

Tema 1.396-STJ e equívoco de três camadas: Judiciário confunde porta com torniquete

Há um tipo de erro jurídico que é mais perigoso do que o erro por ignorância: é o erro por excesso de diagnóstico correto. Parte-se de um problema real (a litigiosidade nas relações de consumo, o volume absurdo de ações ajuizadas sem qualquer contato prévio com o fornecedor, a instrumentalização do processo como modelo de negócio) e, a partir daí, constrói-se uma solução que “cura” o sintoma à custa do paciente. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) nº 91 do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJ-MG) é, nessa leitura, um exemplo acabado desse equívoco. E o Tema Repetitivo 1.396 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao submeter esse entendimento ao crivo da Corte Especial, oferece ao tribunal a oportunidade de não repetir o erro, isso, desde que saiba reconhecê-lo.

A questão submetida a julgamento é, na sua formulação técnica, objetiva: é prescindível ou não a 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? Mas por trás da objetividade da pergunta há ao menos três camadas de problema que o debate tem tratado de forma fragmentada, como se fossem independentes entre si. Não são. E é justamente na articulação entre elas que reside a extensão real do equívoco.

Interesse de agir e o seu conteúdo esquecido

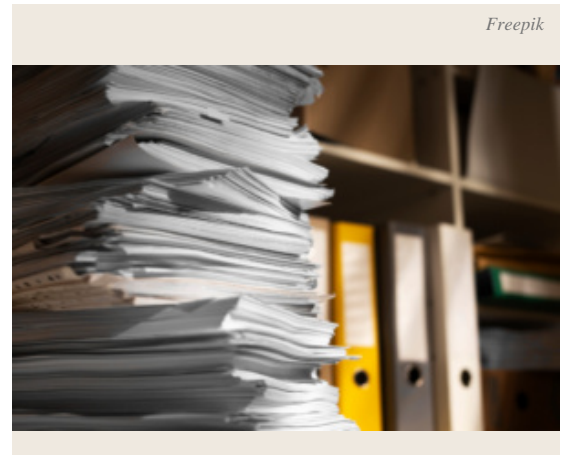
O interesse de agir é pressuposto processual (ou condição da ação, dependendo da doutrina adotada), não instrumento de política judiciária. Sua função sistemática no direito processual civil é aferir, em abstrato, se a tutela jurisdicional pretendida é necessária, útil e adequada para o jurisdicionado. Não é mecanismo de seleção de demandas consideradas mais ou menos legítimas pelo sistema, não é filtro de conveniência, não é válvula reguladora do volume de processos que o Judiciário está disposto a absorver em determinado período histórico.

O que o TJ-MG fez no IRDR nº 91 (e o que o Tema 1.396 corre o risco de chancelar) é uma transfiguração desse conceito. Ao condicionar a presença do interesse de agir à comprovação de uma tentativa extrajudicial prévia, impõe-se ao consumidor um requisito de admissibilidade que não existe no Código de Processo Civil, que o legislador não criou, que não tem assento no Código de Defesa do Consumidor e que, mais grave, reduz o exercício do direito de ação a uma espécie de prêmio reservado a quem conseguiu completar previamente uma *via crucis* administrativa. O CPC é o único referencial normativo para a definição de interesse de agir no processo civil. E o CPC não prevê isso.

Invoca-se, a esse propósito, o artigo 3º do CPC e a ideia de um modelo cooperativo e consensual de processo. O argumento não sobrevive à leitura do dispositivo: o estímulo à autocomposição que o código consagra é um incentivo, não uma condição. A diferença entre incentivar e condicionar não é semântica, é a diferença entre ampliar a liberdade do jurisdicionado e restringi-la.

Confusão entre portas e torniquetes

O sistema de justiça multiportas é, neste debate, o recurso retórico mais utilizado e o mais mal compreendido. A ideia, grosseiramente resumida, parte de uma premissa clara: oferecer amplo espaço para atividades que visem solucionar conflitos, possibilitando ao jurisdicionado, em um de seus diversos sentidos, outros possíveis caminhos ao processo judicial, igualmente legítimos e, a depender da situação, potencialmente mais eficientes para determinados tipos de conflito. Mediação, conciliação, arbitragem, negociação direta: são portas que se abrem ao lado da porta do processo judicial, ampliando o repertório de soluções disponíveis.



