

2. O direito fundamental à inafastabilidade do controle jurisdicional e sua densificação no Novo CPC

Fundamental right to a jurisdicional control instance and its densification in the New Brazilian Civil Procedure Rules

(Autor)

LUIS ALBERTO REICHEL

Procurador da Fazenda Nacional em Porto Alegre (RS). Doutor e Mestre em Direito pela UFRGS. Professor nos cursos de Graduação, Especialização, Mestrado e Doutorado da PUCRS. luis.reichelt@puers.br

Sumário:

- 1 Introdução
- 2 Em busca do conteúdo do direito fundamental à inafastabilidade do controle jurisdicional
 - 2.1 Direito ao acesso à justiça e direito à inafastabilidade do controle jurisdicional
 - 2.2 Direito a um recurso e direito à inafastabilidade do controle jurisdicional
 - 2.3 A definição do alcance do conteúdo do direito à inafastabilidade do controle jurisdicional como conquista histórico-cultural na realidade brasileira
 - 2.4 Sobre a fundamentalidade do direito à inafastabilidade do controle jurisdicional
- 3 Desafios presentes na densificação do direito fundamental à inafastabilidade do controle jurisdicional no novo CPC
 - 3.1 Inafastabilidade do controle jurisdicional e obstáculos de ordem econômica
 - 3.2 Inafastabilidade do controle jurisdicional e obstáculos de ordem cultural
 - 3.3 Inafastabilidade do controle jurisdicional e monopólio estatal da prestação jurisdicional
 - 3.4 Inafastabilidade do controle jurisdicional, acesso à justiça e autocomposição de conflitos
- 4 A título de conclusão
- 5 Referências bibliográficas

Área do Direito: Constitucional

Resumo:

O presente artigo propõe-se a examinar o conteúdo do direito fundamental à inafastabilidade do controle

jurisdicional, lançando luzes sobre manifestações de sua densificação no novo Código de Processo Civil brasileiro.

Abstract:

The present essay intends to examine the meaning of the fundamental right to a jurisdictional control instance, analyzing its densification in the reality of the new Brazilian Civil Procedure Rules.

Palavra Chave: Processo civil - Direitos fundamentais - Inafastabilidade do controle jurisdicional - Código de Processo Civil.

Keywords: Civil procedure - Fundamental rights - Right to a jurisdictional control instance - Civil Procedure Rules.

1. Introdução

O novo Código de Processo Civil vem carregado de esperança de um futuro melhor, envolto na pretensão de fazer o que a legislação que o precedeu não conseguiu. Tomando em conta esse ponto de partida, impõe-se desde logo observar que a consagração da aproximação entre o trabalho do legislador e a dimensão constitucional dos fenômenos processuais como um dos objetivos elencados expressamente pelo novel legislador impõe ao intérprete uma guia a ser seguida na definição do significado da linguagem utilizada na lei.

O presente trabalho pretende debruçar-se sobre uma das múltiplas problemáticas envolvidas nesse esforço de exegese e sintonia entre as diversas manifestações constantes do sistema de fontes do Direito brasileiro, qual seja o desafio de definição do significado do direito fundamental à inafastabilidade do controle jurisdicional. Para além da questão puramente conceitual, propõe-se, ainda, uma reflexão a respeito de uma série de possibilidades de densificação desse direito no sistema do novo Código de Processo Civil.

2. Em busca do conteúdo do direito fundamental à inafastabilidade do controle jurisdicional

Diversas são as trilhas que podem ser percorridas com vistas à determinação do conteúdo do direito fundamental à inafastabilidade do controle jurisdicional na realidade brasileira. Partindo dessa premissa, propõe-se, em primeiro lugar, o enfrentamento do tema a partir do olhar dirigido a aspectos histórico-culturais, para que, em um segundo momento, seja possível propor uma reflexão sobre os sujeitos envolvidos na realização do direito fundamental ora investigado.

2.1. Direito ao acesso à justiça e direito à inafastabilidade do controle jurisdicional

Uma precisa definição do conteúdo do direito fundamental à inafastabilidade do controle jurisdicional pressupõe, como primeira medida, a sua dissociação em relação a outros direitos que com ele dialogam, mas que com ele não se confundem.

