e fundamentado sobre a excepcionalidade por risco de perecimento do direito, recebida a inicial e constatada a ausência de interesse de agir, a parte autora deverá ser intimada para emendar a

inicial de modo a demonstrar, no prazo de 30 dias úteis, o atendimento a uma das referidas exigências. Decorrido o prazo sem cumprimento da diligência, o processo será extinto sem julgamento de mérito, nos termos do art. 485, VI, do CPC.

(vi) Com relação à modulação dos efeitos da tese ora proposta, por questão de interesse social e segurança jurídica (art. 927, §3º do CPC c/c art. 46 da Recomendação n. 134/ 2022 do CNJ), nas ações ajuizadas antes da publicação das teses fixadas no presente IRDR, o interesse de agir deverá ser analisado casuisticamente pelo magistrado, considerando-se o seguinte:

a) nas hipóteses em que o réu ainda não apresentou contestação, constatada a ausência do interesse de agir, a parte autora deverá ser intimada para emendar a inicial (art. 321 do CPC), nos termos do presente IRDR, com o fim de coligir aos autos, no prazo de 30 dias úteis, o requerimento extrajudicial de solução da controvérsia ou fundamentar o pleito de dispensa da prévia comprovação do pedido administrativo, por se tratar de situação em que há risco de perecimento do direito. Quedando-se inerte, o juiz julgará extinto o feito sem resolução de mérito, nos termos do art. 485, VI, do CPC.

b) nas hipóteses em que já houver contestação nos autos, tendo sido alegado na peça de defesa fato extintivo, modificativo ou impeditivo do direito do autor (art. 373, II, do CPC), restará comprovado o interesse de agir.

É como voto.

DESA. APARECIDA GROSSI

Acompanho o Em. Relator, Des. José Marcos Vieira, em relação à rejeição das preliminares analisadas, mas, peço vênia quanto ao mérito, para acompanhar a divergência instaurada pelo Em. 5º Vogal, Des. Leonardo de Faria Beraldo, por entender que condicionar a satisfação do interesse de agir da parte consumidora ao prévio requerimento administrativo, perante o fornecedor, não viola o princípio da inafastabilidade da jurisdição (XXXV do art. 5º da CF).

Sobre a temática, entendo necessária a reinterpretação da garantia constitucional do acesso frente às necessidades impostas pela realidade, não se podendo fechar os olhos para a gravidade do problema da litigância abusiva, cuja solução demanda enfrentamento por meio de estratégias múltiplas, intraprocessuais e extraprocessuais (gestão de processos de trabalho).

Ademais, depreende-se que tal condicionamento imposto pelo Judiciário atende ao princípio da proporcionalidade em seu triplo aspecto (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), não causando, de forma desarrazoada, prejuízo ao consumidor, tampouco vantagem ao fornecedor.

Nessa linha de raciocínio, oportuno transcrever a percuciente lição de Francisco Fernandes de Araújo

"Foram os juristas alemães que criaram uma concepção metodológica estável do conteúdo normativo do princípio da proporcionalidade, e, bem assim, dos três aspectos que o compõem, isto é, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. [...] O meio é adequado quando com o seu auxílio se pode promover o resultado desejado [...] O princípio da necessidade impõe a escolha dentre os meios abstratamente idôneos a alcançarem o objetivo almejado, aquele cuja adoção implique menores consequências negativas [...] Princípio da proporcionalidade em sentido estrito [§] Este é o terceiro e último elemento ou subprincípio do princípio da proporcionalidade latu sensu. [...] Ao tratar desse subprincípio, a chave da questão é a ponderação, a relação de 'custo-benefício', isto é, além de se levar em conta a adequação e a necessidade da opção feita, há que levar em consideração, ainda, as vantagens ou desvantagens que a medida acarreta para os envolvidos." (DE ARAÚJO, Francisco Fernandes. Princípio da Proporcionalidade: significado e aplicação prática. Campinas: Copola Editora, 2002, pp. 57, 62 e 64).

Sob esse ângulo visual, entendo que o estabelecimento da condição pré-processual de prévio requerimento administrativo para o ajuizamento de ações consumeristas tem como lastro o próprio princípio da cooperação (art. 6º do CPC), especialmente considerando a urgente necessidade de se evitar os danos decorrentes da judicialização temerária (art. 139, III e IX, do CPC).

Destarte, analisando a questão delimitada no presente incidente a partir de tais considerações, bem como considerando a necessária modulação dos efeitos desse precedente objetivando atender o princípio da segurança jurídica, acompanho integralmente as teses fixadas no voto apresentado pelo Em. 5º Vogal.

É como voto Sr. Presidente.

DES. CAVALCANTE MOTTA

Acompanho o insigne relator, Des. José Marcos Vieira, quanto à rejeição das preliminares arguidas.

Por outro lado, considerando que a divergência bem elaborada e inaugurada pelo eminente Des. Leonardo Faria Beraldo caminha no mesmo sentido da divergência posteriormente lançada pela ilustre Des. Lílian Maciel, e que em seus termos apresenta considerações mais amplas e relevantes para o tema julgado, peço vênia ao Des. Relator José Marcos Vieira para, no mérito, aderir à divergência instaurada pela Des. Lílian Maciel.

DES. FERRARA MARCOLINO

Em relação às preliminares, acompanho o ilustre relator, Desembargador José Marcos Vieira, rejeitando integralmente as questões processuais levantadas.

No que tange ao mérito, no entanto, peço vênia para divergir de seu entendimento e acompanhar a posição apresentada pela Desembargadora Lílian Maciel.

DES. LEONARDO DE FARIA BERALDO

Inicialmente, cumprimento o Relator pelo excelente voto proferido, contudo, peço vênia para divergir parcialmente. Estou de acordo com Sua Excelência apenas para rejeitar as duas preliminares arguidas de inadmissibilidade do IRDR e também para rejeitar a preliminar de nulidade por ausência de participação da Defensoria Pública na fase de admissibilidade deste incidente.

O ponto fulcral do presente IRDR é decidir se a obrigatoriedade de prévio requerimento administrativo pelo consumidor, perante o fornecedor, viola o princípio da inafastabilidade, ex vi do disposto no inciso XXXV do art. 5º da CF.

Com todo o respeito aos que pensam em sentido contrário, adianto, desde já, que, a meu sentir, não há qualquer inconstitucionalidade em se criar uma condição pré-processual para os consumidores ingressarem em juízo, especialmente quando, no polo passivo, estiver um dos chamados grandes fornecedores (bancos, empresas de telefonia, seguradoras, operadoras de planos de saúde, companhias aéreas, consórcios, entre outros).

Não existem direitos absolutos. Nem mesmo o direito à vida é assim considerado, pois, se assim o fosse, toda e qualquer espécie de aborto seria proibida, assim como seria obrigatória a transfusão de sangue para todos os praticantes da religião Testemunhas de Jeová. Se o devido processo legal fosse absoluto, não existiria previsão legal de concessão de tutela antecipada. Se os princípios da ampla defesa e do contraditório fossem absolutos, jamais seria possível a concessão de tutela de urgência inaudita altera pars. Se a propriedade fosse um direito absoluto, não haveria previsão, no nosso ordenamento, sobre a sua função social ou sobre a usucapião. Se a norma sobre a publicidade do processo fosse absoluta, não existiria uma única hipótese de segredo de justiça. Se o princípio do pacta sunt servanda fosse absoluto, certamente não poderíamos admitir intervenções na relação contratual, tais como as decorrentes da onerosidade excessiva e da rebus sic stantibus. O direito à saúde não é absoluto, como se pode vislumbrar, por exemplo, nos Temas n. 6, 500 e 1234 do STF. Até mesmo a coisa julgada, há alguns anos, já foi flexibilizada. Enfim, a lista é longa e poderia ser bem mais extensa ainda.

Em relação ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, a lógica, evidentemente, é a mesma. A maior prova que temos acerca da ausência de seu caráter absoluto reside na arbitragem, que, nos termos da Lei n. 9.307/96, permite que as partes capazes optem por dirimir a sua controvérsia fora do Poder Judiciário, desde que a questão verse sobre direito patrimonial disponível. Havendo cláusula compromissória no contrato (há particularidades nos contratos de adesão e de consumo), estão as partes obrigadas a se submeter à jurisdição arbitral, sendo vedado o arrependimento, salvo se de todos os envolvidos. O STF, no ano de 2001, por maioria de votos, considerou constitucionais as regras da referida lei (SE n. 5.206/EP).