Freepik

Spacca

O que o IRDR nº 91 do TJ-MG propôs não é isso. Não se abriu uma porta ao lado. Colocou-se um torniquete na frente da única que o consumidor, em regra, consegue localizar. A diferença estrutural entre os dois modelos é intransponível: o sistema multiportas pressupõe pluralidade e liberdade de escolha; o modelo do IRDR pressupõe obrigação prévia. Condicionar o acesso à jurisdição à demonstração de que se tentou uma via alternativa não é expandir opções, é criar uma etapa obrigatória anterior ao exercício de um direito que a Constituição, no artigo 5º, inciso XXXV, assegurou sem essa condição.

A comparação com modelos estrangeiros, que frequentemente emerge nesse debate, merece cautela. A mediação obrigatória pré-processual adotada em alguns sistemas europeus (com destaque para o modelo italiano, instaurado pelo D.Lgs. 28/2010) é, precisamente, alvo das críticas mais contundentes da processualística europeia, justamente por criar barreiras de acesso, encarecer e atrasar a solução dos litígios e, em muitos casos, transformar a exigência formal de tentativa em uma etapa burocrática sem qualquer efetividade conciliatória real. Não é o caminho que um sistema comprometido com a efetividade deveria buscar.



Paradoxo de um tribunal que poderá construir uma jurisprudência contra si mesmo

Há uma dimensão do Tema 1.396 que merece ocupar o centro do debate, sobretudo por parecer a mais reveladora sobre o risco institucional que o STJ corre se a tese for fixada no sentido de exigir a tentativa extrajudicial prévia: a de que o Tribunal estará, na prática, solapando uma das linhas jurisprudenciais mais coerentes e sofisticadas que construiu nos últimos anos. E fará isso não por pressão externa, mas por opção própria.

Nos últimos anos, o Superior Tribunal de Justiça edificou, tijolo a tijolo, uma arquitetura protetiva em torno do que a doutrina denominou teoria do desvio produtivo do consumidor, a premissa de que o tempo do consumidor é bem jurídico escasso, irrecuperável e dotado de valor existencial autônomo, e que o fornecedor não pode transferir ao consumidor o ônus de resolver o que é, em essência, uma falha operacional sua.

O REsp 1.634.851/RJ, primeiro dos marcos colegiados expressamente fundados nessa teoria, deixou assentado que o fornecedor não pode compelir o consumidor a travar verdadeira batalha para obter o produto ou serviço adequado, que o périplo imposto ao consumidor, por si mesmo, configura dano indenizável. Mais recentemente, julho de 2025, no AREsp 2.897.551, o ministro João Otávio Noronha confirmou a condenação de seguradora com base nessa teoria, reconhecendo que a privação sofrida pelos consumidores diante do atraso injustificado na liberação do seguro configurava, nas suas palavras, afronta à boa-fé objetiva e aos direitos de personalidade, passível de compensação por danos morais.

O paradoxo está exatamente aqui, e ele é difícil de ignorar.

O mesmo tribunal que, ao longo de anos, construiu esse conjunto de precedentes condenando fornecedores por fazer o consumidor despendar tempo em uma *via crucis* administrativa está, no Tema 1.396, às vésperas de decidir que esse mesmo consumidor (vulnerável, protegido, com o tempo juridicamente reconhecido como bem da vida) precisa percorrer essa *via crucis* antes de exercer o direito de ação. Não como uma opção. Como uma condição.

A contradição é mais do que paradoxal: é estrutural. Se o STJ fixar a tese no sentido da obrigatoriedade, institucionalizará, pela via processual e com força vinculante nacional, exatamente o comportamento que sua própria jurisprudência condenou como dano indenizável.

Litigância abusiva não se combate com obstáculos ao acesso

Por trás da tese que se discute no Tema 1.396 há um diagnóstico correto embalado em remédio equivocado. O diagnóstico é real: existe litigância abusiva (predatória) nas relações de consumo, existem demandas ajuizadas em série por escritórios que converteram o processo em produto, existem casos em que o Judiciário é acionado como primeiro recurso por estratégia, não por necessidade. O STJ e o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) identificaram e nomearam o fenômeno.

O erro está em supor que a exigência de tentativa extrajudicial prévia seria capaz de debelá-lo. O sistema jurídico não é estático. Os que optam por utilizar esse modelo vexatório de litigância abusiva, diante de um novo requisito processual, não abandonarão suas práticas, quando, na verdade, adaptarão suas engenharias. Surgirão petições instruídas com protocolos de SAC gerados em escala, notificações extrajudiciais enviadas em lote, registros no consumidor.gov convertidos em documento padronizado da petição inicial etc. A litigiosidade abusiva encontrará, como sempre encontrou, sua forma de sobreviver dentro das regras formais do sistema. O consumidor de boa-fé, esse sim, arcará com o novo ônus.