Em primeiro lugar, impõe-se diferenciar o *direito fundamental à inafastabilidade do controle jurisdicional* em relação ao *direito humano e fundamental ao acesso à justiça*. O direito humano e fundamental ao acesso à justiça compreende o acesso efetivo a todos os meios pelos quais as pessoas possam reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios. Nesse sentido, há que se considerar, desde logo, que a tutela de direitos ora reclama a presença de meios para solução de conflitos (o que, por sua vez, pode acontecer com ou sem a intervenção do Estado), ora simplesmente se manifesta sob a forma de criação de situações jurídicas subjetivas mediante a presença de prestação estatal (como, por exemplo, nos casos de providências em sede de julgamento de ações constitutivas necessárias).¹

Avançando nessa direção, observa-se que os meios para solução de conflitos encampados pelo direito ao acesso à justiça, naquilo em que não exigem prestação estatal direta e específica em favor do indivíduo,

podem ser fundamentados em estruturas de *autocomposição de litígios* ou de *heterocomposição de litígios*. No primeiro caso, tem-se que *a solução do conflito é determinada pelas próprias partes nele envolvidas*, a exemplo do que acontece na transação, na conciliação e na mediação. Na segunda hipótese, *a solução a ser adotada é imposta aos sujeitos envolvidos em uma lide por um terceiro que com elas não se confunde*, sendo uma manifestação paradigmática a esse respeito a atividade desenvolvida por particulares em sede de arbitragem.

Essa dicotomia de estruturas também é útil para que se possa compreender o âmbito de atuação das prestações estatais diretas e específicas ofertadas aos indivíduos com vistas à solução de conflitos. Se, de um lado, a mediação e a conciliação são atividades também desenvolvidas por órgãos do Estado, é certo que, de outra banda, a jurisdição é uma atividade de exercício de poder do Estado na qual se faz presente a atuação de um órgão do próprio Estado que, atuando como um terceiro imparcial, impõe às partes um comando com vistas à solução de um conflito.

Desse quadro resta evidente que o direito humano e fundamental ao acesso à justiça abarca todo um conjunto de providências que devem estar à disposição dos indivíduos que vai muito além da existência de uma estrutura do Estado destinada ao exercício da atividade jurisdicional. O direito fundamental à inafastabilidade do controle jurisdicional é uma de suas projeções, e compreende, em uma primeira aproximação, o direito da parte ao acesso efetivo ao emprego da jurisdição como fórmula destinada à tutela de direitos.

2.2. Direito a um recurso e direito à inafastabilidade do controle jurisdicional

Outra distinção importante a ser considerada pode ser encontrada na doutrina francesa, que contrapõe o “direito a um recurso” (“droit a un recours”) em relação ao “direito ao juiz” (“droit au juge”, também chamado de direito a um recurso jurisdicional (“droit a un recours juridictionnel”) ou, ainda, de garantia de acesso a um tribunal (“garantie d’accès a un tribunal”).²

Por “direito a um recurso”, entende a doutrina o direito de toda pessoa a poder contestar uma medida imposta à sua esfera jurídica, o qual é exercido perante uma instância investida do poder de reformar tal medida ou de reparar os danos que dela decorrem como consequência. O “direito ao juiz”, por sua vez, é definido como um dos aspectos do “direito a um recurso”, já que este último compreende também, na experiência francesa, o direito a um recurso perante a esfera administrativa, seja ele endereçado à própria autoridade que praticou o ato contestado ou ao seu superior hierárquico.³

A reflexão sobre a dicotomia ora analisada está longe de se revelar em uma atividade puramente cerebrina ou estéril, já que pressupõe tomada de posição quanto a algumas das mais profundas questões no âmbito do Direito Público. Nela está pressuposta não só a ideia de que a jurisdição pode ser exercida também por outros órgãos que não aqueles integrantes do Poder Judiciário, mas, antes mesmo disso, o próprio debate sobre qual o traço característico da atividade jurisdicional.⁴

A distinção acima apresentada é relevante, ainda, na medida em que traz consequências importantes para a compreensão do alcance do direito fundamental à inafastabilidade do controle jurisdicional. Se, de um lado, é fato que a tutela de direitos pode ser ofertada também através de atividades de exercício de poder do Estado desenvolvidas por outros órgãos que não apenas aqueles ofertados pelo Poder Judiciário, é igualmente verdadeiro, de outra banda, que não se pode confundir a *tutela de direitos mediante a prática de atos por órgãos distintos do Estado* com a *tutela de direitos mediante o desempenho de diferentes atividades de exercício de poder do Estado*. É nesse ponto que se pode afirmar que o *direito fundamental à inafastabilidade do controle jurisdicional*, regulado no âmbito do Direito Processual, não compreende nem se confunde com o *direito à prestação de atividades administrativas*, que é regido pelas balizas do Direito Administrativo.