Ora, data venia, se nem a Lei de Arbitragem viola o princípio da inafastabilidade (e quero deixar claro que, na minha visão, não viola mesmo), certamente não será uma pequena e singela condição de acesso ao Judiciário que colocará em risco o inciso XXXV do art. 5º da CF. Lembro, neste ponto, que a sentença arbitral é considerada título executivo judicial e é defeso ao Poder Judiciário reapreciar o mérito da questão. Contra a sentença arbitral, o único meio disponível às partes para se insurgirem é a chamada ação anulatória, com base no rol taxativo do art. 32 da Lei n. 9.307/96, cujas hipóteses versam sobre questões formais e procedimentais.

Confesso que, na minha visão, não foi apresentado, na audiência pública deste IRDR, um único fundamento que realmente demonstrasse a possibilidade de prejuízo para o consumidor, caso seja aprovada a tese da obrigatoriedade do prévio requerimento administrativo para se poder buscar a

tutela jurisdicional. O que pude presenciar, com todo o respeito, foi um culto acadêmico extremado ao caráter absoluto do princípio da inafastabilidade da jurisdição. Neste ponto, repito: não existem direitos absolutos.

O argumento que talvez tenha sido o mais venerado - o da vulnerabilidade do consumidor -, a meu sentir, não merece prosperar. Primeiro, porque é contraditório afirmar que o consumidor não é vulnerável para contratar, mas o é para reclamar, apenas na via administrativa, de alguma violação de seus direitos. Segundo, se este for o problema, basta que ele busque assistência jurídica (advogado, Defensoria Pública, núcleos de prática jurídica em alguma das milhares de faculdades de Direito espalhadas pelo nosso país). Terceiro, se a vulnerabilidade (nas suas mais variadas facetas) é, de fato, um problema, o grave não é a fixação positiva da tese neste IRDR, mas, sim, permitir que o cidadão possa ingressar em juízo sem advogado, que é o que vem ocorrendo desde o ano de 1995, com a edição da Lei n. 9.099.

Quanto ao fator tempo, que, para alguns, será desperdiçado, a meu ver, não faz sentido algum. Muitas respostas são dadas ao consumidor imediatamente, na própria ligação. Contudo, mesmo que possa demorar alguns dias, qual é o problema nisso? Por que é que o consumidor não poderia esperar alguns dias para obter uma resposta, seja ela positiva ou negativa? Ratifico que eu não vejo nada de inconveniente nisso.

Ainda sobre o tempo, veja-se que não se está propondo que o consumidor tenha de aguardar, indefinidamente, uma resposta do fornecedor. Não se pode confundir passar pela via administrativa com o exaurimento da via administrativa. Repito que, na minha opinião, basta que o consumidor entre em contato com o fornecedor e aguarde alguns dias. Caso não obtenha resposta, ou que ela não seja de seu agrado, as portas do Poder Judiciário estarão escancaradas para o jurisdicionado.

O que, a meu ver, é bem mais do que um inconveniente - é um erro mesmo - é permitir que o consumidor ingresse em juízo sem que, de fato, exista uma pretensão resistida. Ora, não nos esqueçamos do clássico conceito doutrinário de lide: "conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida". É um erro esquecermos que o processo tem um custo. Eu não tenho acesso aos números, mas os dados e os estudos estão espalhados por aí, e é possível cravar qual é o custo de cada processo. Isso significa, por exemplo, que, numa ação de cobrança de R$ 200,00, seria mais eficiente, do ponto de vista econômico, que o Estado pagasse esse valor ao autor da ação do que permitir o seu trâmite. Não acredito que chegaremos no ponto em que medidas assim serão implementadas, todavia, a lógica é essa.

Por outro lado, penso que nem todo e qualquer problema deva passar pelo filtro administrativo, antes de chegar ao Poder Judiciário. Isso porque o fator tempo, em alguns casos, tem uma relevância mais preponderante e urgente. A meu sentir, sempre que houver o risco de perecimento de direito, estará o consumidor autorizado a ingressar diretamente em juízo, sem ter de passar pela via administrativa.

A doutrina pátria tem se manifestado positivamente acerca da necessidade de se reinterpretar o interesse de agir, bem como em não se atribuir caráter absoluto ao princípio da inafastabilidade da jurisdição. Começo com o escólio de Marco Antônio Rodrigues:

"[d]essa forma, caso ajuizada uma ação que veicule pretensão que pode ser submetida a algum desses mecanismos, como é o caso das relações de consumo, deve o autor demonstrar que buscou a plataforma consumidor.gov.br e não teve êxito em prazo razoável, para que fique caracterizado seu interesse de agir.
Registre-se que a busca do meio on-line que seja mais econômico, rápido e eficiente demonstra, outrossim, a própria boa-fé do demandante, que não está se valendo do direito de acesso ao Judiciário abusivamente. Nessa linha, cabe lembrar que o abuso do direito é uma das condutas que caracterizam a ausência de boa-fé.
Assim sendo, caso a ação seja proposta sem a prévia tentativa de solução on-line, a medida judicial mais adequada à hipótese será a suspensão do processo, para que a parte comprove que já foi à plataforma ou, caso ainda não o tenha feito, para que vá até tal sistema.
Nas relações de consumo, importante salientar que há Tribunais que regulamentaram a necessidade de acesso prévio à plataforma consumidor.gov.br, como é o caso do Tribunal de Justiça do Maranhão. De outro lado, houve decisões de juízos pelo país que entenderam pela extinção do processo sem resolução de mérito, em virtude da falta de interesse, decorrente da ausência de uso prévio da plataforma" (Acesso à justiça, resolução on-line de conflitos e interesse de agir. Revista de Processo, vol. 314. ano 46. p. 39-53. São Paulo: RT, abril/2021, item 3).

Nesta mesma linha, nas palavras de Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Jorge Luis da Costa Silva:

"[...] o intérprete não se pode perder no mundo jurídico, desconectando-se da realidade e das

consequências práticas de sua atuação. De fato, ao levar em consideração o contexto do Poder Judiciário e a escassez de recursos -humanos, materiais e tecnológicos - para fazer frente às demandas previdenciárias, o Ministro Barroso procurou viabilizara promessa de uma prestação jurisdicional atenta à realidade que existe fora dos Tribunais" (Acesso à Justiça e necessidade de prévio requerimento administrativo: o interesse como condição da ação - comentários ao recurso extraordinário n. 631.240, de relatoria do ministro Luís Roberto Barroso. Revista Eletrônica de Direito Processual, Ano 14. Volume 21. Número 3. Rio de Janeiro: UERJ, set.-dez./2020, p. 23).

Defendendo o culto exagerado de um princípio, e ponderando a ideia de se analisar o resultado útil que pode ser obtido com a medida que aqui se pretende adotar, confira-se:

"[u]ma proposta teórica que concilie a necessidade de prévio esgotamento - ou ao menos provocação - da via administrativa para demandar em juízo aparenta guardar mais coerência, por não menosprezar nenhum desses dois canais para a defesa de direitos, se colocadas em comparação, além de melhor equilibrar as considerações de ordem institucionais.
Como se vê, a revisibilidade judicial de atos administrativos das agências e de órgãos públicos, salvantes estritas exceções, não está condicionada ao esgotamento das instâncias administrativas. Portanto, é lícito supor que a noção de interesse processual deva ser reconfigurada, de modo a permitir que considerações adicionais sobre o tema possam ser ponderadas.
Parece que a discussão deve se afastar da perspectiva centrada primordialmente na sobrevalorização de direito fundamental, de modo a considerar, não apenas o resultado útil alcançado pela máquina judiciária em relação a um único caso (ou a um grupo de casos), mas também os resultados sistêmicos (perspectiva global ou sistêmica)" (Antonio Guimarães Sepulveda, Igor de Lazari Barbosa Carneiro e Carlos Bolonha. Esgotamento administrativo e interesse de agir no Processo Civil. Revista dos Tribunais, vol. 1062. São Paulo: RT, Abr./2024, item 2).

Trabalhando a diferenciação entre acesso à Justiça e inafastabilidade da jurisdição, vejamos o escólio de Magno Federici Gomes, Ana Luiza Novais Cabral e Sidiney Duarte Ribeiro:

"[é] necessário destacar que a garantia constitucional de acesso à justiça não pode ser considerada um sinônimo do princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário (NASCIMENTO Jr., 2017, p. 268). O acesso à justiça não deve servir para justificar processos absolutamente desnecessários, com pouca expressão pecuniária e que poderiam ser facilmente solucionados sem a movimentação do Poder Judiciário. Por isso, a 'desjudicialização' - a possibilidade de resolução de conflitos em ambientes que não envolvam o Poder Judiciário - e o estímulo a soluções consensuais de conflitos entre as partes são tão relevantes no cenário brasileiro atual" (As Plataformas de Resoluções Online de Conflitos: Novos Paradigmas para a "Desjudicialização" de Litígios no Brasil. Revistas Magister de Direito Civil e Processual Civil, vol. 103 - Jul/Ago 2021, item 1).

