

VIVIANE SIQUEIRA RODRIGUES

**Gerenciamento de processos na justiça civil brasileira:
análise das técnicas de gerenciamento processual**

Tese de doutorado

Orientador: Professor Titular Dr. Flávio Luiz Yarshell

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo/SP

2017

VIVIANE SIQUEIRA RODRIGUES

**Gerenciamento de processos na justiça civil brasileira:
análise das técnicas de gerenciamento processual**

Tese apresentada a Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Direito Processual Civil, sob a orientação do Professor Titular Dr. Flávio Luiz Yarshell.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo/SP

2017

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, e sempre Professor Flávio Luiz Yarshell, em quem procuro me espelhar por seu entusiasmo com a ciência e a satisfação com o ensino. As conversas sobre as questões de processo civil relacionadas às teses (ou não) alimentam a curiosidade dos seus eternos alunos, grupo em que me incluo com muito orgulho.

À minha amada família – mãe, pai, irmãos, cunhado, primos, tios, avó e ao(à) sobrinho(a) a caminho –, por ser o apoio incansável e permanente para a minha vida.

Aos colegas de escritório, que suportaram bravamente o convívio comigo mesmo nos momentos em que o mais corriqueiro assunto da minha parte era o trabalho com a tese, e com quem tenho o prazer de compartilhar o dia-a-dia.

Aos Professores e colegas das disciplinas de pós-graduação da Faculdade, com quem tive a chance e a vontade de amadurecer academicamente.

Aos meus amigos, queridos e inspiradores, uma família escolhida pelo coração, e por estarem perto ou longe incentivando para que eu busque meus objetivos.

Ao parceiro paciente e carinhoso com quem dividi angústias, alívios e, acima de tudo, sorrisos durante o período de estudos.

Nome: RODRIGUES, Viviane Siqueira

Título: Gerenciamento de processos na justiça civil brasileira: análise das técnicas de gerenciamento processual

Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (São Paulo) para obtenção do título de Doutor, na área de concentração Direito Processual Civil.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

RESUMO

RODRIGUES, Viviane Siqueira. Gerenciamento de processos na justiça civil brasileira: análise das técnicas de gerenciamento processual. 200p. Tese de Doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

Esta tese analisa as atividades praticadas pelo Judiciário na gestão das controvérsias repetitivas, estabelecendo uma distinção entre o gerenciamento de processo (ou case management) e a gestão de processos. Analisa-se o desenvolvimento da teoria do gerenciamento na experiência estrangeira (direito inglês, direito norte-americano, direito português e direito francês), com notícia sobre o acolhimento dessa teoria na doutrina brasileira. A distinção construída entre o gerenciamento e a gestão de processos é baseada nos vetores de customização e consensualismo, característicos do primeiro, e da padronização e concentração decisórias, próprias da segunda. O tema da tese também é examinado no contexto do ativismo judicial, que é reforçado com o emprego da gestão. São indicados os instrumentos técnico-processuais de gestão e foram estudadas deficiências de alguns instrumentos processuais de resolução de controvérsias repetitivas. Em seguida, a gestão foi colocada à prova dos princípios processuais civis fundamentais, da inafastabilidade da jurisdição, da isonomia, da imparcialidade, da independência, do contraditório e da publicidade, com a conclusão de que a gestão da forma desenhada atualmente no sistema processual brasileiro entra em choque intenso com alguns daqueles princípios, além de ter um caráter mais autoritário do que a jurisdição exercida nos conflitos tradicionais. Conclui-se também que as medidas de gestão são inevitáveis diante da saturação do Judiciário brasileiro, mas deveriam e ainda devem ser tomadas com as balizas do conteúdo mínimo da jurisdição.

Palavras-chave: Gestão. Gerenciamento. Judiciário. Ativismo. Poder. Jurisdição. Princípios.

ABSTRACT

RODRIGUES, Viviane Siqueira. The management of lawsuits in Brazilian civil justice: analysis of procedural management techniques. 200p. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

This thesis analyzes the activities practiced by the Judiciary in the management of repetitive lawsuits, establishing a distinction between case management and management of the lawsuits. It analyzes the development of case management theory in other countries (English law, US law, Portuguese law and French law), and the reception of this theory by Brazilian doctrine. The distinction between the case management and the management of lawsuits is based on the vectors of customization and agreement philosophy, characteristic of the first, and of the standardization and decision concentration, typical of the latter. The theme of the thesis is also examined in the context of judicial activism, which is reinforced by the use of management lawsuits powers. It studies the management of lawsuits procedures and the deficiencies of some procedural instruments of resolution of repetitive lawsuits. The management of lawsuits was put to test in view of the fundamental civil procedural principles: irrevocability, equality, impartiality, independence, adversarial principle and publicity, concluding that the management of lawsuits currently existing in the Brazilian procedural system conflicts with some of those principles, besides having a more authoritarian character than the jurisdiction practiced in the traditional suits does. The thesis also concludes that management of lawsuits measures are inevitable in view of the saturation of the Brazilian Judiciary system, but the jurisdiction principles must be respected.

Keywords: Case management. Management of suits. Judiciary. Activism. Power. Jurisdiction. Principles.

RIASSUNTO

RODRIGUES, Viviane Siqueira. Gestione di processi giudiziari nella giustizia civile brasiliana: analisi dei strumenti processuali gerenziale. 200p. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

Questa tesi analizza le attività praticate dal Giudiziario nella gestione delle controversie ripetitive, stabilendo una distinzione tra il case management e la gestione di processi. Si analizza lo sviluppo della teoria del case management nell'esperienza straniera (diritto inglese, diritto nord americano, diritto portoghese e diritto francese), con notizia sull'accoglienza di tale teoria nella dottrina brasiliana. La distinzione costruita tra il case management e la gestione di processi è basata sui vettori di customizzazione e consensualismo, caratteristici della prima, e sulla standardizzazione e concentrazione decisorie, proprie della seconda. Il tema della tesi è anche esaminato nel contesto dell'attivismo giudiziario, che è rafforzato con l'impiego della gestione. Sono indicati gli strumenti processuali di risoluzione di controversie ripetitive. In seguito, la gestione è stata messa alla prova dei principi processuali civili fondamentali, dell'irremovibilità della giurisdizione, dell'isonomia, dell'imparzialità, dell'indipendenza, del contraddittorio e della pubblicità, con la conclusione che la gestione della forma disegnata attualmente nel sistema processuale brasiliano si scontra in maniera intensa con alcuni di quei principi, oltre ad avere un carattere più autoritario rispetto alla giurisdizione eseguita nei conflitti tradizionali. Si conclude anche che le misure di gestione sono inevitabili davanti alla saturazione del Giudiziario brasiliano, ma dovrebbero e ancora devono essere prese con gli indicatori del contenuto minimo della giurisdizione.

Parole chiave: Gestione. Case management. Giudiziario. Attivismo. Potere. Giurisdizione. Principi.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. Contexto jurídico-social em que se insere esta tese.....	10
2. Litigiosidade repetitiva e litigiosidade de massa na justiça civil.....	16
3. Proposta de distinção entre o gerenciamento e a gestão de processos face ao movimento de <i>case management</i>	22
CAPÍTULO I – <i>CASE MANAGEMENT VS. GESTÃO DE PROCESSOS</i>	23
4. As primeiras referências ao <i>case management</i> no Direito Europeu e no sistema inglês.....	23
5. <i>Case management</i> no direito norte-americano	29
6. <i>Case management</i> no direito português.....	32
7. <i>Case management</i> no direito francês	35
8. <i>Case management</i> : parcial superação do modelo adversarial e ao mesmo tempo amenização do modelo inquisitorial.....	37
9. A origem do <i>case management</i> no Brasil	40
10. O reflexo do <i>case management</i> na doutrina processual brasileira no início do século XXI	44
11. Categoria jurídico-processual do <i>case management</i> ou gerenciamento de processo	50
12. Conceito de gestão de processos judiciais	55
13. Os vetores do gerenciamento e os vetores da gestão: customização e consensualismo vs. padronização e concentração decisória.....	59
CAPÍTULO II – <i>GESTÃO DE PROCESSOS JUDICIAIS E SEUS INSTRUMENTOS TÉCNICO-PROCESSUAIS</i>	68
14. Gestão de processos e o ativismo judicial.....	68
15. A escala da repetitividade. Definição pelos critérios quantitativo ou qualitativo.....	74
16. Os valores subjacentes à gestão da litigância repetitiva e de massa	83
17. A quem interessam os valores subjacentes da gestão de processos judiciais repetitivos	85
18. Os instrumentos técnico-processuais de gestão: identificação no ordenamento atual e fragilidades de suas estratégias	87
19. As deficiências de outros instrumentos de resolução de controvérsias repetitivas	95
19.1. As ações coletivas	96
19.2. Mecanismos de uniformização de decisões	98
19.3. As ações de controle concentrado de constitucionalidade.....	101

CAPÍTULO III – GESTÃO DE PROCESSOS JUDICIAIS E OS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS CIVIS.....	109
20. Inafastabilidade da jurisdição e a sua relação com a inércia ou princípio da demanda	109
21. Isonomia e o seu “satélite” segurança jurídica.....	116
22. Imparcialidade e os interesses perseguidos pelas práticas de gestão de processos	124
23. Independência em parcial choque com a confiança	136
24. Contraditório	140
25. Publicidade e sua relação com o dever de motivação das decisões judiciais em tema de gestão de processos judiciais. A importância do processo eletrônico e o papel do CNJ	152
CAPÍTULO IV – OS INSTRUMENTOS TÉCNICO-PROCESSUAIS DE GESTÃO FRENTE AO PODER JURISDICIONAL ESTATAL.....	164
26. A resolução de controvérsias repetitivas por instrumentos de gestão: análise de sua pertinência com o conteúdo mínimo da jurisdição	164
CAPÍTULO V – CONCLUSÕES.....	175
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	180

INTRODUÇÃO

1. Contexto jurídico-social em que se insere esta tese

A hipótese da presente investigação nasceu em 2013, quando era intenso o movimento legislativo em torno do que viria a ser em 2015 a aprovação da Lei 13.105, mas não foi exclusivamente o então projeto de Novo Código de Processo Civil que inspirou a reflexão.

Em 2013, vivíamos sob a égide de um Código bastante reformado em relação ao que fora o original aprovado na década de 1970, não só em razão da superveniência da Constituição Federal de 1988, mas também porque a sociedade e o sistema judiciário nacional já se mostravam com dimensões diferentes daqueles encontrados quando da aprovação da Lei 5.869 em 1973.

À ciência do processo, por sua vez, compete acompanhar esse movimento de transformação, seja para reafirmar preceitos científicos ou revisitá-los. Espera-se que, mediante um método de trabalho previamente definido, o pesquisador parta de uma hipótese, um problema, ou uma questão duvidosa que pretenda esclarecer, a fim de alcançar uma resposta ou algum tipo de contribuição para a ciência com o maior rigor metodológico possível.

No caso da presente tese, a postura metodológica escolhida é aquela que assume a constitucionalização do processo¹, que consiste na leitura do fenômeno processual a partir da *tutela constitucional do processo*², isto é, do conteúdo dos direitos fundamentais

¹ A abordagem constitucional do processo não se resume à alusão na Constituição Federal de 1988 a “princípios” ou “normas” de caráter processual, até porque a Constituição anterior referia-se pelo menos ao contraditório e à ampla defesa como garantias do acusado no processo penal (art. 150, §§ 15, primeira parte, e 16 da CF de 1967: “A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes” e “A instrução criminal será contraditória, observada a lei anterior quanto ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu”) e, mais amplamente, ao acesso à justiça em geral (art. 150, §4º: “A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes”).

² A questão da constitucionalização do processo hoje vai além porque acompanha o desenvolvimento da ciência e, segundo ensina Flávio Luiz Yarshell, é mais uma postura metodológica alinhada com o objeto de investigação dos processualistas: “Ao longo de décadas, desde que o direito processual ganhou foros de autonomia, exame dessa natureza tem sido feito pela doutrina processualista civil, penal e de teoria geral, com relevantes ganhos já consolidados, a ponto de se falar em um ‘direito processual constitucional’. Segundo se reconhece, não se trata de objeto autônomo, mas de postura metodológica a partir da qual se busca sistematizar dois aspectos que podem ser assim sintetizados: primeiro, a assim denominada *tutela constitucional do processo* [devido processo legal, inafastabilidade do controle jurisdicional, acesso à Justiça, contraditório,

do cidadão frente ao Estado que é dotado de poder jurisdicional. Trata-se de tônica constante na doutrina³ e que acompanhará também a presente investigação.