Esse discurso encontra eco em diferentes reflexões já conhecidas na doutrina. Especial destaque deve ser dado, nesse sentido, à clássica lição de Eduardo Juan Couture, o qual, proferindo palestra na Universidade

de Paris em 1949, referiu que *“un derecho de acudir al tribunal pidiendo algo contra un demandado es un derecho de petición en el sentido que se da a este derecho en los textos constitucionales”*, anotando, mais adiante, que *“esta petición se hace efectiva mediante distintos recursos técnicos. Ante el Poder Ejecutivo, mediante las solicitudes directas e aun mediante los diferentes recursos del contencioso-administrativo contra los actos de la Administración; ante el Poder Legislativo, mediante las peticiones al Parlamento (...); y cuando la petición se hace efectiva ante el Poder Judicial adquiere el nombre de acción civil”*.⁵ Nesse ensinamento fica clara a inserção do direito à inafastabilidade do controle jurisdicional dentro de um universo maior, e, mais ainda, a presença de traços que o caracterizam como um direito fundamental.

2.3. A definição do alcance do conteúdo do direito à inafastabilidade do controle jurisdicional como conquista histórico-cultural na realidade brasileira

A compreensão do âmbito de proteção inscrito nas normas extraídas a partir da interpretação do art. 5.º, XXXV, da Constituição Federal reclama, ainda, atenção para o fato de que a linguagem do texto constitucional veio formatada como meio a espelhar um processo de evolução histórico-cultural desenvolvido no seio da realidade brasileira.

O art. 141, § 4.º da Constituição Federal de 1946 estabelecia que “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual” Essa fórmula foi repetida no art. 150, § 4.º, da Constituição Federal de 1967 e no art. 153, § 4.º do texto elaborado a partir da Emenda Constitucional 1/1969.

A história mostra que a proteção constitucional em comento é uma conquista cara a qualquer sociedade política. Prova disso pode ser vista nas tentativas de retrocesso social inscritas em comandos como o art. 11 do Ato Institucional 5/1968, que expressamente estabelecia a exclusão de possibilidade de qualquer apreciação judicial em relação a todos os atos praticados de acordo com aquele ato institucional e com seus atos complementares, o mesmo valendo em relação aos seus respectivos efeitos.⁶ Essa triste situação perdurou, do ponto de vista da vigência normativa, até o advento da Emenda Constitucional 11/1978.

Antes disso, ainda, a Emenda Constitucional 7/1977 acrescentou uma nova marca no regime jurídico até então existente. Por força de tal emenda, o mesmo art. 153, § 4.º da Constituição Federal passou a dispor que “o ingresso em juízo poderá ser condicionado a que se exauram previamente as vias administrativas, desde que não exigida garantia de instância, nem ultrapassado o prazo de cento e oitenta dias para a decisão sobre o pedido”.

A redação do art. 5.º, XXXV da Constituição Federal de 1988 alcança proteção mais ampla do que aquela anteriormente existente. Assim ocorre, em primeiro lugar, porque assegurada a apreciação jurisdicional não apenas no caso de lesão a direito, mas também no caso de *ameaça de lesão a direito*. A dicção constitucional é expressa no sentido de permitir que alguém procure proteção jurisdicional antes mesmo de experimentar qualquer dano ou prejuízo por força do desrespeito a um direito subjetivo.

Por força de tal fórmula, as normas que tratam da chamada tutela de urgência passam a ser vistas como parte integrante do conteúdo inscrito na proteção constitucional. Como consequência, o intérprete do texto legal que dispõe sobre normas em sede de tutela de urgência deva estar atento às exigências próprias da hermenêutica típica do Direito Constitucional, e, em especial, dos direitos fundamentais. A restrição a direitos em sede de tutela de urgência, sob essa ótica, é medida que só pode ser aceita em caráter excepcionalíssimo, justificada em juízo no qual se conclua pela momentânea e imperiosa prevalência de outra exigência constitucional em detrimento do constante do art. 5º, XXXV da Constituição Federal.

De outro lado, a proteção constante do texto constitucional vigente também é mais abrangente ao ofertar proteção a qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito, independentemente de este ser individual, coletivo ou difuso.⁷ A supressão do adjetivo “individual”, presente nos textos constitucionais anteriores, faz com que a tutela jurisdicional dispensada a direitos difusos e coletivos acabe por ser também incluída sob o manto da promessa constitucional, para além dos mecanismos expressamente previstos na Constituição

Federal, como a ação civil pública, a ação popular e o mandado de segurança coletivo.