Seguindo essa mesma linha de raciocínio, mas com um viés um pouco diferente, confira-se o posicionamento de Ana Flávia Borges Paulino e Joel Ilan Paciornik:

"[p]elo princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, homenageado pelo art. 5º, XXXV, da Constituição da República de 1988, nenhuma lesão ou ameaça de lesão poderá ser afastada da apreciação pelo Poder Judiciário. No entanto, podemos ponderar, diante do exposto, que o limite desta análise a ser realizada pelo Poder Judiciário acerca da solução de conflitos oriundos da aplicação de norma administrativa, oriunda das Agências Reguladoras, deve se pautar pelo exame do real interesse de agir da parte, considerando que o mérito julgado se aperfeiçoou mediante verificação criteriosa e especializada já realizada pelo ente regulatório" (A necessidade da valorização da solução de conflito na esfera administrativa como mecanismo de análise do interesse de agir. REJuriSTJ, ano. 2, n. 2. Brasília: STJ, dez./2021, p. 54).

Na jurisprudência também é possível verificar, já se tem alguns anos, o surgimento e a aplicação do referido tema. O mais emblemático deles deve ser o Tema n. 350 do STF, em que se fixou a seguinte tese:

"I - A concessão de benefícios previdenciários depende de requerimento do interessado, não se caracterizando ameaça ou lesão a direito antes de sua apreciação e indeferimento pelo INSS, ou se excedido o prazo legal para sua análise. É bem de ver, no entanto, que a exigência de prévio requerimento não se confunde com o exaurimento das vias administrativas; II - A exigência de prévio

requerimento administrativo não deve prevalecer quando o entendimento da Administração for notória e reiteradamente contrário à postulação do segurado; III - Na hipótese de pretensão de revisão, restabelecimento ou manutenção de benefício anteriormente concedido, considerando que o INSS tem o dever legal de conceder a prestação mais vantajosa possível, o pedido poderá ser formulado diretamente em juízo - salvo se depender da análise de matéria de fato ainda não levada ao conhecimento da Administração -, uma vez que, nesses casos, a conduta do INSS já configura o não acolhimento ao menos tácito da pretensão; IV - Nas ações ajuizadas antes da conclusão do julgamento do RE 631.240/MG (03/09/2014) que não tenham sido instruídas por prova do prévio requerimento administrativo, nas hipóteses em que exigível, será observado o seguinte: (a) caso a ação tenha sido ajuizada no âmbito de Juizado Itinerante, a ausência de anterior pedido administrativo não deverá implicar a extinção do feito; (b) caso o INSS já tenha apresentado contestação de mérito, está caracterizado o interesse em agir pela resistência à pretensão; e (c) as demais ações que não se enquadrem nos itens (a) e (b) serão sobrestadas e baixadas ao juiz de primeiro grau, que deverá intimar o autor a dar entrada no pedido administrativo em até 30 dias, sob pena de extinção do processo por falta de interesse em agir. Comprovada a postulação administrativa, o juiz intimará o INSS para se manifestar acerca do pedido em até 90 dias. Se o pedido for acolhido administrativamente ou não puder ter o seu mérito analisado devido a razões imputáveis ao próprio requerente, extingue-se a ação. Do contrário, estará caracterizado o interesse em agir e o feito deverá prosseguir; V - Em todos os casos acima - itens (a), (b) e (c) -, tanto a análise administrativa quanto a judicial deverão levar em conta a data do início da ação como data de entrada do requerimento, para todos os efeitos legais".

Sem embargo das incontestes autoridades doutrinárias que possuem entendimento e interpretação diversos acerca da ratio decidendi deste precedente, penso que o ponto relevante, aqui, não é a discussão sobre direito potestativo vs. pretensão, ou, então, direito público vs. direito privado. A meu sentir, o grande passo dado pelo STF foi o de se exigir que o interessado na prestação jurisdicional tenha de tentar, antes de ingressar em juízo, a obtenção da tutela pretendida na via administrativa, pouco importando qual seja a natureza da relação jurídica. O STF afirmou que se deve buscar a via administrativa, entretanto, não é preciso esgotá-la, ou seja, o tempo é um fator preponderante, já que o interessado não precisa aguardar prazos demasiadamente longos de resposta. Em suma, o STF teve a sensibilidade de perceber que não é razoável estar em juízo sem que haja pretensão resistida. Esse, sim, a meu sentir, é o fundamento determinante do referido precedente, data venia.
É claro que é preciso lembrar, também, da ADI n. 2139/DF, julgada alguns anos depois do Tema n. 350, cuja ementa está nos seguintes termos:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. §§ 1º A 4º DO ART. 625-D DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO - CLT, ACRESCIDO PELA LEI N. 9.958, DE 12.1.2000. COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA - CCP. SUPOSTA OBRIGATORIEDADE DE ANTECEDENTE SUBMISSÃO DO PLEITO TRABALHISTA À COMISSÃO PARA POSTERIOR AJUIZAMENTO DE RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. INTERPRETAÇÃO PELA QUAL SE PERMITE A SUBMISSÃO FACULTATIVAMENTE. GARANTIA DO ACESSO À JUSTIÇA. INC. XXXV DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. AÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE PARA DAR INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO AOS §§ 1º A 4º DO ART. 652-D DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO - CLT.
1. O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido, em obediência ao inc. XXXV do art. 5º da Constituição da República, a desnecessidade de prévio cumprimento de requisitos desproporcionais ou inviabilizadores da submissão de pleito ao Poder Judiciário. 2. Contraria a Constituição interpretação do previsto no art. 625-D e parágrafos da Consolidação das Leis do Trabalho pelo qual se reconhecesse a submissão da pretensão à Comissão de Conciliação Prévia como requisito para ajuizamento de reclamação trabalhista. Interpretação conforme a Constituição da norma. 3. Art. 625-D e parágrafos da Consolidação das Leis do Trabalhos: a legitimidade desse meio alternativo de resolução de conflitos baseia-se na consensualidade, sendo importante instrumento para o acesso à ordem jurídica justa, devendo ser estimulada, não consubstanciando, todavia, requisito essencial para o ajuizamento de reclamações trabalhistas. 4. Ação direta de inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente para dar interpretação conforme a Constituição aos §§ 1º a 4º do art. 625-D da Consolidação das Leis do Trabalho, no sentido de assentar que a Comissão de Conciliação Prévia constitui meio legítimo, mas não obrigatório de solução de conflitos, permanecendo o acesso à Justiça resguardado para todos os que venham a ajuizar demanda diretamente ao órgão judiciário competente".

Não considero que tenha ocorrido superação implícita (implied overruling) do Tema n. 350. O que há, a meu ver, é a ocorrência de distinção entre um e outro procedimento. No Tema n. 350, decidiu-se pela constitucionalidade da obrigatoriedade do prévio requerimento administrativo junto à parte contrária.

Simples assim. Já na ADI n. 2139/DF decidiu-se pela inconstitucionalidade de se impor, ao empregado, a submissão da sua pretensão a uma Comissão de Conciliação Prévia. O ponto em comum, nos dois feitos, é a exigência de o interessado ter de passar por uma etapa prévia antes de distribuir a sua exordial no Poder Judiciário. O ponto de distinção entre ambos é justamente a complexidade da etapa prévia. Num primeiro caso, o contato é apenas entre as partes. Já no segundo caso, entra na relação jurídica de direito material um terceiro (Comissão de Conciliação Prévia).

No âmbito do STJ, recordo que a interlocução entre interesse de agir e prévio requerimento administrativo existe, como, por exemplo, no Tema n. 42: "[f]alta ao autor interesse de agir para a ação em que postula a obtenção de documentos com dados societários, se não logra demonstrar haver apresentado requerimento formal à ré nesse sentido".