Com esse método, ainda em caráter introdutório, é necessário admitir que há razões de ordem social, política e econômica para a transformação aludida anteriormente e que a tese pretende abordar. O Código de Processo Civil aprovado em 1973 nasceu do anseio geral de que o diploma deveria ser técnico e seguir modernas tendências das constituições democráticas europeias⁴, em superação ao Código antecedente, de 1939, que possuía pouca consistência sistemática. Mas o Código de 1973 adotou estruturas tradicionais de um processo de caráter individualista, diante das preocupações liberais mais voltadas à proteção de patrimônios e de indivíduos do que de coletividades ou de grupos social ou economicamente vulneráveis.

Essas estruturas tradicionais não sobreviveriam à ampliação dos direitos fundamentais e à garantia de acesso à justiça proporcionadas pela redemocratização do país em 1988, tampouco à multiplicação das relações jurídicas, à ampliação do acesso à informação e à explosão de litigiosidade produzidas por uma sociedade de consumo que por muitos anos apresentou notáveis índices de crescimento econômico.

imparcialidade]; segundo, a chamada *jurisdição constitucional* [tutela da liberdade e controle concentrado de constitucionalidade]" (*Curso de Direito Processual Civil*, vol. I, São Paulo, Marcial Pons, 2014, p. 74).

³ Essa postura metodológica, embora não seja novidade, não se resume a ser útil para a já consolidada afirmação do direito processual como ramo científico autônomo do Direito, porque ela revela "a fixação do método de 'constitucionalização do Direito'", como observa Heitor Vitor Mendonça Sica (*Velhos e novos institutos fundamentais do direito processual civil*, in "40 Anos da Teoria Geral do Processo no Brasil: passado, presente e futuro", organizadores: Camilo Zuffelato e Flávio Luiz Yarshell, São Paulo, Malheiros, 2013, pp. 430-466, especialmente p. 432), ideia que pode ser acrescida com a de Cândido Rangel Dinamarco sobre a intensa infiltração axiológica dos direitos fundamentais no sistema do processo, com "o emprego do raciocínio constitucionalista em benefício da melhor técnica e utilidade social e política do sistema processual" (*A instrumentalidade do processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, item n. 2, pp. 26-33 e nota de rodapé n. 24). Também vale mencionar a respeito dessa perspectiva metodológica e da sua permanente importância para a ciência processual em fase instrumentalista: José Roberto dos Santos Bedaque, *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*, 5ª ed., São Paulo, Malheiros, 2009, p. 62; Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, *Teoria geral do processo*, 31ª ed., São Paulo, Malheiros, 2015, pp. 64-65; João Batista Lopes, *Efetividade da tutela jurisdicional à luz da constitucionalização do processo civil*, Revista de Processo, vol. 116/2004, jul.-ago./2004, pp. 29-39, DTR\2004\459).

⁴ Como constou da Exposição de Motivos subscrita por Alfredo Buzaid, ao projeto que redundou no Código de 1973: "Impunha-se refazer o Código em suas linhas fundamentais, dando-lhe novo plano de acordo com as conquistas modernas e as experiências dos povos cultos" (disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/177828/CodProcCivil%201974.pdf?sequence=4>; acesso em 1º/8/2016), considerando que o diploma precedente fora uma compilação improvisada do que eram os Códigos estaduais, com pouco embasamento científico (Nicola Picardi e Dierle Nunes, *O Código de Processo Civil Brasileiro: origem, formação e projeto de reforma*, Revista de Informação Legislativa, n. 190, Brasília, ano 48, abr./jun. 2011, pp. 93-120, especialmente p. 99).

A litigiosidade que se observou em decorrência da reabertura democrática e da promessa de ampla oferta do serviço judiciário aos cidadãos não pôde ser atendida nem pela existência de um sofisticado microsistema de processos coletivos (formado pela Lei da Ação Popular, Lei da Ação Civil Pública e Código de Defesa do Consumidor), que poderia absorver ao menos parte daquela litigiosidade que se apresentasse como direitos coletivos *lato sensu*, nem mesmo por leis extravagantes ao Código de Processo Civil que introduziram no ordenamento procedimentos informais (Lei dos Juizados Especiais), métodos de julgamento por amostragem de recursos repetitivos (Lei 11.672/2008) ou de julgamentos abreviados de demandas com controvérsia semelhante (Lei 11.277/2006, que inclui no CPC de 1973 o art. 285-A). Isso apenas para exemplificar.

Se não é possível antecipar-se com a afirmação de insucesso daquelas tentativas de melhoria do desempenho do Poder Judiciário, ao menos as expectativas mais prementes não foram alcançadas. Os dados anualmente obtidos e descritos em relatórios pelo CNJ desde sua criação em 2004 até hoje indicam que na Justiça civil⁵, os últimos anos resultaram um aumento da taxa de congestionamento de processos⁶; o que desde já revela que nem o microsistema processual coletivo foi capaz de molecularizar, na dimensão que se esperava, o tratamento de direitos individuais homogêneos (por natureza, repetitivos) nem o mecanismo de julgamento de recursos especiais repetitivos proporcionou ao Superior Tribunal de Justiça tempo suficiente para eliminação do seu acervo.

Esse diagnóstico compromete o escopo social da jurisdição, de eliminação dos conflitos – que são distúrbios indesejados tanto do ponto de vista social, quanto econômico – visando à pacificação. Mas não é só; a incapacidade do Judiciário de lidar com o crescente número de processos judiciais em trâmite na Justiça brasileira possui impacto na

⁵ Computam-se nesse conceito, para delimitar inclusive o objeto da investigação, os Tribunais Estaduais e Federais com competência para julgamento de causas civis, e também os Tribunais Superiores (STJ e STF).

⁶ Segundo definição do Conselho Nacional de Justiça, a taxa de congestionamento “mede a efetividade do tribunal em um período, levando-se em conta o total de casos novos que ingressaram, os casos baixados e o estoque pendente ao final do período anterior ao período base. De acordo com o relatório da “Justiça em Números 2015”, relativo ao ano de 2014, a taxa de congestionamento na Justiça Estadual está em 74,2%, a da Justiça Federal em 70% e dos Superior Tribunal de Justiça em 57%, sendo que nessa apuração o STJ obteve o resultado menos favorável ao descongestionamento já atingido por aquele Tribunal; o índice global de congestionamento da Justiça é de 71,7% em 2015. Já em 2016, no relatório relativo ao ano de 2015, apurou-se uma taxa de congestionamento total maior do que a do ano anterior: 72,2%. Lamenta-se que os números do Supremo Tribunal Federal não componham os dados avaliados anualmente pelo CNJ em seu relatório. Relatórios disponíveis em <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>.

confiança das pessoas nas instituições públicas⁷, o que embaraça também o escopo político da jurisdição de confirmação da aptidão estatal de preservar o ordenamento jurídico⁸.

Com tal abalo de confiança no Judiciário, há repercussão no índice de qualidade do serviço do Estado na prestação jurisdicional. Já se afirmou, com acerto, a esse respeito: “Se é certo que a qualidade de resposta do sistema de justiça não pode ser medida apenas pelo volume de processos pendentes, a celeridade de resposta da justiça à procura social que lhe é dirigida é uma componente essencial da sua qualidade”⁹.

Nesse cenário, uma das estratégias eleitas para o combate à crise da Justiça no Brasil – embora se possa debater se o caminho escolhido é realmente o mais adequado e eficaz¹⁰ – foi a evolução de um modelo processual anacrônico para um modelo adaptado às

⁷ Conforme observam Daniela Monteiro Gabbay e Luciana Gross Cunha, “os dados do CNJ apontam que a taxa de congestionamento, que correspondente à quantidade de processos pendentes de decisões em relação aos em andamento no período (casos pendentes de julgamento somados aos casos novos), também continua crescendo. Entre 2009 e 2010, observou-se um aumento de 3% da taxa de congestionamento, tendo sido a Justiça Estadual – que apresentou um aumento de 68% para 72% – a principal responsável pelo crescimento apurado. Os altos índices de congestionamento indicam que a morosidade continua sendo um dos fatores que mais fortemente afetam o desempenho do Judiciário e contribuem para um cenário de crise na Justiça. Nesse sentido, os números mais recentes no Índice de Confiança na Justiça (*IC-JBrasil*), produzido pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, indicam que 89% da população entrevistada consideram que o Judiciário soluciona os conflitos de forma muito lenta” (*Litigiosidade, morosidade e litigância repetitiva no Judiciário: Uma análise empírica*, São Paulo, Saraiva, 2012, p. 24).

⁸ Flávio Luiz Yarshell faz a seguinte observação a respeito dos males que o abalo do escopo político da jurisdição é capaz de causar. Ele diz que, pelo ângulo negativo, a importância de pensar no escopo político “também fica evidente quando se constatarem os malefícios que a falta de efetividade dos comandos judiciais (inaptidão de produzirem os efeitos programados) traz para o Estado, na medida em que desprestigia sua atuação. Isso incentiva o desenvolvimento de centros de poder paralelo e contribui para a descrença no papel desempenhado pela ordem jurídica” (*Curso de Direito Processual Civil cit.*, p. 162).

⁹ Boaventura de Sousa Santos e Conceição Gomes, *Geografia e democracia para uma nova justiça*, Revista Julgar, n. 2, 2007, p. 114.

¹⁰ Em pesquisa empírica realizada para apurar práticas de gerenciamento adotadas em cartórios judiciais da justiça comum de primeira instância do Estado de São Paulo, Paulo Eduardo Alves da Silva conclui que, no universo por ele estudado, pouco do desempenho do Judiciário se deve à técnica processual: “Salvo honrosas exceções, que felizmente têm crescido, pouquíssimos servidores são treinados e incumbidos de pensar em enxugar as rotinas, eliminar os gargalos, auxiliar no planejamento da condução dos processos, na otimização do uso dos recursos, nos mecanismos alternativos de resolução de conflitos, no suporte jurisdicional ao juiz, etc. Não é à toa que o nível de motivação dos servidores auxiliares é baixíssimo e que pequenas investidas neste sentido produzem grandes resultados. O gerenciamento de processos depende do aproveitamento da estrutura pessoal dos tribunais e da diversificação de suas atividades, e, neste caso, incorporar a racionalidade do gerenciamento de processos depende menos dos juízes e mais daqueles que dirigem os Tribunais” (*Gerenciamento de processos judiciais*, São Paulo, Saraiva, 2010, p. 147). Boaventura Santos e Conceição Gomes também indicam que, na experiência europeia, já se evidenciou a baixa eficácia de reformas processuais visando à solução da crise da justiça: “Nos países centrais, em especial nos países europeus de influência da *civil law*, as reformas da justiça começaram por se centrar em soluções de carácter processual e no apetrechamento dos tribunais com mais recursos humanos e mais infra-estruturas. O aumento exponencial da procura judicial, especialmente induzida pela explosão das acções para a cobrança de dívidas, e a crescente complexidade de alguns tipos de litígios vieram demonstrar a insuficiência daquelas reformas. O que levou ao crescente investimento noutra tipo de medidas actuantes sobre a procura judicial, como é o caso de desjudicialização e descriminalização de certas condutas e de criação de meios alternativos de resolução de litígios” (*Geografia e democracia para uma nova justiça cit.*, p. 110).

novas configurações dos conflitos. O Código de Processo Civil de 1973 certamente não fora criado para servir de aparato instrumental para uma litigiosidade crescente e massificada. Era uma codificação construída com elevada qualidade técnica por Alfredo Buzaid, incrementada pelos ensinamentos de Liebman quando da sua permanência no Brasil e pela influência da Escola Processual de São Paulo¹¹.

Não só por seu anacronismo com relação à nova litigiosidade, mas também para criar uma nova coesão (e eliminar os inconvenientes de um Código que já vinha sofrendo diversos recortes por ondas reformistas), foi proposta a edição de um novo Código de Processo Civil, cujo projeto fora aprovado e transformado na Lei 13.105/2015.

O Código de 2015 é rico de mecanismos processuais dedicados ao tratamento de processos, controvérsias, ou de recursos sobre questões repetitivas no cenário judicial, com os objetivos de assegurar a *igualdade*, a *celeridade*, e a *segurança jurídica*.