O silêncio do novo texto constitucional a respeito da necessidade de prévio esgotamento da instância administrativa como condição para o pleito de tutela jurisdicional também é eloquente. Ao nada dispor a esse respeito, o art. 5.º XXXV da Constituição Federal acaba por ampliar a proteção até então existente, permitindo que o Poder Judiciário possa fazer o controle de atos administrativos antes mesmo de prolatada decisão em contencioso administrativo.⁸ Curioso é ver que a legislação editada sob o pálio da nova ordem constitucional muitas vezes acaba por consagrar uma outra lógica no trato das relações entre a instâncias administrativa e a judicial: havendo pleito de tutela jurisdicional questionando ato que era objeto de contencioso administrativo, o que se passa é que este último automaticamente tende a ser encerrado, a fim de evitar a desnecessária duplicidade de trabalho.⁹

2.4. Sobre a fundamentalidade do direito à inafastabilidade do controle jurisdicional

Essa substancial ampliação da proteção constitucional proposta pelo art. 5.º, XXXV deve ser lida à luz da hermenêutica própria dos Direitos Humanos e Fundamentais. Nesse sentido, a opção política atual constitui-se em avanço em relação às experiências anteriores, sendo vedado o retrocesso que levasse ao retorno ao modelo antes vigente, ou, ainda, a qualquer restrição em relação ao alcance da proteção hoje consagrada no texto constitucional. Construções doutrinárias que adjetivem o direito à inafastabilidade do controle jurisdicional de modo a ampliar o seu espectro de proteção podem ser justificadas, em última instância, a partir do império desse específico padrão de hermenêutica.¹⁰

Ainda nessa mesma toada, é de se observar que a fórmula prevista no art. 5.º, XXXV, da Constituição Federal abarca direito fundamental assegurado às partes em face do Estado, considerado em suas múltiplas dimensões.

No que se refere à tarefa imposta ao legislador, o texto constitucional estabelece *proibições* no que se refere à criação de normas contrárias a tal imperativo, e, de outro lado, *deveres* no que tange à disponibilização de ferramentas que permitam superar tais obstáculos, mediante a edição de legislação que pavimente de maneira sólida o caminho a ser percorrido pelas partes em busca de proteção jurisdicional.¹¹ É de se reconhecer, nesse sentido, que a oferta de tutela jurisdicional muitas vezes é impedida ou limitada em função de obstáculos preexistentes a qualquer lei. Questões econômicas e culturais, dentre outras, muitas vezes funcionam como barreiras que, se não tomadas em conta a sério, podem impedir a concretização da proteção constitucional antes mencionada. Partindo dessa premissa, é possível afirmar, ainda, que, nos termos da proteção constitucional antes mencionada, *deve a lei servir como ponte a permitir que as partes superem as dificuldades que se apresentam no seu caminho em busca de tutela jurisdicional.*

A consideração de deveres e proibições impostos ao legislador não deve ser lida como uma sugestão estéril. Ao contrário, em um contexto de inflação legislativa, a leitura do direito à inafastabilidade do controle jurisdicional na perspectiva do direito ao processo justo faz com que seja vedado ao legislador editar leis que venham a restringir as possibilidades até então existentes, sob pena de incorrer em inaceitável retrocesso.

No que se refere aos deveres impostos aos órgãos integrantes do Poder Judiciário, tem-se que, como decorrência direta do constante no citado comando legal, o juiz deve sempre privilegiar a interpretação e a aplicação de normas que caminharem no sentido de assegurar a máxima amplitude de possibilidades de a atividade jurisdicional ser vista como meio hábil para o enfrentamento de lesão ou ameaça de lesão a direito.

Adentrando mais amiúde no conteúdo do direito à inafastabilidade do controle jurisdicional, impõe-se consignar uma exigência fundamental: *no processo de interpretação e de aplicação das normas jurídicas, os comandos que regulam a atuação das partes e do juiz não devem ser concebidos como obstáculo a impedir que uma lesão a direito subjetivo da parte possa ser submetida ao controle jurisdicional.* Deve ser rechaçada qualquer tentativa de interpretação que se proponha a erguer muros com o objetivo de impedir que as

partes possam trazer suas demandas àqueles que exercem a atividade jurisdicional. Ao contrário, deve ser preferida a exegese do texto legal na qual se possa vislumbrar a existência de um caminho livre de barreiras em favor daquele que busca proteção jurisdicional.

3. Desafios presentes na densificação do direito fundamental à inafastabilidade do controle jurisdicional no novo CPC

Presentes as reflexões acima expostas a respeito das múltiplas dimensões do conteúdo do direito fundamental à inafastabilidade do controle jurisdicional, impõe-se, agora, examinar algumas das perspectivas de densificação desse mesmo direito no contexto do microsistema construído a partir do novo [CPC](#).