A propósito, essa temática não é nova no STJ, como se pode depreender dos julgados abaixo:

"AÇÃO DE INDENIZAÇÃO DE SEGURO DE VIDA EM GRUPO - PRESCRIÇÃO ÂNUA - TERMO INICIAL - CIÊNCIA INEQUÍVOCA DA INCAPACIDADE - PAGAMENTO EFETUADO PELA SEGURADORA.
I - Se a empresa efetuou o pagamento do seguro pleiteado pelo segurado, não pode alegar, posteriormente, em ação que visa discutir os valores recebidos, ter ocorrido a prescrição. O interesse de agir do segurado só surge quando a empresa lhe nega o pagamento pretendido ou paga quantia considerada insuficiente.
II - Em se tratando de incapacidade resultante da submissão diária a ambiente insalubre e a fatores que se alongam no tempo, somente a partir da ciência inequívoca de tal incapacidade é que se inicia o prazo prescricional ânuo.
III - Recurso Especial conhecido e provido" (REsp n. 159.920/SP, relator Ministro Waldemar Zveiter, Terceira Turma, julgado em 9/2/1999, DJ de 12/4/1999, p. 146)

"CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. SEGURO. SINISTRO. AVISO À SEGURADORA. INTERESSE DE AGIR. AUSÊNCIA, SALVO SE HOUVER OPOSIÇÃO DA SEGURADORA AO PEDIDO DE INDENIZAÇÃO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA. PRESCRIÇÃO. PRAZO. CONTAGEM.
1. O comando do art. 1.457 do CC/16, cuja essência foi mantida pelo art. 771 do CC/02, não autoriza a seguradora a recusar o pagamento da indenização pelo simples fato de o segurado não ter comunicado o sinistro. A obrigação de informar a seguradora do sinistro "logo que o saiba" desaparece desde que se torne supérfluo qualquer aviso, pela notoriedade do fato ou quando, pela espécie de seguro, não tenha a seguradora interesse algum em ser avisada imediatamente da ocorrência.
2. Ausente o prévio comunicado de sinistro à seguradora, o segurado em princípio não tem interesse no ajuizamento da ação de cobrança, ante a ausência de pretensão resistida.
3. Ainda que não haja prévio comunicado à seguradora acerca da ocorrência do sinistro, eventual oposição desta ao pedido de indenização deixa clara sua resistência frente à pretensão do segurado, demonstrando a presença do interesse de agir.
4. Nem sempre a resposta da seguradora implicará impugnação ao pedido de pagamento. Poderá, por exemplo, reconhecer o seu dever de indenizar ou simplesmente alertar para a ausência de prévia solicitação administrativa, hipóteses em que, a rigor, caberá a extinção do processo sem o julgamento do mérito, por ausência de interesse de agir.
5. Constitui entendimento assente desta Corte, consolidado nos enunciados n. 101, 229 e 278 da Súmula/STJ, que a ação do segurado em grupo contra a seguradora prescreve em um ano, contado da data em que tiver conhecimento inequívoco da sua incapacidade laboral, sendo que o pedido de indenização formulado à seguradora suspende o referido prazo, até que o segurado tenha ciência da respectiva decisão.
6. A caracterização da ciência inequívoca do segurado acerca da sua incapacidade laboral se dá, em regra, com a sua aposentadoria por invalidez ou por meio da perícia médica que a autoriza. Precedentes.
7. Recurso especial provido" (REsp n. 1.137.113/SC, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 13/3/2012, DJe de 22/3/2012).

Assim sendo, reconheço que o tema é bastante complexo, mas fico feliz que estamos tendo a oportunidade de debatê-lo, neste IRDR, que, repito, está sendo muito bem conduzido pelo Relator, o desembargador José Marcos Rodrigues Vieira.

Registro, neste instante, que assisti, presencialmente, a audiência pública que foi presidida pelo Relator, no dia 23/5/2024, no plenário deste TJMG. Nos últimos dias, pude assisti-la novamente pelo YouTube (https://www.youtube.com/live/fkKhiLYSh6s?t=329s) e tenho algumas considerações a tecer acerca das sustentações orais de algumas das entidades imparciais, ou seja, não irei me manifestar, direta e expressamente, sobre aquilo que as entidades de defesa dos consumidores e dos fornecedores

pronunciaram (assim já fiz e o farei em outras passagens do meu voto). Penso que esse contraditório efetivo e aprofundado, primordialmente num IRDR (assim como em IAC, recursos repetitivos e nos de repercussão geral, já que a arguição de relevância ainda não foi regulamentada), é muito relevante e apropriado. Antes de iniciar, faço questão de cumprimentar e parabenizar todos os advogados que tão bem sustentaram as suas razões naquele dia. Foi um debate muito rico do ponto de vista jurídico.

Sobre a sustentação oral da Professora Doutora Renata Christiana Vieira Maia (1h33min10s a 1h41min), representando a Divisão de Assistência Judiciária da Faculdade de Direito da UFMG, trago as seguintes considerações:

(i) Reconheço e concordo que muitos consumidores possuem vulnerabilidade técnica, fática e jurídica, no entanto, isso em nada muda a possibilidade de entrarem em contato com os fornecedores, antes do ajuizamento de ações judiciais, para verificar a possibilidade de resolver a questão extrajudicialmente. É raro o consumidor que busca o auxílio de advogado para a celebração de contrato. Seguindo essa lógica, se a sua vulnerabilidade não lhe impede de contratar, também não deveria ser empecilho para tentar resolver incumprimentos do contrato perante o fornecedor.

(ii) Os meios de solução de controvérsias coexistem uns com os outros, todavia, cada um tem as suas particularidades. Na arbitragem, por exemplo, o custo é bastante elevado, mas permite que o caso seja julgado por especialista na área escolhido pelas partes. No Poder Judiciário, por outro lado, há a possibilidade de se litigar sob o pálio da gratuidade da justiça, contudo, o magistrado responsável pelo caso será sorteado entre os vários competentes para tanto.

(iii) Respondendo às bem lançadas perguntas, penso que: (1) o não cumprimento da condição pré-processual deveria levar à suspensão do processo. Apesar da inexistência de regramento específico no art. 313 do CPC, considero que tal medida poderia ser embasada, v.g., nos arts. 139, V, 140 e 321 do CPC; (2) não seria preciso sessão de conciliação/mediação. Um contato telefônico, por e-mail ou por meio das plataformas digitais mais conhecidas (Consumidor.gov e Reclame Aqui) seria suficiente; (3) não há prazo para a realização desses atos. O consumidor, obviamente, deve proceder dentro do prazo prescricional. O fornecedor deve responder o mais rápido possível. Penso que o prazo de cinco dias úteis, para o fornecedor, é mais do que suficiente; (4) valeria para qualquer direito do consumidor, salvo se houver risco iminente de perecimento de direito; (5) o prazo prescricional ficaria suspenso entre os dias da comunicação do consumidor e da resposta do fornecedor. Essa é a lógica que se extrai do enunciado de Súmula n. 229 do STJ; (6) a tutela provisória antecedente poderia ser manejada, sem a tomada da medida pré-processual em apreço, desde que houvesse risco iminente de perecimento de direito.

(iv) Confesso que não compreendo a insistência de se afirmar que uma medida como a que se está avaliando, no âmbito deste IRDR, não poderia ser tomada neste momento, pois seria preciso uma maior participação da sociedade, especialmente dos mais vulneráveis. Ora, na audiência pública foi facilmente perceptível que várias entidades se posicionaram em favor dos consumidores, inclusive a Divisão de Assistência Judiciária da Faculdade de Direito da UFMG. A questão está suficientemente madura para ser julgada por esta Segunda Seção Cível do TJMG.

Sobre a sustentação oral do Professor Doutor Marcelo Veiga Franco (2h02min14s a 2h11min50s), representando a Faculdade de Direito Milton Campos, faço as seguintes observações:

(i) Não considero que exista vício de constitucionalidade do ponto de vista formal. Sei que compete à União legislar sobre direito processual civil, porém, a tese proposta, se aprovada, não estará legislando, mas, tão somente, conceituando e interpretando termos jurídicos, tais como: interesse de agir, ameaça e lesão a direito. Trata-se de prática comum dos nossos tribunais. Apenas a título exemplificativo, recordo que o STF e o STJ não criaram (não legislaram) a figura do pré-questionamento. Esse filtro recursal surgiu por interpretação da expressão "causa decidida" do texto constitucional. Não há de se falar, portanto, em inconstitucionalidade formal subjetiva, porque o TJMG não pretende legislar, mas, reitero, apenas conceituar e interpretar alguns termos técnicos e, por conseguinte, fixar uma tese jurídica em IRDR.