Foram estes os valores constitucionais eleitos pelo Código de 2015. Conforme se extrai de sua Exposição de Motivos: “levam a um processo mais célere as medidas cujo objetivo seja o julgamento conjunto de demandas que gravitam em torno da mesma questão de direito, por dois ângulos: a) o relativo àqueles processos, em si mesmos considerados, que, serão decididos conjuntamente; b) no que concerne à atenuação do excesso de carga de trabalho do Poder Judiciário – já que o tempo usado para decidir aqueles processos poderá ser mais eficazmente aproveitado em todos os outros, em cujo trâmite serão evidentemente menores os ditos ‘tempos mortos’ (= períodos em que nada acontece no processo). Por outro lado, haver, indefinidamente, posicionamentos diferentes e incompatíveis, nos Tribunais, a respeito da mesma norma jurídica, leva a que jurisdicionados que estejam em situações idênticas, tenham de submeter-se a regras de conduta diferentes, ditadas por decisões judiciais emanadas de tribunais diversos. Esse fenômeno fragmenta o sistema, gera intranquilidade e, por vezes, verdadeira perplexidade na sociedade”.

Nesse panorama de nova ordem infraconstitucional para o processo civil e de soluções direcionadas à melhoria do desempenho do Judiciário, entende-se pertinente

¹¹ Segundo Cândido Rangel Dinamarco, “A Escola Processual de São Paulo não é uma entidade institucionalizada, é uma ideia. Quem primeiro lançou essa expressão, para caracterizar uma linha de pensamento, foi um Professor mexicano, Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. Foi ele quem se referiu a essa escola como ‘uma linha de pensamento’, a qual nasceu com o [Enrico Tullio] Liebman” (*Cândido Rangel Dinamarco e a instrumentalidade do processo: (uma entrevista)*, Cadernos Direito GV 36, v. 7, n. 4, julho-2010, p. 16).

questionar em que medida essa nova onda transformadora está dentro dos limites do que se espera do Estado com a função jurisdicional.

A opção por limitar o estudo à “justiça civil”, excetuando, portanto, o exame da justiça criminal e das chamadas “justiças especializadas” militar, eleitoral e do trabalho, justifica-se porque a primeira consiste em campo fértil onde são encontrados diversos problemas e propostas de solução, no que se refere à gestão do volume de processos judiciais. É também um dos ambientes atualmente mais expostos e tachados por seus usuários de ineficiente; daí se pretende que a limitação do estudo possa ser proveitosa para a ciência processual civil e, quiçá, para trazer alguma contribuição para o sistema de justiça no Brasil.

Tal universo de estudo para a elaboração da presente tese também não congrega diretamente o importante caso das execuções (e mesmo das execuções fiscais), que por suas peculiaridades, comportam uma reflexão própria e mais carregada de elementos de direito material, e assim merecem estudo a parte¹².

Se não é de hoje o descompasso entre a expectativa da sociedade pela prestação célere do serviço jurisdicional e a resposta estatal a essa demanda, nunca é demais repensar se e o quanto o instrumento de atuação jurisdicional do Estado, na forma desenhada para tanto, está apto a contribuir para superação dessa insatisfação social. Por isso, a tese que se pretende demonstrar é a de que o Judiciário pratica atividades atípicas quando realiza, por meio de instrumentos que serão denominados de gerenciais, o julgamento de demandas ou questões repetitivas, empregando racionalidade que não é autêntica do poder jurisdicional, mas que deve observar um conteúdo mínimo aderente aos princípios fundamentais da jurisdição.

¹² Sobre essa interação entre o modelo brasileiro da execução fiscal e as deficiências relacionadas a outras áreas do direito, Flávio Luiz Yarshell observa: “embora o sistema de cobrança executiva dos créditos fiscais federais possa e deva ser melhorado, a verdadeira eficiência não virá propriamente de reformas processuais, incapazes de resolver os problemas de adequada gestão de informações sobre a pessoa do devedor e sobre seus bens; e, principalmente, incapaz de resolver os problemas decorrentes de limites econômicos à execução, que residem na pura e simples inexistência de patrimônio penhorável. O avanço, portanto, reside menos no processo e mais na atuação mais coesa e integrada do Estado (no momento anterior ao processo e em juízo) e, talvez, em regras mais rigorosas quanto ao alargamento da responsabilidade patrimonial e aos meios indiretos de desestímulo ao inadimplemento” (*A execução fiscal como paradigma evolutivo do modelo executivo brasileiro*, in “Gestão e Jurisdição: o caso da execução fiscal da União”, org. Alexandre dos Santos Cunha e Paulo Eduardo Alves da Silva, Brasília, IPEA, 2013, p. 193).

2. Litigiosidade repetitiva e litigiosidade de massa na justiça civil

É fundamental determinar a tipologia de litigiosidade que o Judiciário está a enfrentar com os instrumentos previstos desde as últimas reformas processuais do Código de Processo Civil de 1973 até a edição do Código de 2015 para o enfrentamento das pretensões repetitivas ou de massa na justiça civil.

Na realidade brasileira, a legislação precursora no contexto da litigiosidade repetitiva foi sem dúvida o Código de Defesa do Consumidor, no art. 81, inciso III, ao estipular a possibilidade de um tratamento processual diferenciado para os direitos individuais homogêneos. A única definição presente na lei indica que eles devem ser entendidos como “os decorrentes de origem comum”. A sua natureza individual é fora de dúvida, assim como também o é o fato de que a lei não impediu que a tutela coletiva obstasse a pretensão individual (art. 104 do CDC¹³), o que significa que o processo coletivo, embora comprometido com a necessidade de processamento eficiente de pretensões individuais repetitivas perante o Judiciário, é uma fórmula facultativa de judicialização de conflitos de massa.

Além de facultativo, o instrumento previsto no Código de Defesa do Consumidor é capaz de atingir as pretensões de “origem comum”, que se definiu com base na afinidade¹⁴ ou semelhança¹⁵ da causa de pedir (próxima ou remota); ou seja, coincidência das razões de direito ou de fato para estar em juízo e formular determinado pedido. Ainda entende-se que a tutela coletiva de direitos individuais é cabível apenas em caso de prevalecerem aspectos comuns sobre elementos individuais, de modo a tornar o processo coletivo teoricamente superior em eficácia aos processos individuais¹⁶.

¹³ “Art. 104. As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada erga omnes ou ultra partes a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva”.

¹⁴ Teori Albino Zavascki, *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*, 4ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009, p. 146.

¹⁵ Conforme nosso estudo anterior intitulado *O processo coletivo para a defesa dos direitos individuais homogêneos*, Dissertação apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre, São Paulo, 2012, p. 46, com mais referências bibliográficas sobre o tema.

¹⁶ Ada Pellegrini Grinover, *Da class action for damages à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade*, Revista de Processo, vol. 101/2001, jan.-mar./2001, pp. 11-27.

A próxima abordagem legislativa da litigiosidade repetitiva ocorreu na Lei 11.277/2006 a qual inseriu no CPC de 1973 o art. 285-A, que estabeleceu a possibilidade de ser proferida sentença de improcedência, antes da citação do demandado, em processos cuja matéria controvertida fosse unicamente de direito e já tivesse sido proferida pelo juízo sentença em “casos idênticos”. Logo se percebeu que a ideia de “identidade” prevista naquele dispositivo não era a tradicional identidade prevista no Código, para as causas convencionais, e da qual dependeria a coincidência de partes, causa de pedir e pedido. Identidade foi entendida como similaridade da causa de pedir ou das questões nucleares da causa¹⁷.

Posteriormente, a Lei 11.672/2008 acrescentou ao CPC de 1973 o art. 543-C, estabelecendo o procedimento para o julgamento de recursos repetitivos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, de onde se extrai que recursos repetitivos são uma “multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito”.

Entre os direitos individuais homogêneos e os casos idênticos há uma margem de coincidência, mas também uma distinção importante. No conceito de casos idênticos incluem-se não só os direitos individuais homogêneos – que não tenham sido articulados na forma coletiva e, portanto, concretamente sejam tratados em juízo como pretensões individuais – mas também as pretensões cuja homogeneidade não é suficientemente intensa a justificar o tratamento coletivo da controvérsia e nem há razoável dispersão dos interessados a tornar a tutela coletiva mais eficiente¹⁸.

O Código de Processo Civil de 2015 abandonou a designação “casos idênticos” e a substituiu pelo timbre de “casos repetitivos”, “demandas repetitivas”, mantendo por outro lado a expressão “recursos repetitivos”. É necessário que essas fórmulas sejam depuradas, a partir das expressões litigiosidade de massa e litigiosidade repetitiva¹⁹.

¹⁷ Essa é a posição de Ruy Zoch Rodrigues, para quem a repetitividade da cultura de massa conecta “a jurisdição de massa mediamente aos padrões que o modelo de vida contemporânea dissemina e que são vivenciados pelo juiz como membro daquela sociedade” (*Ações repetitivas: casos de antecipação de tutela sem o requisito de urgência*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010, pp. 157-158).

¹⁸ Esse ponto de vista sustentamos em nosso trabalho prévio: *O processo coletivo para a defesa dos direitos individuais homogêneos cit.*, p. 155.

¹⁹ No sentido de que litigiosidade de massa e litigiosidade repetitiva são sinônimos: Heitor Vitor Mendonça Sica, *Brevíssimas reflexões sobre a evolução do tratamento da litigiosidade repetitiva no ordenamento brasileiro, do CPC/1973 ao CPC/2015*, Revista de Processo, vol. 257/2016, jul./2016, pp. 269-281, DTR\2016\21690. Também tratando como um fenômeno único, Dierle Nunes o denomina de “litigiosidade de alta intensidade” (coletiva e serial), que consiste em “processos multifacetados (envolvendo a litigância de interesse público – questões fundiárias, consumidor, saúde, minorias, meio ambiente, entre outras temáticas) com vários atores sociais” (*Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para*

Litigiosidade por si só é uma palavra que pode comportar uma dimensão sociológica dos conflitos. Ela pode significar tanto o exercício de uma pretensão no âmbito judiciário quanto a percepção de um interesse jurídico que, por qualquer circunstância, não se manifeste em juízo²⁰, e que por isso pode simplesmente ficar frustrado ou, ao contrário, pode ser satisfeito por mecanismos consensuais de solução de controvérsias²¹.

Dada a garantia constitucional do acesso à justiça (que já não mais se entende como mero acesso ao Judiciário), é dever do Estado fornecer meios para que essa litigiosidade seja adequadamente atendida de acordo com a sua tipologia; a litigiosidade da qual se ocupa este trabalho é aquela já aparelhada ou ainda a ser deduzida perante o Judiciário, mas em qualquer caso litigiosidade percebida pelo titular do direito de ação.

A litigiosidade de massa tem origem nos chamados macrolitígios²², os quais surgem tanto em virtude de uma origem comum (com homogeneidade a possibilitar, mas não obrigar, tratamento coletivo das pretensões), como de relações jurídicas padronizadas que ensejam controvérsias fáticas ou de direito que podem receber a mesma solução do Judiciário. Essa massa de pretensões representa um potencial de tantos processos quantos forem os titulares de direitos ingressantes em juízo ou apenas dispostos a isso, o que pode representar números altíssimos.

a litigiosidade repetitiva. A litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória, Revista de Processo, vol. 199/2011, set./2011, pp. 41-83, DTR\2015\11096).

²⁰ Assim ser possível falar de uma “litigiosidade contida” que representa o fenômeno sociológico nocivo de indisponibilidade de meios legítimos para a satisfação do interesse.

²¹ Maria Cecília de Araújo Asperti define litigiosidade como “demanda pela prestação jurisdicional”, ressaltando que “a noção de *litigiosidade* aqui referida não se confunde com *conflituosidade*, até porque nem todo conflito é reconhecido formalmente pelas partes ou as leva a invocar a intervenção de um terceiro para sua resolução” (*Meios consensuais de resolução de disputas repetitivas: a conciliação, a mediação e os grandes litigantes do Judiciário*, Dissertação apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre, São Paulo, 2014, pp. 15-16).

²² A expressão é bastante elucidativa e foi utilizada por João Ricardo dos Santos Costa, em artigo publicado no Correio Braziliense de 28/4/2014, denominado *O uso predatório da Justiça*, no Caderno Opinião, informando que como representante da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB): “Temos insistido que o CNJ poderia auditar os processos dos grandes demandantes para informar aos juízes sobre o macrolitígio. O sistema possibilita que o juiz perceba o litígio individual, o processo isolado, atomizado. Não há como se punir uma litigância de má-fé sem conhecer o todo, sem uma informação global e o tamanho dos danos impostos ao sistema. Por isso, no último 10 de março, a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) encaminhou um manifesto ao conselho sugerindo a criação de um grupo de estudos científicos a respeito desse mau uso da Justiça, que poderá produzir informações de amparo e sustentação às sentenças em casos de grandes litigantes”. Também empregando a expressão “macrolitígios”: Heitor Vitor Mendonça Sica, *Congestionamento viário e congestionamento judiciário*, Revista de Processo, vol. 236/2014, out./2014, pp. 13-26, DTR\2014\10507. No STJ, em acórdão da Segunda Seção de 28/10/2009, também fora utilizado o conceito de “macro-lide” para designar o conjunto de pretensões sobre a correção de saldos de cadernetas de poupança (REsp 1110549/RS, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Segunda Seção, j. 28/10/2009, DJe 14/12/2009).