3.1. Inafastabilidade do controle jurisdicional e obstáculos de ordem econômica

Uma primeira ordem de questões a ser considerada na definição do conteúdo do direito em questão é a que envolve os obstáculos de ordem econômica que impedem o acesso à tutela jurisdicional. A existência de despesas a serem suportadas não raro acaba por desestimular as pessoas que, estando diante de lesões ou ameaças de lesões a direitos, acabam por não trazer a conhecimento do Poder Judiciário.¹²

Há que se considerar, nesse sentido, que, como regra geral, a prestação das atividades desenvolvidas pelo Poder Judiciário é condicionada ao custeio das despesas processuais. Tais despesas, referidas no art. [84](#) do [CPC](#), envolvem não só a remuneração de servidores públicos, mas também a da estrutura física e tecnológica disponibilizada para o exercício da jurisdição. O legislador alarga o referido conceito de modo a nelas incluir, ainda, a indenização de viagem, a remuneração do assistente técnico e a diária de testemunha, que são pagas para sujeitos que não fazem parte da estrutura do Estado.¹³

Da mesma forma, também o trabalho desempenhado pelos advogados no debate dos autos deve ser devidamente remunerado. A retribuição pelos serviços prestados pelos advogados envolve não só os honorários pagos diretamente pela parte ao advogado por ela contratado (honorários contratuais), mas também a remuneração a ser paga pela parte vencida ao advogado da parte vencedora (honorários sucumbenciais), devida na forma do art. [85](#) do [CPC](#).

A obrigatoriedade de pagamento de custas e despesas processuais (art. 82 e seguintes do [CPC](#)), assim como o dever de pagamento dos honorários sucumbenciais antes citados, funciona como regramento geral do sistema. Contudo, esse mesmo regime acaba sendo excepcionado nos casos em que a parte faça jus ao direito à gratuidade da justiça (art. 98 e seguintes do [CPC](#)).

A concessão do favor legal decorre justamente da preocupação em fazer com que a oneração das partes por força de obstáculos de ordem econômica não seja um empecilho capaz de impedir a apreciação jurisdicional de lesão ou ameaça de lesão a seus direitos subjetivos.¹⁴ A proteção legal, no caso em questão, serve como ferramenta a serviço do direito humano e fundamental previsto no art. 5.º, XXXV multicitado, bem como do constante do art. 5.º, LXXIV da Constituição Federal, que prevê que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. Vale lembrar, outrossim, que esse último comando serve como norte para a interpretação do papel a ser desempenhado pela Defensoria Pública, instituição que exercerá a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados, em todos os graus, de forma integral e gratuita, a teor do art. 136 da Constituição Federal, bem como do art. [185](#) do [CPC](#) e do art. 1.º da Lei Complementar 80/1994.

Merece crítica o art. [85, § 11](#), do [CPC](#), segundo o qual o tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal. A regra em questão, de maneira velada, busca inibir as partes de modo a desencorajar a interposição de

recursos, ameaçando aquele que foi sucumbente por força de uma decisão judicial com o risco de aumento da remuneração a ser paga ao advogado da contraparte. Com a devida vênia, a fórmula empregada pelo legislador acaba por impedir que a interposição de recursos possa exercer uma das suas mais nobres funções, que é a de corrigir erros constantes de decisões judiciais, os quais podem ser fundados em inúmeros fatores como, por exemplo, a própria falibilidade humana, que também pode assombrar os magistrados. Melhor seria reservar a condenação na forma do previsto em tal comando para aquelas partes que manejassem recursos manifestamente protelatórios, destinados a impedir que a justiça seja prestada de maneira efetiva.¹⁵ De qualquer forma, o comando legal ora previsto tem sua força mitigada em se considerando a possibilidade de concessão da gratuidade da justiça à parte na hipótese de a condenação acabar superando as suas forças, impedindo a garantia do sustento do próprio jurisdicionado ou de seus familiares.

3.2. Inafastabilidade do controle jurisdicional e obstáculos de ordem cultural

Também a existência de obstáculos de ordem cultural acaba por limitar as possibilidades de oferta de proteção a direitos através da jurisdição. O desconhecimento quanto à existência de direitos pertencentes às partes, bem como dos meios que se colocam à sua disposição para assegurar tutela jurisdicional, acaba por fazer com que inúmeras lesões ou ameaças de lesões a direito permaneçam à margem do conhecimento do Poder Judiciário, perpetuando injustiças.

A educação com vistas ao exercício de direitos é providência fundamental para que o Poder Judiciário possa enfrentar inúmeros problemas que existem na sociedade contemporânea. A fim de atender ao determinado no art. 5.º, XXXV, da Constituição Federal, cabe ao Poder Judiciário a tarefa de se aproximar daqueles que se coloquem em situação de maior vulnerabilidade, tornando-se acessível mediante a adoção de fórmulas baseadas na simplicidade e no menor rigor formal, colocando o menor número de entraves possível entre a realização de justiça e a pessoa do jurisdicionado.

Por força do constante do art. 5.º, XXXV, da Constituição Federal, cabe ao legislador a tarefa, ainda, de atentar para a criação de mecanismos processuais que levem em conta peculiaridades relevantes da cultura contemporânea, como, por exemplo, a massificação das relações sociais e o impacto exercido pelas novas tecnologias. A oferta de soluções rápidas e isonômicas para demandas que envolvam conflitos padronizados e a atenção para a existência de ferramentas em sede de inclusão digital que possibilitem efetiva participação no debate processual são exemplos das providências que asseguram efetiva inafastabilidade do controle jurisdicional.