O combate à litigância abusiva demanda instrumentos próprios: rigor na aplicação das penalidades por litigância de má-fé, desenvolvimento de mecanismos de identificação de padrões abusivos pelos próprios tribunais, aprimoramento do controle sobre escritórios que a praticam, fiscalização pela Ordem dos Advogados do Brasil etc. Não se corrige uma distorção criando uma barreira que atinge indistintamente o “litigante” abusivo e o consumidor que genuinamente não conseguiu resolver seu problema (e que, muitas vezes, já tentou).

Há ainda uma confusão conceitual que precisa ser nomeada, porque ela está na raiz do inflacionamento do debate. Parte relevante dos argumentos que sustentam a necessidade de um filtro extrajudicial para as demandas consumeristas não está fundada na litigância abusiva (acima mencionada, aquela que envolve condutas ilícitas, coordenadas e estrategicamente orquestradas para manipular o processo), mas na chamada litigância de massa: o volume expressivo de ações legítimas, ajuizadas por consumidores com pretensões genuínas, decorrentes de falhas sistêmicas na prestação de serviços. A litigância de massa não é uma patologia do sistema. É uma condição estrutural, lícita, que reflete o abismo entre a qualidade dos serviços prestados e as expectativas juridicamente tuteladas dos consumidores. Tratá-la como sinônimo de litigância abusiva é um equívoco analítico que, no contexto do Tema 1.396, tem consequências práticas graves: justifica um remédio voltado ao ilícito sobre o qual recai, em definitivo, o jurisdicionado que age de boa-fé. Neste ponto, vale atenção ao escrito no próximo tópico.

Ônus que recai sobre o ombro errado

A tese que se discute no Tema 1.396 parte de uma premissa implícita que raramente é enunciada com clareza: a de que o consumidor brasileiro aciona o Judiciário sem sequer tentar resolver o problema diretamente com o fornecedor. Essa premissa, além de empiricamente questionável na maioria dos casos concretos, esconde uma segunda pergunta que o debate sistematicamente evita: e quando o consumidor tenta e o fornecedor não resolve?

Uma pessoa física que precisa contestar uma cobrança indevida de uma operadora de telefonia frequentemente se depara com sistemas automatizados que não reconhecem o problema, protocolos gerados que não produzem resposta, atendentes sem autonomia para qualquer decisão e plataformas digitais que pressupõem familiaridade tecnológica que parcela expressiva da população simplesmente não possui. Isso sem considerar o recorte mais vulnerável: os idosos sem domínio de ferramentas digitais, as pessoas residentes em municípios sem estrutura de Procon, os consumidores de baixo letramento que não sabem como registrar uma reclamação formal nos canais institucionais disponíveis.

Imputar a esse consumidor o ônus da ineficiência dos canais de atendimento dos fornecedores é inverter a lógica protetiva que inspirou o Código de Defesa do Consumidor. Se há um problema estrutural de litigiosidade nas relações de consumo, ele não nasce, em sua maior parte, da vontade do consumidor de litigar. Nasce, em parcela expressiva, da resistência institucionalizada de grandes fornecedores em resolver conflitos antes da judicialização; resistência frequentemente amparada em estruturas de *compliance* frágeis, ouvidorias inoperantes e políticas deliberadas de desgaste que tornam o custo de persistir na reclamação administrativamente superior ao custo de simplesmente desistir.

A solução para isso não é punir o consumidor com um pré-requisito processual. A solução é exigir dos fornecedores que construam estruturas genuinamente aptas a resolver conflitos. Esse trabalho (mais lento, mais difícil, mais verdadeiro) é o que o sistema precisa fazer. E ele não se faz pela porta do STJ com uma tese repetitiva.

O que o STJ tem diante de si

O Tema 1.396 não é apenas uma discussão sobre interesse de agir. É uma decisão sobre o modelo de litigiosidade que o Brasil quer consolidar e sobre quem suportará o custo de sua racionalização.

Uma coisa é dizer, como o CPC de 2015 já diz, que o Estado promoverá a solução consensual dos conflitos sempre que possível. Outra, radicalmente diferente, é transformar essa promoção em condição de admissibilidade do direito de ação. No primeiro caso, amplia-se o sistema. No segundo, restringe-se a Constituição.



A distinção entre os dois caminhos não deveria ser difícil de enxergar para um tribunal que, ao longo de anos, construiu uma jurisprudência protetiva do tempo e da dignidade do consumidor. O paradoxo é que o maior argumento contra o Tema 1.396 talvez seja a jurisprudência do próprio STJ e a coerência de uma Corte que leva precedentes a sério.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2026-jun-07/o-tema-1-396-do-stj-e-o-equivoco-de-tres-camadas-quando-o-judiciario-confunde-porta-com-torniquete/>