Os macrolitígios normalmente envolvem um *litigante habitual*²³ ou um *grande litigante*: o poder público ou um agente privado que mantém relações múltiplas e padronizadas em função de suas próprias atividades. Trata-se da grande corporação já habituada a encontrar-se em situação de conflito, possuindo muitas ferramentas para conhecer suas vantagens e desvantagens de todas as ordens frente ao macrolitígio; são as pessoas jurídicas de direito público, agências ou entidades públicas em geral, as instituições financeiras, as concessionárias de serviços públicos, os grandes fornecedores de produtos ou serviços no mercado de consumo, as operadoras de planos de saúde ou seguradoras etc., partes assíduas no Judiciário.

As relações jurídicas que surgem com os grandes litigantes respeitam modelos que, quando desobedecem o ordenamento, produzem conseqüentemente violações em massa de direitos, nascendo delas pretensões repetitivas, pois ou o interesse dos lesados tem a mesma natureza ou o intuito é justamente de que lhes seja dado tratamento idêntico; controverte-se, assim, sobre uma “tese jurídica”²⁴, comum em todos os processos considerados repetitivos, em função da qual dos fatos é possível extrair a mesma

²³ Ou *repeat players* (“who are engaged in many similar litigations over time”), conforme Marc Galanter em texto que se tornou referência no tema da litigância de massa em que, analisando a tipologia das partes nos litígios (“tipos ideias” dos litigantes), identifica vantagens estruturais dos litigantes habituais, que são as grandes corporações. O autor questiona a capacidade do sistema jurídico de promover transformação retributiva ou equalizadora dada a situação de vantagens estruturais dos *repeat players* (*Why the “haves” come out ahead: speculations on the limits of legal change*, Law & Society Review, Litigation and Dispute Processing: Part One, vol. 9, n. 1, 1974, pp. 95-160). Boaventura Santos e Conceição Gomes definem como “litigantes frequentes”, aqueles que “repetidamente recorrem ao tribunal por causa de litígios similares”, ou as “pessoas colectivas com capacidade económica para poder gerir, de forma racional, a sua litigância” (*Geografia e democracia para uma nova justiça cit.*, pp. 116-117).

²⁴ A necessidade de coincidência da tese jurídica foi pensada para a hipótese do art. 285-A do CPC de 1973 por Cássio Scarpinella Bueno (*A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil: comentários sistemáticos às Leis n. 11.187, de 19-10-2005, e 11.232, de 22-12-2005*, São Paulo, Saraiva, 2006, pp. 68-69). Este pensamento é compartilhado por Vicente Greco Filho, também examinando o aludido art. 285-A, para o qual essencialmente devem corresponder em todos os casos, para serem repetitivos, os argumentos e a conclusão jurídica (*Direito Processual Civil brasileiro*, vol. 2, 17ª ed., São Paulo, Saraiva, 2007, p. 82). Afirma-se ainda que “Os processos que versam sobre os conflitos massificados lidam com conflitos cujos elementos objetivos (causa de pedir e pedido) se assemelham, mas não chegam a se identificar. Cuida-se de questões afins, cujos liames jurídicos materiais concretos são similares, entre si, embora não consistam num só e mesmo vínculo. (...) As demandas homogêneas se identificam no plano abstrato, no que diz respeito à questão fática ou jurídica em tese, mas não no âmbito de cada situação concreta. Em que pese sejam contratos semelhantes (até porque podem consistir em inúmeros contratos por adesão, contendo obrigações análogas), não se trata do mesmo contrato, isto é, de um só vínculo. A identidade está em determinada relação-modelo. Do ponto de vista de cada relação concreta, comparando-a com as outras do mesmo tipo, não há mais do que mera afinidade” (Antonio Adonias Aguiar Bastos, *Situações jurídicas homogêneas: um conceito necessário para o processamento das demandas de massa*, Revista de Processo, vol. 186/2010, ago./2010, pp. 87-107, DTR\2010\556).

consequência jurídica (ou solução-tipo²⁵). Portanto, a litigiosidade de massa é sempre repetitiva²⁶.

Contudo, a litigiosidade repetitiva não é unicamente de massa. Litigar não compreende apenas o domínio do direito originário de ação, entendido como o poder de cada cidadão de acionar o Judiciário veiculando uma pretensão em face de algum réu, mas também deve incluir pretensões recursais – que são o desenvolvimento do direito de ação, que, no âmbito dos recursos, passa a dirigir-se aos tribunais.

A pretensão recursal pode tanto propagar-se para um tribunal hierarquicamente superior o julgamento da pretensão de mérito, mas também, de forma isolada, instaurar o debate de uma questão incidental, por vezes relativa a matéria decidida por decisão interlocutória e que comportam impugnação por agravo de instrumento, na forma do art. 1.015 do CPC de 2015. Os incisos do art. 1.015 que se referem a questões processuais incidentais, por exemplo, ainda são geradores de litigiosidade recursal com potencial de gerar repetitividade.

Pode ocorrer também de a repetitividade ser apenas parcial em relação ao objeto do processo, além de poder ela ser ligada a uma questão de massa ou não, como no caso de questões processuais surgidas, por exemplo, em fases de liquidação e de cumprimento de sentença proferidas em casos que não sejam fruto de relações massificadas.

A litigiosidade repetitiva, dessa forma, não precisa corresponder a uma pretensão que se replica indefinidamente no Judiciário desde a fase postulatória do processo de conhecimento. A repetição pode nascer apenas em sede recursal por questões similares e também pode representar apenas parte do objeto do processo ou da impugnação. Isso ocorre, para ilustrar, nos casos em que, independentemente da origem do débito fazendário, discute-se repetidamente a questão acessória de quais são os índices de correção monetária e juros exigíveis em face da Fazenda Pública.

Ainda no gênero “litigiosidade repetitiva” pode-se inserir uma espécie um tanto particular de litigância que, no atual quadro legislativo, estão sendo colocadas naquela

²⁵ Antonio Adonias Aguiar Bastos, *Situações jurídicas homogêneas: um conceito necessário para o processamento das demandas de massa*, loc. cit.

²⁶ Christoph A. Kern, em texto analisando os instrumentos processuais para a resolução de fenômenos de massa na Alemanha, indica que eles resultam “em situações nas quais as questões de fato e de direito em relação a todas as partes envolvidas são idênticas” (*A proteção do consumidor pelos tribunais: desafios dos fenômenos de massa*, trad. Lisiane Maria Giordani, Revista de Direito do Consumidor, vol. 83/2012, jul.-set./2012, pp. 223-237).

mesma categoria. Trata-se de uma litigiosidade de massa que promove a judicialização de políticas públicas e, em realidade, corresponde a um conjunto de pretensões pseudoindividuais veiculadas em face de entes estatais; são macrolitígios envolvendo a judicialização de direitos sociais²⁷. Nessas hipóteses, o atendimento dos indivíduos em juízo produz impacto financeiro em uma política pública voltada a direitos fundamentais, como a saúde, assistência básica, educação etc., porque ficam profundamente abalados tanto o planejamento quanto os objetivos estatais de implementação daquelas mesmas políticas públicas, que acabara por falhar ao não universalizarem os direitos sociais.

São os casos emblemáticos de processos judiciais (de índole individual ou muitas vezes coletiva) movidos em face do poder público em defesa de direitos de cidadãos em busca de medicamentos não fornecidos pelo SUS²⁸, para reivindicar leitos em hospitais públicos ou ainda vagas em creches municipais²⁹. Pretende-se discutir, em razão daquela circunstância, se tais casos se adequam à mesma estratégia processual construída para as outras modalidades de litigância repetitiva, considerando inclusive a pendência atual, perante a Câmara dos Deputados, do Projeto de Lei nº 8.058/2014, que pretende estabelecer “o processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário”³⁰.

²⁷ Conforme alerta Susana Henriques da Costa, em tema de direitos sociais, “demandas coletivas voltadas à criação ou redefinição de políticas públicas envolvendo direitos fundamentais sociais, em regra, consubstanciam direitos difusos, dada sua natureza indivisível (universalidade) e a indeterminabilidade de seus titulares” (*A imediata judicialização dos direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial. Relação direito e processo*, in “O processo em perspectiva. Jornadas Brasileiras de Direito Processual”, org. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, pp. 345-370).

²⁸ Esta matéria, particularmente, com reconhecida repercussão geral, encontra-se sob exame do Supremo Tribunal Federal nos Recursos Extraordinários n. 566471 e 657718, cujo julgamento, até a data da conclusão deste trabalho, foi interrompido por pedido de vista do Ministro Teori Zavascki, após votos dos Ministros Marco Aurélio, Roberto Barroso e Edson Fachin, sem ainda ter ocorrido disponibilização dos votos.

²⁹ Para estas situações, há importantes decisões do Supremo Tribunal Federal reconhecendo a possibilidade de judicializar o direito à educação a fim de impor ao ente público a obrigação de viabilizar o concreto acesso de crianças às creches: “Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à ‘reserva do possível’” (RE 410715 AgR e RE 410715 AgR, Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgados em 22/11/2005).

³⁰ O projeto é fruto de pesquisas realizadas no CEBEPEJ (Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais), com início em 2010, e foi apresentado em 4/11/2014 à Câmara dos Deputados, pelo Deputado Federal Paulo Teixeira.

3. Proposta de distinção entre o gerenciamento e a gestão de processos face ao movimento de *case management*

Ainda a título de esclarecimento do objeto desta tese, propõe-se distinguir o conceito de “gestão de processos” do *case management*, dada a ampla disseminação desse último tema na doutrina estrangeira, com recentes e importantes influências na doutrina processual nacional.

Tratar-se-á do gerenciamento na perspectiva das possibilidades de os poderes do juiz serem utilizados no processo em uma busca pela tutela jurisdicional adequada a cada controvérsia, dada a sua complexidade, a natureza das partes envolvidas, ou a possibilidade de autocomposição.

De seu turno, como será demonstrando no decorrer do trabalho, os mecanismos de gestão de processos devem ser tratados de forma apartada pois são aqueles voltados ao tratamento de processos ou controvérsias de massa ou repetitivas, não valorizando de antemão a busca por uma tutela jurisdicional adequada caso a caso, mas sim a uniformização e racionalização do tratamento judicial para questões repetitivas.

Ambos os fenômenos podem ter em comum a noção de *gerencialismo* que não é uma postura propriamente jurídica e menos ainda exclusivamente processual, mas tanto os seus objetivos quanto seus instrumentos merecem atenção própria.

CAPÍTULO I – CASE MANAGEMENT VS. GESTÃO DE PROCESSOS

4. As primeiras referências ao *case management* no Direito Europeu e no sistema inglês

A análise a ser realizada neste capítulo relativa ao direito estrangeiro não se contenta unicamente com a identificação da origem histórica do fenômeno que se propõe estudar neste trabalho. Também não se almeja realizar com profundidade um exame de direito comparado. Mas na medida em que muitas das reformas processuais brasileiras são inspiradas em reformas precedentes em outros ordenamentos, não há como estudá-las ou compreender o atual papel da jurisdição frente a elas sem ao menos conhecer quais objetivos foram exaltados e concretamente validados por reformas que outros ordenamentos experimentaram³¹.

É de se lembrar que o *case management* é uma referência que ganhou notoriedade no direito processual inglês, em contexto no qual o legislador implementou modificações no tradicional sistema de caráter adversarial³², onde vigorava bastante autonomia das partes para determinar o progresso e os custos do litígio e, assim, a sua duração perante o Judiciário.

³¹ Para tanto, são instigantes as orientações de Michele Taruffo a respeito do “projeto cultural” que o estudioso de direito comparado pode enfrentar: “uma comparação orientada às reformas implica consideração do efetivo funcionamento dos sistemas e dos institutos, das escolhas de política do direito pressupostas, da orientação da praxe e dos princípios gerais que fundam a validade e a efetividade dos ordenamentos confrontados. (...) se de um lado o estudo comparado pode ser utilmente orientado para preparar reformas, de outro lado é difícil pensar que boas reformas possam ser feitas sem adequado conhecimento de como outros legisladores enfrentaram e resolveram – quiçá de modo eficaz – os mesmos problemas” (*Aspectos fundamentais do processo civil de civil law e de common law*, in “Processo civil comparado: Ensaio”, apresentação, organização e tradução de Daniel Mitidiero, São Paulo, Marcial Pons, 2013, p. 12, texto e nota de rodapé n. 3). Essencial a observação do autor de que, para tornar o estudo mais interessante e frutífero, não convém “perder-se na massa infinita dos detalhes” que distinguem ordenamentos comparados, pois a construção de “tipos ideais” ou “modelos” pode ser produtiva para um cotejo comparado, pois “parecem idôneos para representar os traços essenciais desses ordenamentos” (*cit.*, pp. 13-14).