A atuação do legislador na elaboração do novo ^{RTD} [CPC](#) em relação a tais pontos merece menção. De se destacar, desde logo, a importância reconhecida pelo legislador aos mecanismos de uniformização de entendimentos jurisprudenciais em relação a demandas de massa, em especial mediante a introdução do incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 976 e seguintes do novo ^{RTD} [CPC](#)),¹⁶ bem como de decisões dotadas de caráter vinculante.¹⁷ A necessidade de políticas públicas para implementação de comandos como aqueles inscritos nos arts. 198 e 199 do novo ^{RTD} [CPC](#), por sua vez, revela que há desafios que não se esgotam no momento em que terminado o trabalho do legislador, mas, antes, dependem de providências ulteriores por parte de todos os responsáveis pela gestão do acesso à tutela jurisdicional.¹⁸ A estes, como personificadores do Estado, impõem-se verdadeiros deveres de prestar atividades positivas¹⁹ (o que, por sinal, não é algo estranho à dimensão dos direitos fundamentais),²⁰ a fim de que sejam erradicados problemas como, por exemplo, o da exclusão digital.²¹

3.3. Inafastabilidade do controle jurisdicional e monopólio estatal da prestação jurisdicional

Outra questão importante a ser considerada na interpretação do constante do art. 5.º, XXXV da Constituição Federal diz respeito ao fato de que a lei não poderá excluir da *apreciação do Poder Judiciário* qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito. Interessante considerar, aqui, que o art. ^{RTD} [3.º](#) do ^{RTD} [CPC](#), diferentemente, diz que não se excluirá da *apreciação jurisdicional* ameaça ou lesão a direito.

A sutil diferença entre a linguagem constitucional e aquela empregada pela codificação legal revela que uma verdade simples e importante: havendo uma lesão ou ameaça de lesão a direito, é preciso que as partes tenham a possibilidade de apreciação jurisdicional, independentemente de a jurisdição ser exercida por órgãos do Estado ou por árbitros. Em verdade, o legislador infraconstitucional ampliou a proteção prevista na Constituição, facultando às partes a possibilidade de submeterem seus conflitos à apreciação por árbitros, respeitados os limites previstos em lei. Do *acesso ao Poder Judiciário* avançou-se, em verdade, na direção do *acesso à justiça*.²²

Segundo o art. 42 do CPC, as causas cíveis serão processadas e decididas pelos órgãos jurisdicionais, ressalvado às partes o direito de instituir juízo arbitral. Uma vez firmada convenção de arbitragem escrita válida, respeitados os limites previstos na legislação (em especial no que tange ao CPC e à Lei 9.307/1996), as partes não podem submeter o conflito objeto da referida convenção para apreciação pelos órgãos jurisdicionais do Estado. Havendo sido proposta ação a respeito da questão em função da qual foi criada a convenção de arbitragem, caberá ao réu alegar na contestação, em seu favor, a existência da convenção de arbitragem, na forma do art. 337, X, do CPC.

Em sendo alegada pelo réu a existência de convenção de arbitragem, e sendo ela considerada válida, o juiz deverá proferir sentença extinguindo o processo sem resolução do mérito, na forma do art. 485, VII, do CPC. Também haverá a extinção do processo sem resolução do mérito em existindo decisão anterior proferida por árbitro reconhecendo a sua competência para o julgamento de questão objeto de convenção de arbitragem.²³

A inexistência de alegação pelo réu quanto à existência de convenção de arbitragem firmada entre as partes, assim como a invalidade de tal acordo, faz com que os órgãos jurisdicionais estatais passem a poder julgar a causa, na forma do previsto no art. 337, § 6.º, do CPC. Trata-se de matéria que não pode ser conhecida de ofício pelo juiz, a teor do disposto no art. 337, § 5.º, do CPC, de modo que somente poderá ser enfrentada na medida em que existente a provocação feita pela parte.

3.4. Inafastabilidade do controle jurisdicional, acesso à justiça e autocomposição de conflitos

Dentre as atividades estatais reguladas pelo novo CPC com vistas à solução de conflitos exercidas por órgãos do Estado, estão a *jurisdição*, a *mediação* e a *conciliação*.

A compreensão das virtudes e das dificuldades presentes na forma como o direito fundamental à inafastabilidade do controle jurisdicional dialoga com as demais meios de acesso à justiça no novo CPC reclama atenção a três indicativos básicos. O primeiro deles diz respeito à escolha consciente do legislador no sentido de viabilizar um sistema multiportas de acesso à justiça,²⁴ reconhecendo que outras formas de solução de conflitos não se mostram como desfechos menos nobres do que a oferta de uma decisão judicial com vistas a tal escopo.