(ii) Com relação à necessidade de se adequar a tese a ser firmada neste IRDR com a ratio decidendi da ADI n. 2139 do STF, qual seja, a da consensualidade dos meios adequados de solução de conflitos, sem dúvida alguma, o consenso é um pilar básico dos meios adequados de solução de controvérsia, no entanto, tenho que o ponto que mais deve ser destacado, no julgado da Suprema Corte, é o de que os dispositivos da CLT (arts. 625-A a 625-H) se referiam à obrigatoriedade de o empregado se submeter a sessão de conciliação perante uma Comissão de Conciliação Prévia, com representantes dos empregadores e dos empregados. Era um procedimento totalmente diferente do que o pretendido neste IRDR, destacadamente porque há terceiros envolvidos e com um grau bem maior de

complexidade. Não há, pois, como compará-los.
(iii) No tocante ao dever de se distinguir o presente IRDR do Tema n. 350 do STF, no qual se discutia direito potestativo em relação de direito público, e, naquele, pretensão condenatória em relação de direito privado, penso, com a devida vênia, que não se pode, diante dessas diferenças, pretender que os desfechos também sejam díspares. O que o STF fez foi exigir que o cidadão tentasse resolver a sua questão, na via administrativa, antes de bater nas portas do Poder Judiciário. Ora, qual é o problema nisso? A meu ver, não há nada de errado nisso; nada de errado mesmo.
(iv) A adoção de requisito para acionar o Poder Judiciário, especialmente um tão singelo quanto este em discussão, não pode ser visto como uma limitação ao acesso à Justiça. Não se está limitando direitos, mas reforçando que é preciso que, de fato, exista uma lide para se ingressar em juízo. Essa etapa prévia não faz com que o Judiciário seja um método secundário de resolução de disputas. Faz, como já afirmei, que realmente cheguem lides bem definidas ao Poder Judiciário.
(v) Ao contrário do que foi sustentado, não me afigura que a criação dessa condicionante desestimulará o consumidor a buscar a solução para o seu problema. Não posso fazer esse juízo de valor porque não tenho elementos científicos para tanto. O que posso afirmar, todavia, é que o consumidor não está obrigado a percorrer esse caminho sozinho, podendo contratar advogado para tanto. Não posso, igualmente, cravar que o consumidor estará susceptível a realizar maus acordos. Uma vez mais, não posso fazer tal juízo de valor porque não tenho elementos científicos em meu poder.
(vi) Quanto à afirmação de que "a busca por uma litigância responsável não perpassa pelo fechamento da porta do Poder Judiciário, mas por uma postura mais ativa e menos conivente do Poder Judiciário na coibição de condutas que violam a boa-fé processual ou de um exercício abusivo do direito de ação, como nas ações envolvendo o chamado assédio processual", tenho duas considerações. Primeiro, os Tribunais de Justiça de todo o país têm tentado coibir as chamadas ações predatórias. Segundo, o Conselho Federal da OAB, no dia 24/9/2024, lançou uma cartilha, com 20 mandamentos, "pelo amplo acesso à Justiça e contra a criminalização da advocacia". O seu primeiro mandamento já deixa consignado que "[a] expressão 'Litigância Predatória' não é prevista em legislação federal e não autoriza que o Juiz, com base neste termo, adote providências cautelares atípicas contra o direito de ação das partes, tampouco contra advogados". Vê-se, pois, que a ideia sugerida na tribuna não contará, ao que tudo indica, com o apoio da OAB.
(vii) Por derradeiro, em relação ao questionamento formulado sobre a quem interessa a criação de obstáculo à jurisdição estatal, creio que se trata de medida de interesse da sociedade brasileira, uma vez que tentaremos, com isso, reduzir o número de demandas. Um Judiciário mais célere interessa, salvo melhor juízo, às pessoas de bem, que poderão obter a tutela jurisdicional, com qualidade, de forma mais célere e sem dilações indevidas. Por óbvio, concordo que as grandes empresas fazem análise econômica do custo dos processos, e que está tudo muito bem calculado, no entanto, a diminuição do número de feitos em trâmite pode, em médio ou longo prazo, trazer benefícios para a sociedade brasileira.
(viii) Ao contrário do que foi afirmado, penso que o Poder Judiciário deve buscar reduzir, sim, o seu acervo. Essa, inclusive, é uma das metas que o CNJ impõe aos juízos de primeiro e segundo graus de jurisdição, isto é, julgar mais ações, em um ano, do que as que são distribuídas no mesmo período.
(ix) O Poder Judiciário nunca fecha os olhos para violações sofridas pelos consumidores. E também não fecha os olhos para quaisquer violações de direito. As demandas são sempre julgadas, nos termos da lei, e com base nas alegações e provas produzidas nos autos. Todos podem estar certos de que a deusa Têmis possui uma venda nos olhos por outro motivo, bem diferente do que foi afirmado da tribuna.

Sobre a sustentação oral do Professor Doutor Fernando Gonzaga Jayme (2h12min20s a 2h22min28s), representando a Faculdade de Direito da UFMG, inicio lembrando que a liberdade, muito cara a todos nós, exige responsabilidade ao ser exercida. Dito isso, indago: é responsável o acesso à jurisdição sem que exista pretensão resistida? Outros pontos que chamaram a minha atenção:

(i) A Resolução n. 125 do CNJ, assim como a audiência de conciliação/mediação do art. 334 do CPC, não conflitam, em nada, com a obrigatoriedade de o consumidor ter de entrar em contato com o fornecedor, com o intuito de tentar dirimir a questão, antes de buscar a tutela jurisdicional.
(ii) Os pequenos fornecedores, evidentemente, deverão ser acionados extrajudicialmente pelo consumidor. Caso não exista um SAC, certamente existirá e-mail, Whatsapp, notificação extrajudicial ou mesmo uma carta entregue mediante protocolo. Não haverá, pois, qualquer situação discriminatória entre grandes e pequenos empresários, isto é, todos deverão ser procurados, pelo consumidor, antes que ele queira entrar em juízo.
(iii) Qual o problema em exigir que o consumidor entre em negociação com o SAC das grandes

empresas, mesmo que seja com o emprego de inteligência artificial, para dirimir a sua reclamação? Ora, não podemos nos esquecer de que a vulnerabilidade do consumidor não o impediu de realizar o contrato, correto? Logo, se o consumidor, mesmo vulnerável, pode livremente contratar, porque é que ele não pode reclamar ou distratar?
(iv) Exigir que o consumidor tente resolver a sua contenda extrajudicialmente, antes de ingressar com a sua ação em juízo, não retira o caráter protetivo do Código de Defesa do Consumidor. Ele não será revogado e não estará sendo inobservado.
(v) Não me parece que os arts. 1(1), 8(1) e 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de São Jose da Costa Rica (Decreto n. 678, de 06/11/1992) seriam violados caso fosse fixada a tese acerca da obrigatoriedade de o consumidor buscar solução extrajudicial junto ao fornecedor. Como já disse antes, a referida imposição não fere qualquer direito do consumidor, não lhe acarreta ônus financeiro e, no final das contas, a realização de acordo depende da vontade de ambas as partes.
(vi) No tocante aos dados estatísticos do World Justice Project, que analisa o acesso à justiça civil no mundo, que colocam o Brasil na posição de 84º lugar, num ranking com 132 países, certamente não tenho como me manifestar porque não conheço o referido projeto e muito menos a metodologia de pesquisa utilizada. Entretanto, causa estranheza, pois sei que, no Brasil, a gratuidade da justiça é facilmente concedida e a assistência jurídica é bastante farta, haja vista a existência de Defensoria Pública, advocacia dativa e núcleos de prática jurídica das faculdades de Direito; sem falar na enorme oferta de mão de obra, na iniciativa privada, por conta do gigantesco número de faculdades espalhadas pelo país.
(vii) Acolher a tese do presente IRDR, data venia, não implica aumentar o déficit de acesso à Justiça, uma vez que o consumidor, ficando insatisfeito com a proposta de solução da disputa, poderá ingressar em juízo imediatamente. O direito de acesso à Justiça permanece intacto, e o atraso de dias ou horas não representa violação dessa importante garantia constitucional.

Sobre a sustentação oral da Professora Doutora Suzana Santi Cremasco (2h22min50s a 2h32min32s), representando o Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), teço as seguintes considerações:

(i) Concordo que "o interesse de agir se materializa sempre que a parte lesada afirma a sua existência dentro do processo". Dito isso, indago: está realmente configurada a lesão do consumidor que sequer tentou dirimir a sua contenda diretamente com o fornecedor? Com todo o respeito, parece-me que não.
(ii) Partindo-se da premissa de que o Poder Judiciário está dentro do sistema multiportas, que busca sempre a garantia de acesso, tenho que a adoção da tese de se determinar que o consumidor busque a solução da questão diretamente com o fornecedor não traz qualquer prejuízo a ele. Lembremo-nos de que a criação desse requisito visa, em última instância, a evitar que ações desnecessárias desaguem no Poder Judiciário. A diminuição do volume quantitativo permitirá o incremento qualitativo de suas decisões e, quiçá, maior celeridade no julgamento dos feitos. Não se está, pois, impedindo o acesso ao Judiciário, mas, tão somente, criando um leve filtro de acesso.
(iii) Estou ciente de que a regra geral para a adoção de meios adequados de solução de controvérsias tem, como um de seus pilares mais importantes, a consensualidade. Todavia, há no nosso Direito a possibilidade de se impor certas medidas, como, por exemplo, a própria audiência de conciliação/mediação do art. 334 do CPC, que acontecerá apesar da manifestação contrária de uma das partes. Não nos esqueçamos que a exigência de se buscar contato diretamente com o fornecedor tem como objetivo saber se, de fato, existe pretensão resistida de uma das partes, bem como a sua extensão. Isso, no final das contas, refletirá na sucumbência, caso seja preciso o ajuizamento de ação judicial. É claro que a adoção dessa condicionante, por meio de lei, seria mais apropriada, contudo, tenho que seja perfeitamente plausível a fixação da referida tese em decorrência da interpretação do sentido de ameaça, lesão a direito e interesse, que estão presentes nos arts. 3º e 17 do CPC. Isso, sem falar, no clássico conceito doutrinário de lide: conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida.
(iv) No que diz respeito à grande massa de vulneráveis que temos no Brasil, e que poderá ser prejudicada com a adoção da regra, peço vênia para discordar pelas razões já expostas. Em resumo, se o consumidor vulnerável, com formação básica, sabe contratar, então é razoável supor que ele consiga compreender a violação de um direito e pleiteie, extrajudicialmente, a sua solução. Ou, pelo menos, não faça um acordo que lhe seja prejudicial. Além disso, recordo que o legislador deu poderes muito maiores que esse às pessoas naturais ao permitir o ingresso em juízo sem a presença de advogado, que é o que ocorre no âmbito dos Juizados Especiais. E, por falar em advogado, consigno que o consumidor pode contratar advogado para tomar essa providência extrajudicial. Certamente é um nicho que pode vir a surgir e inclusive ser rentável, haja vista a possível e rápida resolução de questões consumeristas.

Feitas essas breves considerações sobre as sustentações orais de algumas das entidades públicas que intervieram como amici curiae, afirmo que ficou bastante claro, para mim, a inexistência de qualquer tipo de prejuízo, para os consumidores, caso a tese de criação de condição pré-processual seja aprovada neste IRDR. E os contornos e detalhes da medida já foram por mim traçados.

Eminentes pares: penso que estamos vivendo um momento importante na história não só deste Tribunal de Justiça, mas do Poder Judiciário brasileiro. Nós temos a oportunidade de contribuir para a mudança da cultura do brasileiro. Não é possível que as pessoas (naturais, jurídicas ou despersonalizadas) continuem com esse hábito de, diante de qualquer controvérsia jurídica, ir direto ao Judiciário, sem sequer tentar dirimir a questão diretamente junto à parte contrária. Reitero o que afirmei anteriormente: ingressar em juízo, sem uma lide concreta, é errado.

Senhores desembargadores, Vossas Excelências se lembram de quando o Código de Trânsito Brasileiro, no ano de 1997, tornou obrigatório o uso do cinto de segurança? Vossas Excelências se recordam de como as pessoas reclamaram? Para os que possam ter esquecido, confira-se a reportagem no link a seguir: https://www.youtube.com/watch?v=wVrLZatAlec (acesso em 03/10/2024). Há muitos anos, o uso do cinto de segurança se tornou um hábito na vida de quase todos, e chega a causar estranhamento ou incômodo quando nos esquecemos de colocá-lo.

Enfim, com essas considerações, tenho que é necessário, no presente momento, acolhermos o IRDR e fixarmos uma tese em que se crie essa condição pré-processual. Além de não existir qualquer tipo de prejuízo para o consumidor (seja financeiro ou temporal), poderá ser um ganho para o Poder Judiciário. Não sei se isso impactará positiva ou negativamente os fornecedores, todavia, isso não me parece ser algo relevante para o presente caso. Estou pensando no que é tecnicamente mais adequado dentro do ordenamento processual civil-consumerista brasileiro.

Concluindo, renovo vênia ao Relator para não acolher a tese proposta por Sua Excelência. Por conseguinte, proponho a adoção da tese jurídica que se segue:

(i) É carecedor de ação, por ausência de interesse de agir, o consumidor que não tenta dirimir a sua controvérsia extrajudicialmente, seja diretamente com o fornecedor, seja por meio do uso de plataformas digitais. (ii) Caso seja ajuizada a ação, sem a comprovação de tentativa de resolução do problema perante o fornecedor, deverá o juiz suspender a ação, pelo prazo de 30 dias, com a determinação de que se comprove o prévio requerimento administrativo, sob pena de extinção do processo, com base no art. 485, VI, do CPC. (iii) Serão considerados meios de prova para tanto, entre outros: protocolo de atendimento de ligação telefônica, correspondência enviada por escrito (e-mail, notificação extrajudicial, carta protocolizada diretamente junto ao fornecedor ou mensagem de whatsapp), contato por meio de plataformas digitais (como os sites consumidor.gov.br e Reclame Aqui) ou o PROCON. (iv) O fornecedor terá o prazo de 10 (dez) dias úteis para apresentar resposta definitiva ao consumidor. (v) Havendo risco iminente de perecimento de direito, estará o consumidor dispensado de buscar a solução de sua controvérsia extrajudicialmente. (vi) Serão consideradas situações de risco iminente de perecimento de direito aquelas em que existir ameaça à saúde do consumidor ou quando os prazos prescricionais, decadenciais ou de garantia contratual estiverem perto do seu termo final. (vii) Também será considerada situação de risco iminente de perecimento de direito quando o cumprimento da obrigação tiver que ocorrer em prazo inferior ao de resposta do fornecedor (10 dias). (viii) O prazo prescricional permanecerá suspenso no período compreendido entre a data da apresentação da reclamação pelo consumidor e a resposta do fornecedor. (ix) No tocante à modulação de efeitos para as ações ajuizadas antes deste IRDR, em que há contestação, tem-se por configurado o interesse de agir diante da pretensão resistida. Já nas ações em que não há contestação, deverá o juiz suspender o feito e intimar o autor para que supra o vício no prazo de 30 dias, sob pena de extinção. Se o pedido for acolhido administrativamente ou não puder ter o seu mérito analisado devido a razões imputáveis ao próprio consumidor, extinguir-se-á a ação. Do contrário, estará qualificado o interesse em agir e o procedimento deverá prosseguir.

DES. MARCELO PEREIRA DA SILVA

Inicialmente, no que concerne às preliminares de inadmissibilidade do incidente e nulidade processual por ausência de intimação da Defensoria Pública, acompanho o eminente Relator, Desembargador José Marcos Rodrigues Vieira, para rejeitá-las.

Quanto ao mérito do incidente, peço venia ao ilustre Relator para acompanhar integralmente a divergência instaurada pelo eminente 5º Vogal, Desembargador Leonardo de Faria Beraldo, por entender como escorreito o estabelecimento de uma condição pré-processual - o prévio requerimento administrativo - como requisito para o ingresso dos consumidores em juízo.

É oportuno ponderar que as teses fixadas pelo eminente 5º Vogal, Desembargador Leonardo de Faria Beraldo, consideram como prova da tentativa de solução administrativa o número de protocolo de

atendimento de ligação telefônica, bem como mensagens de WhatsApp enviadas ao fornecedor, o que facilita a defesa dos interesses dos consumidores (art. 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor), razão pela qual adiro às respectivas teses.

DES. LÚCIO EDUARDO DE BRITO

Acompanho o Douto Relator, Desembargador José Marcos Rodrigues Vieira, quanto à rejeição das preliminares.

No mérito, peço venia ao D. Relator para aderir, na integralidade, a divergência apresentada pela Eminente Desembargadora Lilian Maciel.

Coaduno com a compreensão externada pela Vogal, no sentido de que a efetivação de direitos do cidadão não pode se restringir unicamente à tutela dos direitos por meio do Poder Judiciário, também podendo ser promovida a tentativa de solução do conflito por vias extrajudiciais, especialmente no âmbito de se averiguar o interesse de agir como requisito legal mínimo para a provocação da função jurisdicional.

Sabe-se que o interesse de agir se consubstancia na verificação do binômio necessidade/adequação. O provimento jurisdicional deve se afigurar necessário à solução da crise de direito material submetida a juízo. Ademais, o acesso às vias judiciais deve ser útil para a prestação jurisdicional que se pleiteia. Sobre o tema, Daniel Amorim Assumpção Neves afirma que:

"[...] A ideia de interesse de agir, também, chamado de interesse processual, está intimamente associada à utilidade da prestação jurisdicional que se pretende obter com a movimentação da máquina jurisdicional. Cabe ao autor demonstrar que o provimento jurisdicional pretendido será capaz de lhe proporcionar uma melhora em sua situação fática, o que será o suficiente para justificar o tempo, a energia e o dinheiro que serão gastos pelo Poder Judiciário na resolução da demanda. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil Comentado. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 74)".