³² Em um sistema puramente adversarial, o juiz não interfere no desenvolvimento do processo antes da fase de julgamento, como garantia da imparcialidade do magistrado e também da autonomia das partes. Sobre o tema: “Traditionally under the classical view, judges were not to be involved in the preparation of cases for trial. Judicial independence forces judges to be disengaged from and dispassionate about the dispute in order to ultimately ensure the fairness and impartiality of outcomes. Unless one of the parties requested the courts to do something, the judge for the most part did not intervene in pretrial preparation. The traditional course of litigation in our adversary system, therefore, rested in the hands of litigants. To compliment the detached and disinterested judge, this adversarial approach emphasized the autonomy of the litigants, who were principally responsible for using their own devices to define and shape the dispute throughout pretrial” (Kenneth M. Vorrasi, *England’s Reform to alleviate the problems of civil process: a comparison of judicial case management in England and the United States; Notes*, Journal of Legislation, vol. 30: 2, artigo 8, p. 362).

Intensa pesquisa empírica realizada sob a chefia do Lord Harry Woolf na década de 1990³³ culminou em 1995 e 1996 nos chamados *Woolf's Interim Report* e *Final Report*, ou simplesmente *Woolf Report*, contendo algumas recomendações voltadas à melhoria do funcionamento do sistema de justiça inglês. As novas regras resultantes daquele relatório são as *Civil Procedure Rules* (CPR) de 1998 (em vigor a partir de 1999), em vigor na Inglaterra e no País de Gales e que, graças àquele relatório, foram construídas e votadas com a precedência de diagnósticos formados em pesquisas de eficiência e custo da justiça.

Basicamente, o Relatório Woolf concluiu que o sistema de justiça inglês era muito lento, caro (em termos de valores envolvidos, em especial nos casos de valores reduzidos, o custo do processo para o sistema era desproporcional), complexo e inacessível, e isso se devia ao fato de que a condução do processo competia às partes³⁴, sem controle judicial do litígio. O controle sobre o processo, segundo Woolf, deveria ocorrer de duas formas: controle legal, pelo qual o modelo procedimental pudesse ser mais célere; e a supervisão do juiz, que determinaria o ritmo do procedimento a ser seguido assim que a defesa fosse apresentada³⁵.

Em trabalho datado de 2010, Marco de Cristofaro recorda que o *case management* já vem chamando a atenção de juristas há cerca de vinte anos, desde que dedicados a pensar em reformas das leis processuais visando à qualidade dos serviços judiciários e à duração razoável do processo, ditadas ainda por uma tendencial redução de custos³⁶. *Case management*, para o referido autor, é instrumento na direção da racionalização

³³ A pesquisa foi requisitada pelo *Lord Chancellor* inglês de então, cargo que atualmente pode ser equiparado ao de Ministro de Justiça no Brasil, por se tratar de Secretário de Estado. O trabalho de pesquisa contou com o auxílio de um grupo capacitado de profissionais do *Lord Chancellor's Department* e também reuniu profissionais representativos de todas as áreas do Judiciário e de outros profissionais do direito. A notícia sobre a representatividade da pesquisa é de Adrian Zuckerman, Professor da Universidade de Oxford (*Lord Woolf's Access to Justice: plus ça change*, *Modern Law Review*, vol. 59, 1996, pp. 773-796), que tributa aos Relatórios Woolf a qualidade de a mais ampla revisão do sistema judiciário inglês.

³⁴ Zuckerman acrescenta que o processo civil inglês é lento e custoso por ser vulnerável à subversão por atores do universo forense, como os advogados, que, na visão dele, possuiriam interesse financeiro em complicar e alongar o litígio, em razão de honorários (*op. cit.*, p. 773), o que também constou do *Woolf Report* (*op. cit.*, p. 777). Mas além disso, Zuckerman também acentua que o mecanismo de assistência judiciária gratuita existente no sistema inglês evita a barreira econômica para o acesso à justiça com o aumento do número de litígios que também devem ser gerenciados (*op. cit.*, pp. 778-779).

³⁵ Zuckerman, *op. cit.*, p. 775: "These controls are to take two principal forms. The first is rule control. It consists of economical and tightly drawn procedures which, when applicable, will ensure that the litigation moves forward expeditiously and at more or less pre-determined direction and pace. The second form of control would involve judicial supervision. As soon as the defense has been served, judges will take the management of the litigation in hand. Thereafter, they and not the parties' lawyers, will determine the nature of the processes to be followed and their pace".

³⁶ Sobre a duração razoável do processo, o autor italiano acrescenta que ela é reafirmada pelo Conselho Consultivo dos Juízes Europeus, no Parecer n. 11 de 2008 em que a tempestividade da tutela jurisdicional é colocada ao lado da equidade do processo, da clareza das decisões judiciais, dos valores da coisa julgada e do

do processo, seja mediante a elaboração de regras processuais que conferem ao juiz a faculdade de ordenar o processo e de não ficar, quanto ao ritmo do seu desenvolvimento, a mercê da iniciativa das partes, seja com a adaptabilidade procedimental às peculiaridades do caso concreto³⁷.

Segundo o autor, o *case management* consiste na atribuição de poderes ao juiz quanto ao desenvolvimento do processo e possibilidade de eleição de caminhos mais simples ou céleres para atingir o resultado final; para aquele Professor italiano de Pádua, distingue-se o *case management* dos poderes instrutórios do juiz ou poder de aprofundamento de ofício nas alegações materiais das partes³⁸. Ele elucida que, já em 1984, havia recomendação da Comissão dos Ministros do Conselho da Europa designada *Principles of Civil Procedure Designed to Improve the Functioning of the Justice*, que incentivava poderes judiciais de impulso do processo e de determinação de seu objeto, desde que observados os princípios da paridade de armas e da imparcialidade do magistrado, o que, consistiria na “generica potestà ordinatoria diretta a disciplinare ed accelerare il corso del giudizio”³⁹.

Contudo, a verdadeira essência do *case management* não estaria nessa recomendação sobre princípios do processo civil e só se revelou em recomendação no âmbito da União Europeia em Parecer do Conselho Consultivo dos Juízes Europeus em 2004 (Parecer n. 4), o que depois foi reforçado em 2008 com o Parecer n. 11.

No parecer n. 4 de 2004 falava-se do *case management* como um conjunto de princípios, que em resumo eram de: (i) limite de até duas audiências por procedimento, uma preliminar e outra para produção de provas e debates orais e, se possível, julgamento, com previsão de sanções para as partes, testemunhas e peritos que não colaborarem com a Corte

princípio do *ne bis in idem*: “A high quality judicial decision is one which achieves a correct result – so far as the material available to the judge allows – and does so fairly, speedily, clearly and definitively” (*Case management e riforma del processo civile, tra effettività dela giurisdizione e diritto costituzionale al giusto processo*, Rivista di Diritto Processuale, ano LXV, n. 2, março-abril 2010, p. 282).

³⁷ Cristofaro, *Case management e riforma del processo civile, tra effettività dela giurisdizione e diritto costituzionale al giusto processo cit.*, pp. 282-283.

³⁸ “(...) il *case management* si concreta in sostanza nell’attribuzione al giudice di poteri relativi all’iter di svolgimento del processo, e così alla articolazione degli snodi in senso stretto procedimentali del progredire dello stesso (ivi compresa la fissazione discrezionale *ope iudicis* di termini perentori per la presentazione del materiale di lite o la scelta di percorsi semplificati o acceleratori); mas resta invece estraneo alle tematiche dei poteri/doveri del giudice quanto all’approfondimento officioso di questioni insorte nel corso del processo o alla tematica dei poteri istruttori o addirittura all’onere di segnalazione alle parti della necessità di integrare/modificare le proprie allegazioni”(Cristofaro, *Case management e riforma del processo civile, tra effettività dela giurisdizione e diritto costituzionale al giusto processo cit.*, p. 283).

³⁹ Cristofaro, *Case management e riforma del processo civile, tra effettività dela giurisdizione e diritto costituzionale al giusto processo cit.*, p. 286.

no que tange à duração do processo; o diferencial residiria na possibilidade de o juiz controlar a programação do processo e sua duração, estabelecendo datas e possuindo poderes para indeferir adiamentos, mesmo que fossem da vontade de ambas as partes; (ii) poderes para o juiz sancionar partes e advogados a fim de controlar abusos no procedimento; (iii) a Corte teria poderes amplos para assegurar celeridade no desenvolvimento do processo, respeitando os direitos das partes, seja no que tange às alegações ou mesmo relativamente às provas; (iv) previsão de que as Cortes pudessem escolher procedimentos orais ou escritos, exceto em casos excepcionais previstos em lei; (v) necessidade de estabilizar o procedimento e afastar ao máximo a possibilidade de novas alegações ou admissão de novos meios de prova, a não ser por razões excepcionais, pois as partes possuem o direito de serem ouvidas e terem um julgamento em tempo razoável; (vi) o julgamento pode ocorrer na conclusão do procedimento ou o mais cedo possível, e deve ser o mais conciso possível; (viii) previsão de procedimentos especiais para casos urgentes, situações ou valores incontroversos e liquidados ou pequenas causas, com regras mais flexíveis de provas; (ix) disponibilização às Cortes da mais moderna tecnologia disponível. O parecer se completa com a precisa observação de que “States have to provide adequate – but not infinite – resources and funding for civil as well as criminal litigation. Because neither the state nor parties have infinite resources, courts must control litigation, in the interests both of individual litigants and litigants in other cases”⁴⁰

Já o posterior parecer n. 11 de 2008 do CCEJ conduziu suas recomendações a partir das premissas de que “judge must be able to organise and conduct the proceedings actively and accurately. The proper development of the proceedings is conducive to the quality of the final product – the decision”⁴¹ e estimulou que fossem encorajados e disseminados *standards* de boas práticas e de condução de audiências para que a troca de experiências possa auxiliar em soluções de *case management*, voltadas à qualidade da justiça.

Como síntese, Cristofaro acentua que o objetivo do *case management* aproxima-se das finalidades do chamado “principio dell’equo processo”, na medida em que atua para garantir a paridade de armas das partes, a economia de despesas, a resolução justa da disputa; mas o *case management* acrescentaria a isso a perspectiva do tratamento da

⁴⁰[https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&Ref=CCJE\(2004\)OP6&Sector=secDGHL&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInternet=FEF2E0&BackColorIntranet=FEF2E0&BackColorLogged=c3c3c3&direct=true](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&Ref=CCJE(2004)OP6&Sector=secDGHL&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInternet=FEF2E0&BackColorIntranet=FEF2E0&BackColorLogged=c3c3c3&direct=true); acesso em 1º/7/2016.

⁴¹[https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&Ref=CCJE\(2008\)OP11&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864&direct=true](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&Ref=CCJE(2008)OP11&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864&direct=true); acesso em 1º/7/2016.

controvérsia com justiça, de modo que a cada disputa seja destinada uma parte adequada dos recursos do sistema judiciário, tendo presente a necessidade de reservar adequada porção de recursos a outras controvérsias que também requeiram intervenção judicial.

E desse ponto de vista o autor italiano defende que o *case management* é um dever do juiz⁴², seja para reservar a atividade judicial como última *ratio* (daí a valorização acentuada dos meios alternativos de resolução de controvérsias, como mecanismo de *case management*), seja em razão do que o autor chama de “selezione comparativa” da importância das questões, com a mensuração da atenção do juiz de acordo com o seu grau de relevância⁴³.

De acordo com a legislação inglesa já mencionada (CPR), o *case management* pode ser exercido por meio de vários tipos de procedimentos (small claims track, fast track e multi track⁴⁴), em consonância com a complexidade da disputa que é avaliada tanto em função do valor envolvido no processo quanto da quantidade de partes e das alegações das partes, de modo que o sistema se assenta na flexibilidade de escolha do magistrado pelo procedimento mais adequado e no interesse do bom funcionamento do sistema de justiça⁴⁵⁻⁴⁶.