O segundo indicativo básico diz respeito à inserção do mediador e do conciliador dentro do quadro dos auxiliares do juiz. De acordo com o parágrafo segundo do art. 165 do CPC, o conciliador é um terceiro que não um dos sujeitos envolvidos no conflito a ser solucionado, o qual atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes. Cabe ao conciliador a tarefa de sugerir soluções às partes do conflito, as quais podem ou não ser por elas adotadas voluntariamente. A conciliação é uma ferramenta interessante para fins de conflitos de natureza episódica, de improvável repetição, como, por exemplo, um impasse entre duas pessoas envolvidas em um acidente de trânsito no que se refere à responsabilidade pelo conserto dos veículos envolvidos.

De outro lado, dispõe o parágrafo terceiro do art. 165 do CPC que o mediador, que também é um terceiro em relação aos sujeitos envolvidos no conflito a ser solucionado, atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes. É tarefa do mediador a de auxiliar os interessados a

compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos. A mediação revela-se uma ferramenta eficiente em se considerando a existência de conflitos que se constituem em episódios inseridos no contexto de relações jurídicas cuja existência se prolongue ao longo do tempo, como, por exemplo, no que se refere a impasses havidos entre um pai e um filho em matéria de direito de família.²⁵

Essa reflexão é importante em se considerando os desafios presentes dos tempos contemporâneos, em especial no que se refere ao enfrentamento de demandas de massa pelo Poder Judiciário, para os quais os mecanismos de conciliação e de mediação nem sempre se revelam inteiramente eficientes. Em tais demandas, muitas vezes os litigantes habituais não estão preocupados em firmar acordos para cada caso, mas, antes, buscam fazer com que os acordos firmados em um determinado número de casos caibam dentro de uma estratégia maior. Se há cinquenta ações nas quais se discute, em cada uma delas, direitos pleiteados pelas partes no valor de mil reais, aos litigantes habituais não raro interessa, e verdade, saber qual o percentual de redução da despesa total que eles conseguirão alcançar em relação ao total de cinquenta mil reais, de modo que os pagamentos a maior ou a menor em um ou em outro caso simplesmente se mostram secundários.

Esse alerta é feito com uma função simples: cabe ao legislador a tarefa de complementar o sistema originalmente concebido, de modo a ofertar soluções adequadas para o enfrentamento de demandas de massa na perspectiva do acesso à justiça. Poder-se-ia dizer que, em casos como os acima descritos, há um déficit de proteção normativa em detrimento daqueles que são vulneráveis e que comparecem perante o Poder Judiciário na busca de tutela para os seus direitos.

O terceiro e último fator a ser considerado diz respeito à presença de normas que regulam a conciliação e a mediação dentro do procedimento comum – e é nesse ponto que se situam algumas das mais delicadas questões a serem ponderadas. O legislador acena para o peso da vontade das partes como um fator a ser considerado na composição de litígios,²⁶ como se constata em normas como as constantes do art. 319, VII e do art. 334, § 4.º, II e 5.º, ambas do novo  [CPC](#). Nesse sentido, mostra-se recomendável permitir que a vontade prevaleça sobre a forma, de modo a permitir a emenda à inicial para que a parte possa rever seu entendimento quanto ao interesse ou não na realização da audiência de conciliação.²⁷ O mesmo pode ser dito, outrossim, em relação ao desinteresse do réu manifestado em prazo inferior ao constante do art. 334, § 5.º, do novo  [CPC](#): realizar uma audiência fadada ao insucesso (e, nesse caso, em um intervalo de tempo consideravelmente curto, em se considerando a data de apresentação da manifestação da parte) é prestigiar uma medida absolutamente ineficiente, incompatível com o escopo que se quer associar à norma. Em ambos os casos, o paradigma para a dispensa da realização deve tomar em conta dois aspectos substanciais indispensáveis: a existência de vontade expressa da parte nesse sentido e a informação da outra parte a respeito da existência dessa manifestação de vontade em momento anterior ao da audiência. Atendidas tais exigências, melhor será que os juízes não insistam em preencher suas pautas com atos que se consubstanciarão em pura formalidade.

Da mesma forma, é no mínimo questionável a diretriz do legislador ao desconsiderar outros fatores importantes para o sucesso da empreitada em sede de construção de soluções consensuais de litígios. Exemplo disso pode ser visto no art. 334, § 6.º, do novo  [CPC](#), que, ao não fazer distinções sobre as espécies de litisconsórcio passivo simples e unitário, simplesmente acaba por impor a realização de audiências que tendem a ser estéreis nos casos em que, havendo unidade do direito pertencente aos demandados, um ou alguns (mas não todos!) destes manifestem abertamente seu desinteresse na realização de tal ato processual.