Sobrelevo a percepção de que permitir o ingresso direto no Judiciário sem o prévio requerimento na via administrativa contribui significativamente para o congestionamento desnecessário do sistema de justiça com ações que poderiam ser resolvidas de maneira mais rápida e eficiente na esfera administrativa. A exigência do prévio requerimento contribui, assim, para o equilíbrio entre o direito de acesso à justiça e a necessidade de preservar a celeridade e eficiência dos serviços jurisdicionais, evitando-se o acúmulo de processos que, por sua natureza, não deveriam necessitar da intervenção judicial.

Ressalto, ademais, que a exigência de prévio requerimento não se confunde com o exaurimento das vias administrativas.

Destarte, compartilho da concepção de que o prévio requerimento administrativo é essencial para se averiguar a existência da litigiosidade capaz de representar a necessidade do ingresso em juízo. Apenas por meio da obtenção de resposta negativa ou omissão por parte do fornecedor é que se justificaria o acionamento do Judiciário, assegurando-se, dessa forma, que o Estado só seja chamado a intervir quando realmente há uma controvérsia que justifique o uso do aparato judicial, em razão da efetiva configuração da pretensão resistida.

Registro, ainda, que a busca de soluções extrajudiciais se coaduna com o entendimento já fixado por esta 2ª Seção Cível, consoante o julgamento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) nº 1.0000.16.037837-8/000, que firmou a tese de que o habeas data é o remédio constitucional adequado para obtenção de informações constantes dos bancos de dados, desde que exista prova da recusa ao acesso às informações ou do decurso de mais de dez dias sem decisão:

EMENTA: INCIDENTE DE DEMANDAS REPETITIVAS - RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA - ARTIGO 985 DO CPC - EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS - ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO - INFORMAÇÕES REFERENTES ÀS NEGATIVAÇÕES DO CONSUMIDOR - VIA INADEQUADA - HABEAS DATA CABÍVEL. - Para efeitos do artigo 985 do CPC, firma-se a seguinte tese: "É cabível o habeas data para obtenção de informações constantes em banco de dados e cadastros restritivos de crédito de consumidores, desde que, conforme expressa previsão legal, exista prova da recusa ao acesso às informações ou do decurso de mais de dez dias sem decisão (artigo 8º, §único, inciso I, da Lei nº 9.507/1997)." - Inexiste interesse de agir da parte que ajuíza ação de exibição de documentos em desfavor dos órgãos de proteção ao crédito para obtenção de documentos referentes à negativação. (TJMG - IRDR - Cv 1.0000.16.037837-8/000, Relator(a): Des.(a) Juliana Campos Horta, 2ª Seção Cível, julgamento em 03/07/2017, publicação da súmula em 11/08/2017) - Destaques não originais.

Sobrelevo que, não obstante referida tese esteja amparada pela norma legal prevista no artigo 8º, § único, inciso I, da Lei nº 9.507/1997, é indene de dúvidas que, como regramento infraconstitucional, encontra-se subordinado à Constituição Federal, de modo que deve compatibilizar com o princípio da

inafastabilidade da jurisdição, razão por que se percebe que referido preceito não desarmoniza com a premissa de que a tutela de direitos e o acesso à justiça não se restringem à atuação do Poder Judiciário.

Desta feita, na esteira de tais ponderações, vislumbro que a exigência aqui debatida, de prévia tentativa de solução extrajudicial para fins de análise do interesse de agir, igualmente não violará a inafastabilidade da jurisdição e o acesso ao Poder Judiciário.

Diante de tais considerações, renovando venia ao D. Relator, acompanho o judicioso voto proferido pela Eminente Desembargadora Lilian Maciel.

É como voto.

DES. NICOLAU LUPIANHES NETO

Acompanho o Douto Relator, Desembargador José Marcos Rodrigues Vieira, para rejeitar as questões preliminares de inadmissibilidade do incidente e nulidade processual.

Entretanto, quanto ao mérito da tese proposta, pedindo venia ao Douto Relator e ao eminente 5º Vogal, Desembargador Leonardo de Faria Beraldo, parabenizando-os pelos excelentes votos proferidos, acompanho o voto da eminente 2ª Vogal, Desembargadora Lílian Maciel.

É como voto.

DES. MARCELO RODRIGUES

Inicialmente, registro que acompanho o d. Relator, desembargador José Marcos Rodrigues Vieira, para rejeitar as preliminares de inadmissibilidade do incidente e nulidade processual.

Quanto ao mérito, peço vênia ao relator, mas estou aderindo à divergência da desembargadora Lílian Maciel.

O presente IRDR foi admitido para examinar e fixar tese relativa à caracterização do interesse de agir nas ações de natureza prestacional depender ou não de prévia tentativa de solução extrajudicial, pelo consumidor, da controvérsia.

Pois bem.

Em que pese os argumentos utilizados pelo relator em seu judicioso voto, entendo que a exigência de prévia tentativa de solução extrajudicial para fins de análise do interesse de agir não viola a inafastabilidade da jurisdição, o acesso ao Poder Judiciário e, tampouco, afronta a separação dos poderes, em especial analisando a questão de fundo ora em debate à luz do sistema multiportas, que propõe uma diminuição da formalização das controvérsias, sempre buscando, de acordo com sua natureza, equivalentes jurisdicionais, como vias alternativas ao processo, capazes de evitá-lo, considerando não só o custo da máquina judiciária, como a eficiência e a razoável duração da controvérsia.

Destarte, a exigência de prévia tentativa de solução extrajudicial da controvérsia contribui para o equilíbrio entre o direito de acesso à justiça e a necessidade de preservar a celeridade e eficiência dos serviços jurisdicionais, evitando-se o acúmulo de processos que, por sua natureza, não deveriam necessitar da intervenção judicial.

Por fim, assim como ressaltado no voto divergente que estou aderindo, a exigência de prévia tentativa de solução extrajudicial da controvérsia não se confunde com o exaurimento das vias administrativas.

Mediante tais considerações, acompanho a divergência inaugurada pela desembargadora Lílian Maciel.

DES. JOSÉ AMÉRICO MARTINS DA COSTA

PRELIMINARES

Da inadmissibilidade do Incidente

a) Por não configuração de risco para a isonomia e segurança jurídica

De acordo com o voto proferido pelo eminente Des. Relator para rejeitar a preliminar.

b) Inadmissibilidade por configuração de pressuposto processual negativo do Incidente

De acordo com o voto proferido pelo eminente Des. Relator para rejeitar a preliminar.

Da nulidade do processo por ausência de participação da Defensoria Pública na fase de admissibilidade

De acordo com o voto proferido pelo eminente Des. Relator para rejeitar a preliminar.

QUESTÃO JURÍDICA

Peço vênia ao eminente relator, Desembargador José Marcos Vieira, para acompanhar a divergência inaugurada pelo eminente Des. Leonardo de Faria Beraldo, que concluiu que é carecedor de ação, por ausência de interesse de agir, o consumidor que não tenta dirimir a sua controvérsia extrajudicialmente, seja diretamente com o fornecedor, seja por meio do uso de plataformas digitais. Assim, estou modificando o meu entendimento anterior sobre a matéria tratada, colocando-me de acordo com a divergência instaurada.

A exigência do prévio requerimento administrativo, por meio físico ou digital deve ser requisito para configuração da pretensão resistida, antes da propositura da ação perante o Poder Judiciário.

Hugo Malone e Dierle Nunes, em obra específica sobre a utilização de plataformas digitais de resolução de conflitos, esclarecem:

"Recentemente, passou a se sustentar na doutrina nacional que, antes de ajuizar uma demanda, a parte deveria comprovar seu interesse de agir com a demonstração de que buscou a solução do conflito pelas vias administrativas existentes, como os canais de Online Dispute Resolution das empresas.47 No âmbito legislativo brasileiro, tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n°. 533/2019, que propõe o acréscimo de dispositivos ao Código de Processo Civil para determinar que, em caso de direitos patrimoniais disponíveis, é necessário ficar evidenciada a resistência do réu em satisfazer a pretensão do autor para que se configure o interesse processual. O projeto pretende positivar o conceito da pretensão resistida, que consiste na demonstração de que o autor da ação procurou resolver o conflito antes de propor uma demanda judicial.48
A defesa ganhou corpo após a emissão de Parecer Jurídico pelo Professor Kazuo Watanabe, em conjunto com Ricardo Quass Duarte e Caroline Visentini Ferreira Gonçalves, em resposta à consulta da empresa Mercado Livre. No Parecer, concluiu-se que, em ações ajuizadas contra a plataforma de comércio eletrônico Mercado Livre, o autor deveria demonstrar ter registrado uma reclamação no sistema de resolução de conflitos da empresa ou na plataforma Consumidor.gov.br, sob pena de não restar configurado o interesse de agir e, por conseguinte, haver a extinção do feito sem resolução de mérito, nos termos do artigo 485, VI, do CPC/15.49 Os argumentos geralmente partem da premissa de que condicionar o ajuizamento da ação à utilização prévia da ODR seria passo fundamental para cada vez mais se afastar o Brasil da "cultura da sentença" e aproximá-lo da tão desejada "cultura da pacificação". 50 Para fundamentar o ponto de vista, argumenta-se que haveria, no judiciário, uma tendência de exigir a prévia submissão das partes aos mecanismos de resolução consensual dos conflitos como requisito para caracterização do interesse de agir. A suposta tendência se embasaria em julgados dos tribunais superiores brasileiros. (MALONE, Hugo; NUNES, Dierle. Manual da Justiça Digital: compreendendo a Online Dispute Resolution e os Tribunais Online. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2022. p. 386-387)".