Também sobre o sistema inglês, Neil Andrews observa que as funções do *case management* são “encorajar as partes a se empenharem pelo consenso, sempre que possível (...); evitar que o processo tramite muito lentamente e de maneira ineficaz; finalmente, garantir que os recursos judiciais sejam utilizados proporcionalmente” de forma

⁴² O que se alinha com a perspectiva de Woolf, para quem, de acordo com o seu Relatório, faltava no sistema judicial inglês responsabilidade do juiz na utilização racional dos recursos públicos com os litígios civis. E na mesma direção: Kenneth M. Vorrasi, *England's Reform to alleviate the problems of civil process: a comparison of judicial case management in England and the United States; Notes cit.*, p. 370, para quem se trata de um poder-dever: “the central purpose of the new Rules is to empower the courts as the means by which to achieve justice. In harmony with Lord Woolf's objectives for procedural reform, the court's duty to justly deal with cases in ways that are proportionate (based on cost, complexity, and the financial position of the parties); ensuring that the case is dealt with expeditiously and fairly; and allotting the appropriate share of the court's resources with respect to other concurrent litigation (...). The court's obligation to effectuate the overriding objective extends to the exercise of their case management”.

⁴³ Cristofaro, *Case management e riforma del processo civile, tra effettività della giurisdizione e diritto costituzionale al giusto processo cit.*, p. 290.

⁴⁴ Previstas, respectivamente, nas partes 27 a 29 da CPR.

⁴⁵ A flexibilidade procedimental foi duramente criticada por Michael Zander na Inglaterra (*The Woolf Report: Forwards or Backwards for the new Lord Chancellor*, Civil Justice Quarterly 16, 1997, p. 208), para quem a experiência dos Estados Unidos já teria demonstrado que a estratégia não garantia celeridade de julgamentos, e por Judith Resnik nos Estados Unidos (*Managerial Judges*, 1982, Harvard Law Review, vol. 96, p. 377).

⁴⁶ Marco de Cristofaro observa que a flexibilidade de procedimento garante que a operatividade do serviço judiciário seja satisfativa para a globalidade dos seus potenciais destinatários, de modo que se faça justiça em um determinado caso a um custo e em prazo razoáveis, consumindo proporcionais recursos do sistema judiciário e das partes (*Case management e riforma del processo civile, tra effettività della giurisdizione e diritto costituzionale al giusto processo cit.*, p. 294).

que “o tribunal e as partes levem em conta haver ações que disputam o mesmo espaço e outros litigantes que também pretendem obter acesso aos juízes”⁴⁷.

A proposta do Lord Woolf, que acabou sendo aprovada, como se viu, e redundou na reforma das leis processuais da Inglaterra e do País de Gales, foi examinada com espírito crítico por Adrian Zuckerman, Professor da Universidade de Oxford. Para ele, existe “a deeply ingrained mechanism that generates high costs. Unfortunately, too little attention has been given to the operation of this mechanism, even though its persistence and influence have been consistent in the history of English law. As a result, its power has remained intact and has defeated past reforms”⁴⁸. Esse mecanismo que dá ensejo a litígios judiciais de altos custos seria, para aquele autor, o interesse econômico de advogados no prolongamento do conflito na medida em que possam cobrar de seus clientes honorários por hora trabalhada, o que pode motivar estratégias como: exagero nos pedidos iniciais para escapar do procedimento mais célere (*fast track*) que é aplicável a causas de menor valor envolvido, ou ainda resistência a acordos na medida em que os honorários combinados com os respectivos clientes sejam percentualmente menores quanto mais rapidamente se encerrar o litígio⁴⁹, o que geraria a ineficiência das reformas programadas no sistema.

Zuckerman afirma que esse fator era conhecido por Woolf, na elaboração do relatório, mas que o último acreditava na mudança cultural⁵⁰ que o *case management* poderia produzir, para temperar o dogma da autonomia das partes nos processos civis.

Mas ao lado de uma mudança cultural ligada à relação entre as partes e os seus próprios litígios, as CPR de 1998 fizeram emergir no Judiciário uma “função gerencial” (ou “*managerial function*”⁵¹), com a implementação de uma perspectiva de interesse público das Cortes inglesas na solução do problema de ineficiência e onerosidade dos processos

⁴⁷ Neil Andrews, *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*, orientação e revisão da tradução Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009, pp. 73-74.

⁴⁸ Zuckerman, *Lord Woolf's Access to Justice: plus ça change cit.*, p. 779.

⁴⁹ Zuckerman, *Lord Woolf's Access to Justice: plus ça change cit.*, p. 781-784.

⁵⁰ Mencionando também uma mudança cultural na implementação do *case management* na justiça inglesa: Kenneth M. Vorrasi, *England's Reform to alleviate the problems of civil process: a comparison of judicial case management in England and the United States; Notes cit.*, p. 367. Barbosa Moreira, comentando a codificação processual civil inglesa de 1999, entendeu que houve verdadeira revolução com o abandono do padrão de juiz expectador típico do modelo adversarial da *common law* (*A revolução processual inglesa*, Revista de Processo, vol. 118/2004, nov.-dez./2004, pp. 75-88, DTR\2004\667).

⁵¹ Kenneth M. Vorrasi, *England's Reform to alleviate the problems of civil process: a comparison of judicial case management in England and the United States; Notes cit.*, pp. 362-363 e especialmente p. 365: “This effort to assess the structure and functioning of the civil procedural system stemmed from growing public sentiment that the system did not afford equal access to justice and lacked both efficiency and effectiveness due to spiraling costs, increasing duration and breadth, and the system's inherent complexity”.

judiciais, ainda mais acentuadas com o crescimento cada vez mais intenso dos índices de litigância de massa.

É importante realçar que não se vislumbrou nas CPR inglesas um completo abandono do sistema adversarial⁵², e sim, como dito, um temperamento que fortaleceu o poder das cortes na sua relação com os litígios civis⁵³. As coisas se passaram de forma ligeiramente diferente nos Estados Unidos, em uma adesão histórica mais firme com o modelo de processo civil adversarial próprio da *common law*.

5. *Case management* no direito norte-americano

A respeito do direito americano, há quem diga que o *case management* remonta ao texto original das *Federal Rules of Civil Procedure* de 1938⁵⁴, portanto, teria sido incorporado à legislação processual civil antes da previsão no ordenamento inglês. A inspiração, originalmente, seriam as severas críticas de Roscoe Pound à administração da justiça tecidas em trabalho elaborado em 1906 e denominado *The Causes of Popular*

⁵² Lembrando a crítica pertinente de Taruffo a respeito da superação dos modelos descritivos das tradições de *common law* e *civil law* para representar suas características fundamentais, não sendo mais úteis para conhecer com profundidade os ordenamentos que compõem as chamadas famílias do direito anglo-saxão e do direito romano-germânico (Taruffo, *Aspectos fundamentais do processo civil de civil law e de common law cit.*, p. 31). Assim, seguindo essa orientação, conscientiza-se da “superação dos modelos tradicionalmente usados para descrever e distinguir os dois grupos e da conseguinte necessidade de reinterpretar a mutável realidade dos vários sistemas processuais por meio de esquemas cognitivamente atualizados e heurísticamente mais eficazes” (*op. cit.*, p. 34).

⁵³ Resumidamente, e partindo de modelos representativos não necessariamente realísticos, o sistema adversarial é costumeiramente marcado pela autonomia das partes na definição dos limites do litígio e na determinação do desenvolvimento do processo, sob a garantia de que a controvérsia será julgada por um terceiro neutro que não interferirá na exposição dos fatos pelas partes e nas provas que elas pretendem produzir para demonstrar suas alegações. Tradicionalmente, no modelo adversarial de processo, o juiz é visto como um sujeito passivo que não está autorizado a intervir nos poderes das partes sobre o ritmo do processo. No entendimento de Damaska, ilustre jurista que se dedica ao estudo de direito comparado e sustenta contraposição superada entre os perfis adversarial e inquisitorial porque as distinções reais são hoje muito tênues, o sistema adversarial “si configura come una lotta tra due avversari di fronte a un arbitro relativamente passivo, il cui principale dovere consiste nel raggiungere un verdetto” (Mirjan R. Damaska, *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, Il Mulino, Bologna, 1991, trad. Italiana, pp. 30-31). Também no sentido de que a dualidade está “envelhecida” e “já passou o tempo de rígidas contraposições dogmáticas e de contrastes de princípios, porque outros problemas bem diferentes apareceram no campo da justiça civil, e muitos legisladores assumiram orientações reformadoras mais pragmáticas e menos ideologicamente orientadas”: Taruffo, *Icebergs do common law e civil law? Macrocomparação e microcomparação processual e o problema da verificação da verdade*, Revista de Processo, vol. 181, mar./2010, pp. 167-172, DTR2010\132.

⁵⁴ Kenneth M. Vorrasi, *England's Reform to alleviate the problems of civil process cit.*, p. 363; Judith Resnik, *Managerial Judges cit.*, pp. 391-392.

*Dissatisfaction with the Administration of Justice*⁵⁵, em movimento que redundou na uniformização e naquela codificação de 1938 das normas processuais civis para as cortes federais.

A codificação das normas processuais civis para os processos com trâmite nas cortes federais norte-americanas reservou aos juízes o poder de ordenar a duração do processo visando a um trâmite justo e eficiente, de acordo com a natureza e a necessidade da controvérsia sob julgamento; essa flexibilidade em princípio se chocava com o objetivo de uniformização dos procedimentos⁵⁶. O intuito de ajustar o litígio ao tempo e aos custos envolvidos no processo estava implícito na *Rule 1* que estabelecia a respeito das novas regras procedimentais ali dispostas que: “They should be construed, administered, and employed by the court and the parties to secure the just, speedy, and inexpensive determination of every action and proceeding”.

Com a *Rule 16*, e sua previsão da *pretrial conference*, pretendia-se simplesmente encorajar os juízes – portanto, não havia obrigatoriedade –, em consonância com o modelo inglês do processo civil, a realizarem audiências prévias que evitariam alegações escritas das partes, ao menos naquele momento, a fim de delimitar a controvérsia e tratar sobre as provas. Em 1983, houve uma alteração na aludida Regra⁵⁷ que acrescentou à *pretrial conference* o exposto objetivo de organização do calendário do processo (*scheduling*⁵⁸) e gerenciamento (*management*⁵⁹). Foi então da modificação legal de 1983 que

⁵⁵ Para um preciso e breve resumo do pensamento de Roscoe Pound (que foi diretor da Universidade de Harvard), não só com relação à administração da justiça por uma visão da sociologia do direito, mas também sobre o seu “programa” de filosofia do direito que propugnava uma postura funcional e prática, vide o artigo de Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, denominado *Roscoe Pound e a diferença do Direito dos livros e da vida real*, de 27/4/2014, disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-abr-27/embargos-culturais-roscoe-pound-diferenca-direito-livros-vida-real>.

⁵⁶ Vorrasi afirma que as *Rules* “provided judges with the discretion to fairly and effectively adjudicate. But, as evinced by three overreaching purposes, a strong tension persists in the Rules: the goal of uniformity is difficult to reconcile with the goals to promote flexibility and discretion” (*England’s Reform to alleviate the problems of civil process cit.*, p. 376).

⁵⁷ A atual redação da parte inicial da *Rule 16* é a seguinte: “(a) Purposes of a Pretrial Conference. In any action, the court may order the attorneys and any unrepresented parties to appear for one or more pretrial conferences for such purposes as: (1) expediting disposition of the action; (2) establishing early and continuing control so that the case will not be protracted because of lack of management; (3) discouraging wasteful pretrial activities; (4) improving the quality of the trial through more thorough preparation; and (5) facilitating settlement”.

⁵⁸ A fixação do calendário do processo é obrigatória, segundo item (b)(1) da Regra, depois de ouvir as partes em audiência – quando ela ocorrer –, a fim de concluir o mais brevemente possível o processo, a não ser que o juiz encontre um motivo justificável para eventual atraso, de acordo com o item (b)(2). O calendário pode até ser revisto no curso do processo, desde que haja justa causa e autorização do magistrado, conforme item (b)(4) da Regra.

⁵⁹ O gerenciamento previsto na Regra envolve a possibilidade de o juiz presidir o processo levando em conta diversas particularidades da causa, como a complexidade do litígio e das alegações das partes – item (c)(2)(A), conveniência de permitir ou não para acréscimo de alegações e realização de provas – itens (c)(2)(B) e (c)(2)(C), dentre diversas outras.

surgiu a explícita alusão ao *judicial management* na fase de *pretrial*, conforme observou o *Advisory Committee on Rules* daquele ano⁶⁰. Ainda assim, a *pretrial conference* permaneceu como ato de realização facultativa, servindo também para a facilitação da celebração de acordos (Rule 16 (a)(5)). A calendarização passou a ser obrigatória nas cortes federais norte-americanas segundo a referida norma acrescentada em 1983 às *Rules*, mesmo em caso de não ter sido designada a *pretrial conference*, logo após a fase de *discovery*⁶¹⁻⁶².