Esses problemas acima apontados desdobram-se, ainda, em outras dimensões. Pense-se na insegurança dos réus no que se refere à contagem de prazos para contestação no caso de dos litisconsortes passivos manifestar desinteresse em audiência e os demais nada dizerem a esse respeito. A dificuldade de

compatibilização do constante do art. 335, § 1.º, com o disposto no art. 231, § 1.º, ambos do novo  [CPC](#), é um problema real a ser enfrentado pelos aplicadores do Direito, e que surge tão somente em função da inconsistência da linguagem do legislador na construção de um projeto de sistema jurídico. Nesse ponto, há que se confiar na prudência dos tribunais, aos quais, na aplicação dos comandos legais citados, caberá a atribuição de significado coerente com a realidade examinada.

4. A título de conclusão

De tudo o quanto exposto, exsurge que o alcance do direito fundamental à inafastabilidade do controle jurisdicional guarda íntima relação com a forma como se dá a evolução histórico-cultural das opções políticas que foram se sucedendo ao longo do tempo na realidade brasileira, sedimentando-se, nessa caminhada, uma pauta mínima de exigências que devem ser atendidas. A análise efetuada comprova que o entendimento do Direito como fenômeno dissociado da história, sendo tratado como objeto sem relação com a cultura na qual se insere, é tão somente uma forma de pavimentar a estrada para o inevitável erro dos meios a serem empregados para a construção da tão desejada justiça.

Da mesma forma, fica claro que o trabalho do legislador e do intérprete na densificação desse mesmo direito fundamental ainda está longe de ser considerado pronto. O sistema jurídico projetado pelo legislador infraconstitucional contempla inúmeros pontos de inconsistência, sendo certo que as correções de rumo passam por esforços comprometidos com a exigência de máxima efetividade na aplicação da proteção constitucional em questão. Também nesse ponto é possível ver, pois, o papel da hermenêutica própria dos direitos fundamentais como metodologia de controle e retificação de todo o trabalho complementar que se faz necessário para a implementação da pauta constitucionalmente estabelecida.

5. Referências bibliográficas

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.
- COUTURE, Eduardo Juan. *Introducción al estudio del proceso civil*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1988.
- CUNHA, José Sebastião Fagundes (org.). *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Ed. RT, 2015.
- DIDIER JR., Fredie. *Notas sobre a garantia constitucional do acesso a justiça: O princípio da direito de ação ou da inafastabilidade do Poder Judiciário*. Revista de Processo, v.108 (2002): 23-31.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca, DELLORE, Luiz, ROQUE, André Vasconcelos e OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de. *Teoria Geral do Processo. Comentários ao CPC de 2015. Parte Geral*. São Paulo: Forense, 2015.
- GUINCHARD, Serge et alii. *Droit processuel - droits fondamentaux du procès*. 7ª edição. Paris: Dalloz, 2013.
- LESSA NETO, João Luiz. *O novo  [CPC](#) adotou o modelo multiportas!!! E agora?!*. Revista de Processo, n.244 (2015): 427-441.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *O direito de ação como direito fundamental (consequências teóricas e práticas)*. Revista dos Tribunais, n. 873 (2008): 11-30
- _____, ARENHART, Sergio Cruz e MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil comentado*. São Paulo: Ed. RT, 2015.
- _____. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Ed. RT, 2015.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito Processual Civil Moderno*. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 1132 e seguintes.

NERY JR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. 10ª edição. São Paulo: Ed. RT, 2010.

REICHELT, Luis Alberto. *Considerações sobre a mediação e conciliação no Projeto de Novo Código de Processo Civil*. Revista de Direito do Consumidor, n.97 (2015): 123-143.

REICHELT, Luis Alberto. *O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil e a concretização do direito fundamental ao processo justo*. In: REICHELT, Luis Alberto e RUBIN, Fernando (org.). *Grandes Temas do novo Código de Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 149-168.

SILVA, Ovídio A. Baptista da e GOMES, Fábio Luiz. *Teoria Geral do Processo Civil*. 6ª edição. São Paulo: Ed. RT, 2011.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, DIDIER JR., Fredie, TALAMINI, Eduardo e DANTAS, Bruno (org.). *Breves Comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2015.

Pesquisas do Editorial

- O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA INAFASTABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL E SUAS DIMENSÕES JURÍDICO-CONSTITUCIONAIS, de Sérgio Massaru Takoi - RDCI 88/2014/81
- CONTROLE JUDICIAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS, de Lorena Mesquita Silva - RDCI 91/2015/133