O Excelso Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 631.240, em 03/09/2014, Tema 350, fixou a tese de que "a concessão de benefícios previdenciários depende de requerimento do interessado, não se caracterizando ameaça ou lesão a direito antes de sua apreciação e indeferimento pelo INSS, ou se excedido o prazo legal para sua análise".

O Ministro Luís Roberto Barroso no julgamento do tema acima apontando fez as seguintes ponderações:

"Como se percebe, o interesse em agir é uma condição da ação essencialmente ligada aos princípios da economicidade e da eficiência. Partindo-se da premissa de que os recursos públicos são escassos, o que se traduz em limitações na estrutura e na força de trabalho do Poder Judiciário, é preciso racionalizar a demanda, de modo a não permitir o prosseguimento de processos que, de plano, revelem-se inúteis, inadequados ou desnecessários. Do contrário, o acúmulo de ações inviáveis poderia comprometer o bom funcionamento do sistema judiciário, inviabilizando a tutela efetiva das pretensões idôneas.
[...]
Assim, se a concessão de um direito depende de requerimento, não se pode falar em lesão ou ameaça a tal direito antes mesmo da formulação do pedido administrativo. O prévio requerimento de concessão, assim, é pressuposto para que se possa acionar legitimamente o Poder Judiciário. Eventual lesão a direito decorrerá, por exemplo, da efetiva análise e indeferimento total ou parcial do pedido, ou, ainda, da excessiva demora em sua apreciação (isto é, quando excedido o prazo de 45 dias previsto no art. 41-A, § 5º, da Lei nº 8.213/1991). Esta, aliás, é a regra geral prevista no Enunciado 77 do Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais - FONAJEF ("O ajuizamento da ação de concessão de benefício da seguridade social reclama prévio requerimento administrativo").
Esta é a interpretação mais adequada ao princípio da separação de Poderes. Permitir que o Judiciário conheça originariamente de pedidos cujo acolhimento, por lei, depende de requerimento à

Administração significa transformar o juiz em administrador, ou a Justiça em guichê de atendimento do INSS, expressão que já se tornou corrente na matéria. O Judiciário não tem, e nem deve ter, a estrutura necessária para atender às pretensões que, de ordinário, devem ser primeiramente formuladas junto à Administração. O juiz deve estar pronto, isto sim, para responder a alegações de lesão ou ameaça a direito. Mas, se o reconhecimento do direito depende de requerimento, não há lesão ou ameaça possível antes da formulação do pedido administrativo. Assim, não há necessidade de acionar o Judiciário antes desta medida."

Novamente, o Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 839.314/MA, entendeu que nas causas que envolvem a cobrança do Seguro DPVAT, a ameaça ou lesão a direito aptas a ensejar a necessidade de manifestação judiciária do Estado só se caracterizam após o prévio requerimento administrativo.

Por sua vez, o colendo Superior Tribunal de Justiça no julgamento REsp nº 1.349.453/MS, tema repetitivo nº 648, em 02/02/2015, decidiu sobre que a propositura de ação cautelar de exibição de documentos bancários é cabível desde que comprovado o prévio pedido à instituição financeira não atendido em prazo razoável e o pagamento pelo custo do serviço.

O Ministro Paulo de Tarso Sanseverino no julgamento do REsp nº 1.763.462-MG salientou que:

"Em tempos de demandas de massa, não se pode ignorar a possibilidade de uma tese favorável à cominação de astreintes estimular uma indústria de ações de exibição, visando proveito econômico com as astreintes, como bem apontou a FEBRABAN.
Contudo, além de ser mera conjetura, essa possibilidade tem sido cada vez mais restringida pela jurisprudência desta Corte Superior, que, por meio de uma releitura do interesse processual, tem exigido do autor do pedido de exibição, por exemplo, a prévia apresentação de requerimento na via administrativa e o pagamento do custo do serviço.
Nesse sentido, mencionem-se as seguintes teses firmadas segundo o rito dos recursos especiais repetitivos:
Tema 42/STJ - Falta ao autor interesse de agir para a ação em que postula a obtenção de documentos com dados societários, se não logra demonstrar haver apresentado requerimento formal à ré nesse sentido.
Tema 43/STJ - A comprovação do pagamento do 'custo do serviço' referente ao fornecimento de certidão de assentamentos constantes dos livros da companhia é requisito de procedibilidade da ação de exibição de documentos ajuizada em face da sociedade anônima.
Tema 648/STJ - A propositura de ação cautelar de exibição de documentos bancários (cópias e segunda via de documentos) é cabível como medida preparatória a fim de instruir a ação principal, bastando a demonstração da existência de relação jurídica entre as partes, a comprovação de prévio pedido à instituição financeira não atendido em prazo razoável, e o pagamento do custo do serviço conforme previsão contratual e normatização da autoridade monetária.
Também se encontra na jurisprudência desta Corte entendimento pela condenação da parte autora aos encargos da sucumbência, com base no princípio da causalidade, na hipótese de ausência de oposição do réu à exibição de documentos."

Os precedentes acima citados evidenciam uma releitura do princípio ao acesso à justiça previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal e art. 3º, do Código de Processo Civil.

"Fato é que a nova leitura do princípio do acesso à Justiça leva à conclusão de que o Judiciário deve mesmo ser a ultima ratio. Sendo possível a apresentação de prévio requerimento administrativo junto a órgãos oficiais constituídos (como é o caso da plataforma Consumidor.gov.br), sem que existam quaisquer óbices nesse sentido, ausente também qualquer prejuízo pelo tempo de resposta destes órgãos, tal requerimento deve ser considerado como condição para o exercício do direito de ação (interesse processual - necessidade) perante o Judiciário."https://www.migalhas.com.br/coluna/tendencias-do-processo-civil/304544/releitura-do-principio-do-acesso-a-justica--a-necessidade-de-previo-requerimento-e-o-uso-da-plataforma-consumidor-gov-br, acesso em 04/10/2024).

Ressalte-se que, apesar de existirem meios alternativos de solução de conflitos, em que as demandas são solucionadas com o fornecedor na via administrativa, as partes optam pelo ajuizamento direto de ações. O excesso de judicialização das matérias de consumo prejudica a prestação jurisdicional prejudica a prestação jurisdicional.

Bianca Fernandes Figueiredo leciona que:

"Portanto, após a realização da pesquisa foi confirmada a hipótese inicial de que, sob as perspectivas de que o acesso à justiça e a razoável duração do processo devem ser garantidos a todos os cidadãos e de que o excesso de judicialização de matérias que poderiam, em tese, ser resolvidas de forma pacífica acaba prejudicando a prestação jurisdicional em outras demandas que efetivamente dependem da intervenção do Poder Judiciário atendem ao princípio da eficiência a exigência de prévia utilização da plataforma Consumidor.gov.br para tentativa de composição do conflito pelas partes
antes do ajuizamento da ação, sem que haja afronta ao princípio da inafastabilidade da jurisdição. (Consumidor.gov.br: a exigência de utilização da plataforma digital de solução adequada de conflitos antes do ajuizamento de ação de consumo como fator de eficiência do Poder Judiciário, à luz da análise econômica do direito. Revista CNJ, Brasília - DF, v.
4, n. 1, p. 23-33, passim, jan/jun 2020, p .15)."

Portanto, acompanho a divergência inaugurada pelo Des. Leonardo de Faria Beraldo de que é necessário que se crie uma condição pré-processual para os consumidores, condicionando o interesse de agir à comprovação de prévia tentativa de solução extrajudicial do conflito com o fornecedor.

DES. MARCOS LINCOLN DOS SANTOS

Diante das disposições do art. 29, XV, do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça, nada a acrescentar neste ensejo.

SÚMULA: "REJEITARAM AS PRELIMINARES À UNANIMIDADE E, NO MÉRITO, FIXARAM TESE JURÍDICA, VENCIDOS O RELATOR E, POR DIVERGÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO, O 5º VOGAL."