Segundo a doutrina norte-americana que debateu o tema, em 1983 verificou-se uma transformação “*from the role of the judge as a neutral adjudicator to an active manager of litigation*”⁶³, mesmo que comparativamente aquela lei não tenha ido tão longe como a legislação inglesa no que diz respeito ao detalhamento dos poderes atribuídos ao “*managerial judge*”. A legislação dos EUA, quando voltada especificamente ao *judicial management* do processo, diferente da inglesa, não foi criada com o intuito deliberado de ampliação do acesso à justiça, mas sim de racionalização do serviço judiciário frente ao tempo possível e necessário de ser dedicado ao processo⁶⁴.

Nos Estados Unidos, o *case management* também representou em algum grau um abandono do “*adversarial principle*”⁶⁵, típico dos sistemas de *common law*. E isso ocorreu particularmente nos processos que a doutrina norte-americana denominou de *public*

⁶⁰ “The amended rule makes scheduling and case management an express goal of pretrial procedure. This is done in Rule 16(a) by shifting the emphasis away from a conference focused solely on the trial and toward a process of judicial management that embraces the entire pretrial phase, especially motions and discovery. In addition, the amendment explicitly recognizes some of the objectives of pretrial conferences and the powers that many courts already have assumed. Rule 16 thus will be a more accurate reflection of actual practice”.

⁶¹ Sobre a convivência do *judicial management* com o *discovery*, Vorrasi acrescenta que: “it is important to note that the pretrial conference is not a substitute for discovery. Although judges have the power as a manager to facilitate discovery, the parties remain the driving force behind the factual and issue development of the case. Rule 16 and its creation of a discretionary, managerial role for the judge only serve to supplement and augment the adversaries in the interest of achieving the ‘just, speedy, and inexpensive determination of every action’” (*England’s Reform to alleviate the problems of civil process cit.*, p. 378).

⁶² A *discovery* americana ou a *disclosure* inglesa são ambas fases preliminares de produção de prova e se fundamentam em um dever processual da parte de prestar informações ou apresentar documentos à contraparte que sejam relevantes sobre a controvérsia, antes da fase de julgamento. Sobre isto, com mais detalhes, vide Flávio Luiz Yarshell, *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*, São Paulo, Malheiros, 2009, n. 31, pp. 159-161.

⁶³ Vorrasi, *England’s Reform to alleviate the problems of civil process cit.*, p. 377. Segundo Judith Resnik, “As managers, judges learn more about cases much earlier than they did in the past. They negotiate with parties about the course, timing, and scope of both pretrial and posttrial litigation. These managerial responsibilities give judges greater power” (*Managerial judges cit.*, p. 378).

⁶⁴ “Judges have also become concerned with problems of their own – the perception that the courts are too slow, justice too expensive, and judges at least partly at fault. Since the early 1900’s, judges have attempted to respond to criticism of their efficiency by experimenting with increasingly more managerial techniques” (Judith Resnik, *Managerial judges cit.*, p. 395).

⁶⁵ Cristofaro, *Case management e riforma del processo civile, tra effettività della giurisdizione e diritto costituzionale al giusto processo cit.*, p. 289.

*law litigation*⁶⁶. Neste tipo de processo, ocorre a judicialização de políticas públicas: “object of litigation is the vindication of constitutional or statutory policies”⁶⁷, com intensa participação do juiz, em casos que envolvem, por exemplo, desagregação racial nas escolas, discriminação de empregos, direitos fundamentais de detentos, fraude contra consumidores etc.⁶⁸

Mesmo com essa anterioridade do direito norte-americano, o papel “*managerial*” do juiz no sistema inglês é mais amplo do que no sistema dos Estados Unidos, dado o detalhamento que a lei de 1999 deu às providências que podem ser tomadas pelo juiz inglês no *case management* em qualquer modalidade de processo.

6. *Case management* no direito português

Em Portugal também ocorreu a consagração expressa ao *case management*. Na atualidade, a regra está no Código de Processo Civil de 2013 que prevê o chamado “dever de gestão processual” do juiz (artigo 6^o⁶⁹), congregando os poderes com os quais o magistrado dirige o processo, seguido o espírito de “simplificação e agilização processual” e de “justa composição do litígio em prazo razoável”.

Segundo esse modelo, a “gestão processual” ocorre com cooperação de todos os sujeitos processuais (artigo 7^o⁷⁰), os quais devem concorrer para a composição do litígio com brevidade e eficácia.

⁶⁶ Abram Chayes, *The role of the judge in public law litigation*, Harvard Law Review, vol. 89, maio de 1976, n. 7, pp. 1281-1316.

⁶⁷ Abram Chayes, *The role of the judge in public law litigation cit.*, p. 1284; e Judith Resnik, *Managerial judges cit.*, p. 391.

⁶⁸ “The judge is the dominant figure in organizing and guiding the case, and he draws for support not only on the parties and their counsel, but on a wide range of outsiders – masters, experts, and oversight personnel. Most important, the trial judge has increasingly become the creator and manager of complex forms of ongoing relief, which have widespread effects on persons not before the court and require the judge’s continuing involvement in administration and implementation” (Abram Chayes, *op. cit.*, p. 1284).

⁶⁹ “Artigo 6.º Dever de gestão processual

1 – Cumpre ao juiz, sem prejuízo do ônus de impulso especialmente imposto pela lei às partes, dirigir ativamente o processo e providenciar pelo seu andamento célere, promovendo officiosamente as diligências necessárias ao normal prosseguimento da ação, recusando o que for impertinente ou meramente dilatatório e, ouvidas as partes, adotando mecanismos de simplificação e agilização processual que garantam a justa composição do litígio em prazo razoável. 2 – O juiz providencia officiosamente pelo suprimento da falta de pressupostos processuais suscetíveis de sanação, determinando a realização dos atos necessários à regularização da instância ou, quando a sanação dependa de ato que deva ser praticado pelas partes, convidando estas a praticá-lo”.

⁷⁰ “Artigo 7.º Princípio da cooperação

Além dessas regras gerais, há disciplina sobre a “gestão processual” no decorrer do processo (artigos 590.º a 604.º), incluindo a gestão inicial do processo diante dos articulados das partes (com a prolação pelo juiz de um despacho pré-saneador determinando a realização de providências saneadoras – artigo 590.º), a realização de audiência prévia para tentativa de conciliação e prolação do despacho saneador, definindo-se o objeto do litígio e enunciando-se os temas da prova (artigos 591.º a 596.º), procedimento para ações de valores reduzidos (artigo 597.º), alteração de requerimento de provas ou de rol de testemunhas (artigo 598.º), designação da audiência final (artigo 599.º) e da audiência em ações de indenização fundadas em responsabilidade civil (artigo 600.º), designação de técnico (artigo 601.º), poderes do juiz “para tornar útil e breve a discussão e para assegurar a justa decisão da causa”⁷¹ (artigo 602.º), e realização da audiência de instrução (artigos 603.º e 604.º).

Sobre esse modelo de “gestão de caso” no direito processual português, já se apontou, no Brasil, “a lógica de extensa relação e empoderamento do juiz na condução do processo, aliando-se à tradicional técnica do despacho saneador”⁷².

Antes da entrada em vigor do novo Código, o sistema português já conheceu uma técnica de gerenciamento ligada ao princípio da adequação do procedimento, superando

1 – Na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio.

2 – O juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de facto ou de direito que se afigurem pertinentes e dando-se conhecimento à outra parte dos resultados da diligência.

3 – As pessoas referidas no número anterior são obrigadas a comparecer sempre que para isso forem notificadas e a prestar os esclarecimentos que lhes forem pedidos, sem prejuízo do disposto no n.º 3 do artigo 417.º.

4 – Sempre que alguma das partes alegue justificadamente dificuldade séria em obter documento ou informação que condicione o eficaz exercício de faculdade ou o cumprimento de ónus ou dever processual, deve o juiz, sempre que possível, providenciar pela remoção do obstáculo”.

⁷¹ Dentre os quais se incluem: “a) Dirigir os trabalhos e assegurar que estes decorram de acordo com a programação definida; b) Manter a ordem e fazer respeitar as instituições vigentes, as leis e o tribunal; c) Tomar as providências necessárias para que a causa se discuta com elevação e serenidade; d) Exortar os advogados e o Ministério Público a abreviarem os seus requerimentos, inquirições, instâncias e alegações, quando sejam manifestamente excessivos ou impertinentes, e a cingirem-se à matéria relevante para o julgamento da causa, e retirar-lhes a palavra quando não sejam atendidas as suas exortações; e) Significar aos advogados e ao Ministério Público a necessidade de esclarecerem pontos obscuros ou duvidosos”.

⁷² Marcus Vinicius Kiyoshi Onodera, *Gerenciamento do processo (case management) no direito processual civil brasileiro*, tese apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Doutor, São Paulo, 2016, p. 58. Porém, de acordo com Paula Costa e Silva, não há grande novidade no poder de gestão com relação à adequação do procedimento: “Estabelecendo uma comparação com o dever de gestão constante do Código de Processo Civil, verifica-se que o dever de adequação é consagrado em ambos os diplomas. E em nenhum deles se inova, já que este princípio fora já consagrado nas Ordenações Manuelinas (1, 44, 43-45) e Filipinas (1, 65, 7, 23, 25, 73), se bem que contra ele se tenha insurgido alguma doutrina” (*A ordem do juízo de D. João III e o regime processual experimental*, Revista de Processo, vol. 156/2008, fev./2008, pp. 237-250, DTR\2008\155). A autora portuguesa identifica alguma novidade no regime processual experimental apenas nos mecanismos de simplificação do procedimento e de agregação de ações.

uma barreira antes presente face ao rígido princípio da legalidade das formas⁷³. Em 1996 inseriu-se o art. 265º-A ao Código então vigente consagrando a regra de que, “Quando a tramitação processual prevista na lei não se adequar às especificidades da causa, deve o juiz, oficiosamente, ouvidas as partes, determinar a prática dos actos que melhor se ajustem ao fim do processo, bem como as necessárias adaptações”, embora tenha havido a constatação de que “a prática judiciária nunca absorveu este princípio”⁷⁴.

Entre aquela modificação do art. 265º-A e a entrega em vigor do novo Código português, ainda existiu o chamado Regime Experimental, objeto do Decreto-lei 108/2006, com aplicação por prazo certo e em determinados tribunais com maior volume de movimentação processual, e com expressa alusão à “gestão processual”⁷⁵.

Na análise desse último regramento, a doutrina reconhecera que “compete ao juiz adotar a tramitação processual adequada às especificidades da causa. Ao contrário da tradicional disciplina dos procedimentos que, em regra, não pode ser livremente alterada pelo juiz, com o Regime este se solta das amarras das inflexíveis regras que atingem a quase totalidade dos códigos de processo civil ocidentais. Em outras palavras, o juiz tem a responsabilidade de dirigir o processo. (...) Um exemplo dessa regra está na possibilidade de, numa audiência, com extensa prova oral, optar o juiz por apresentar os depoimentos das testemunhas por escrito”⁷⁶.

Na visão de Miguel Teixeira de Sousa⁷⁷, o modelo experimental promoveu uma “sobrevalorização dos critérios de celeridade e de simplicidade”, com uma tendência

⁷³ Paula Costa e Silva, examinando o instituto, afirmou que “nenhuma forma vale por si e nenhuma sequência processual é rígida. No fundo, os ritos que encontramos previstos nas legislações processuais são meros indicadores da sequência que deve ser percorrida; são tipos orientadores” (*Legalidade das formas de processo e gestão processual ou as duas faces de Janus*, Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 48, n. 190, abr./jun. 2011, p. 146).

⁷⁴ Paula Costa e Silva, *Legalidade das formas de processo e gestão processual ou as duas faces de Janus cit.*, p. 138.

⁷⁵ “Artigo 2.º Dever de gestão processual – O juiz dirige o processo, devendo nomeadamente:

- a) Adoptar a tramitação processual adequada às especificidades da causa e adaptar o conteúdo e a forma dos actos processuais ao fim que visam atingir;
- b) Garantir que não são praticados actos inúteis, recusando o que for impertinente ou meramente dilatatório;
- c) Adoptar os mecanismos de agilização processual previstos na lei”.

⁷⁶ Junior Alexandre Moreira Pinto, *O Regime Processual Experimental Português*, Revista de Processo, vol. 148/2007, jun./2007, pp. 169-180, DTR\2011\1511. Interessante ainda a observação de Luís Correia de Mendonça, para quem: “É um pouco estranho que a estrutura flexível do processo tenha surgido a propósito da litigância de massa. Na verdade, é neste tipo de acções rotineiras, em que menos se faz sentir a necessidade de tomar em consideração as especificidades de cada uma das causas em concreto” (*Processo civil líquido e garantias (o regime processual experimental português)*, Revista de Processo, vol. 170/2009, abr./ 2009, pp. 215-250, DTR\2009\289).

⁷⁷ *Um novo processo civil português: à la recherche du temps perdu?*, Revista de Processo, vol. 161/2008, jul./2008, pp. 203-220, DTR\2008\843.

para a “sumarização” do processo, com o acréscimo do ativismo judicial em razão do papel do juiz como “gestor do processo”. Ainda, segundo Luís Correia de Mendonça, as regras experimentais baseiam-se no tripé “adequação, eficiência e agilização”⁷⁸.

Aquele Regime Experimental ainda inaugurou em Portugal o mecanismo de “agregação de ações” (artigo 6.º do Decreto-lei 108/2006⁷⁹), que consiste na “associação transitória para a prática conjunta de um ou mais actos processuais, nomeadamente actos da secretaria, audiência preliminar, audiência final, despachos interlocutórios e sentenças”, de ações que “por se verificar os pressupostos de admissibilidade do litisconsórcio, da coligação, da oposição ou da reconvenção, pudessem ser reunidas num único processo”. A agregação ocorre “na acção que tiver sido instaurado em primeiro lugar” ou, “na acção que tiver por objecto a apreciação do pedido principal” (item 1 do artigo 6.º). Esse mecanismo de agregação de ações também foi inserido pela doutrina dentre os poderes do juiz de gestão do processo⁸⁰, tendo recebido tanto críticas⁸¹ e elogios⁸².

Portanto, na noção de gestão de processo no direito processual português parecem estar incluídas tanto as linhas genuínas do *case management* (nem tão inéditas na legislação portuguesa em relação aos poderes de direção do juiz sobre o processo) quanto o mecanismo de agregação de ações que se reportam a causas repetitivas ou de massa.

7. *Case management* no direito francês

Também se tem notícia de instrumentos de *case management* no direito processual francês, mais precisamente no vigente *Code de Procédure Civile*, datado de 1976,

⁷⁸ *Processo civil líquido e garantias (o regime processual experimental português)*, op. loc. cit.

⁷⁹ Na “Exposição de Motivos” de referido diploma legal, explica-se o objetivo da agregação: “O juiz passa, portanto, a poder praticar ‘actos em massa’, bastando que exista um elemento de conexão entre as acções e que da realização conjunta de um acto processual ou diligência resulte a simplificação do serviço do tribunal”. http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=855&tabela=leis; acesso em 2/11/2016.

⁸⁰ Nuno de Lemos Jorge, *Notas sobre o regime processual experimental. Novas exigências do processo civil: organização, celeridade e eficácia*, Coimbra, Coimbra, 2007, p. 177, apud Leonardo José Carneiro da Cunha, *O regime processual das causas repetitivas*, Revista de Processo, vol. 179/2010, jan./2010, pp. 139-174, DTR\2010\76; Paula Costa e Silva, *A ordem do juízo de D. João III e o regime processual experimental op. loc. cit.*

⁸¹ António Montalvão Machado e Paulo Pimenta, *O novo processo civil*, 11ª ed., Coimbra, Almedina, 2009, pp. 277-290; Luís Correia de Mendonça, *Processo civil líquido e garantias (o regime processual experimental português)* op. loc. cit.

⁸² José Lebre de Freitas, *Experiência-piloto de um novo processo civil. Novas exigências do processo civil: organização, celeridade e eficácia*, Coimbra, Coimbra, 2007, p. 222 apud Leonardo José Carneiro da Cunha, *O regime processual das causas repetitivas*, Revista de Processo, vol. 179/2010, jan./2010, p. 139-174, DTR\2010\76.

com as atualizações legislativas imprimidas por decretos posteriores, a respeito dos processos que tramitam perante os *Tribunaux de Grande Instance* (que possuem a competência mais comum e ampla naquele país, congregando maior variedade e quantidade de processos de natureza cível).

Na França, o *case management* se realiza de forma semelhante ao que ocorre na legislação inglesa, com a definição do procedimento adequado para cada tipo de controvérsia em razão da complexidade da prova ou do envolvimento de terceiros no processo⁸³. Por isso, existem os *circuits*, divididos em *circuit court* (para as causas que podem ser julgadas de imediato, assim que ouvido o réu), *circuit moyen* (para as causas que necessitam de troca de documentos e de *conclusion* entre as partes antes do julgamento) e *circuit long* (para as causas que exigem instrução intensa ou intervenção de terceiros).

Como essa modalidade de controle judicial sobre o procedimento esteve sempre presente no Código de Processo Civil francês, desde a sua edição em 1976, afirma-se que o *case management* não é particularmente uma novidade dos anos 1990, pois na França, “è sempre stato indubbio il dovere del giudice di sovrintendere al corretto svolgimento dell’*iter* procedurale, con le conesse facoltà di fissare i termini ed ordinare le misure a ciò necessarie”⁸⁴.

Mas o *case management* na França não se resume à escolha do procedimento adequado para cada controvérsia, pois em 2005 se inseriu por Decreto no Código de Processo Civil permissão para que o juiz estabeleça em consenso com os advogados das partes o calendário da instrução (art. 764 do *Code de Procédure Civile*⁸⁵), o que se qualifica como

⁸³ Sobre o tema: Caroline Dal Poz Ezequiel, *Os “circuits” do direito processual francês e a possibilidade de sua adoção pelo ordenamento jurídico brasileiro*, Revista de Processo, vol. 255/2016, mai./2016, pp. 389-409, DTR\2016\4684; Érico Andrade, *As novas perspectivas do gerenciamento e da “contratualização” do processo*, Revista de Processo, ano 36, vol. 193, mar./2011, pp. 182-192, notadamente: “O juiz francês, nesse sentido, exerce verdadeiros poderes gerenciais do processo, uma vez que lhe cabe personalizar o ritmo processual de cada uma das causas, de acordo com suas características peculiares” (p. 183).

⁸⁴ Marco de Cristofaro, *Case management e riforma del processo civile cit.*, p. 297, acrescentando que: “il processo francese conosce sin da prima delle CPR inglesi una varietà di percorsi stabilita in funzione della complessità del caso. (...) Il giudice francese è sempre stato allora, si puo ben dire, un *managerial judge*, altresì onerato del compito di individuare l’articolazione più coerente con le peculiarità della causa, nella prospettiva della *personnalisation du rythme des affaires*” (pp. 298-299).

⁸⁵ “Article 764.

Le juge de la mise en état fixe, au fur et à mesure, les délais nécessaires à l’instruction de l’affaire, eu égard à la nature, à l’urgence et à la complexité de celle-ci, et après avoir provoqué l’avis des avocats.

Il peut accorder des prorogations de délai.

Il peut, après avoir recueilli l’accord des avocats, fixer un calendrier de la mise en état.

Le calendrier comporte le nombre prévisible et la date des échanges de conclusions, la date de la clôture, celle des débats et, par dérogation aux premier et deuxième alinéas de l’article 450, celle du prononcé de la décision. Les délais fixés dans le calendrier de la mise en état ne peuvent être prorogés qu’en cas de cause grave et dûment justifiée.

verdadeiro negócio processual⁸⁶⁻⁸⁷, que se revela um movimento até mais intenso e amplo do que aquele que se limita aos *Tribunaux de Grande Instance*.

Segundo Érico Andrade, comentando o sistema francês e aquela tendência de contratualização, “o contrato de procedimento coloca, então, a lógica contratual ou negocial (=consensual) no âmbito judicial, modificando a forma de relacionamento entre partes/advogados e juiz, que se afasta do esquema vertical impositivo e passa a ser horizontal, dando lugar a situações procedimentais acordadas, em concreto, num determinado processo, entre as partes e o juiz”⁸⁸.

8. Case management: parcial superação do modelo adversarial e ao mesmo tempo amenização do modelo inquisitorial⁸⁹

Da exposição sobre a experiência estrangeira no *case management* verifica-se que em países com tradição de *common law*, as práticas da *case management* são consideradas como um abrandamento do modelo adversarial do processo.

Assim, antes da viabilização do *case management*, no direito norte-americano e inglês, as partes controlavam mais a duração e, conseqüentemente, os custos do processo – o que desagradava quem via nos sujeitos parciais uma tendência para tornar a pendência do processo perversa do ponto de vista econômico e social, em detrimento da parte mais fraca, impactando na administração da justiça. Depois, com a implementação do *case*

Le juge peut également renvoyer l'affaire à une conférence ultérieure en vue de faciliter le règlement du litige”.

⁸⁶ Marco de Cristofaro, *Case management e riforma del processo civile cit.*, p. 300; Érico Andrade, *As novas perspectivas do gerenciamento e da “contratualização” do processo cit.*, p. 186. Na doutrina processual francesa, fala-se da “contractualisation de la justice, contractualisation du procès, contractualisation du litige, contractualisation de la procédure, contractualisation de l’instance ou, encore, contractualisation des modes de règlement des litiges” (Loïc Cadiet, *La tendance à la contractualisation de la justice et du procès*, Revista de Processo, vol. 261/2016, nov./2016, pp. 117-137, DTR\2016\24257).

⁸⁷ Sobre a contratualização do processo como um recurso de gestão judiciária, eis a posição de Loïc Cadiet: “D’autre part, d’un point de vue plus particulier, le renouvellement actuel tient à au nouvel usage qui est fait de la technique contractuelle, comme une des réponses possibles à la crise de la justice, à l’encombrement des tribunaux et l’allongement des procédures: d’abord, en amont du litige, les parties recourent de plus en plus à la convention comme instrument d’anticipation conventionnelle du règlement de leur différend (I); par ailleurs, une fois le litige né, le recours au contrat s’opère au sein même de l’institution judiciaire comme un instrument de gestion de l’instance (II)” (*Les conventions relatives au procès en droit français sur la contractualisation du règlement des litiges*, Revista de Processo, vol. 160/2008, jun./2008, pp. 61-82, DTR\2008\348).

⁸⁸ Érico Andrade, *As novas perspectivas do gerenciamento e da “contratualização” do processo cit.*, p. 191.

⁸⁹ Com a advertência de que é conhecida a impropriedade se ressaltarem apenas as diferenças entre os sistemas de *civil law* e de *common law*, não existindo verdadeiramente uma distinção estática, mas sim tipologias ideais, cada vez menos “puras” na realidade atual. Nesse sentido: Michele Taruffo, *Aspectos fundamentais do processo civil de civil law e de common law cit.*, pp. 11-34.

management, o maior controle do juiz sobre o processo mudou o seu modo de ser e possibilitou que se pensasse mais no acesso à ordem jurídica justa como um direito a ser perseguido também pelo Poder Judiciário.

Dessa forma, é possível afirmar que o *case management* é um fator de publicização do processo, que verdadeiramente amenizou a rigidez do modelo adversarial mais marcante no direito inglês e no norte-americano, ao menos no que respeita à postura do juiz na condução do processo, pois a ele foram atribuídos poderes que antes poderiam agredir a tradição de que o juiz seria um árbitro passivo e neutro.

Michele Taruffo leciona no contexto do *case management*: “No modelo *adversarial* tradicional de processo a figura do juiz é a de um ‘árbitro passivo’, de um *umpire* desinformado e desinteressado, além do que neutro, que tem a única e exclusiva função de assistir ao livre embate das partes garantindo a correção e sancionando os comportamentos *unfair* ou ilícitos. Essa imagem mítica foi superada de modo quase completo e foi substituída por uma imagem muito diversa de juiz. Na Inglaterra essa transformação foi promovida pelas *Civil Procedure Rules de 1998*, que entraram em vigor em 26 de abril de 1999. (...) Nos Estados Unidos uma transformação análoga ocorreu, a partir dos anos setenta, com o aparecimento da figura do *managerial judge*, que toma o lugar da imagem tradicional do juiz como *passive umpire*”⁹⁰.

Por outro lado, o instituto é enxergado de modo diferente em países de tradição de *civil law*. Enquanto os poderes do juiz já eram acentuados em virtude do maior alinhamento com o chamado modelo inquisitorial⁹¹, em que o juiz desenvolveria um papel ativo na direção do processo, o *case management* é em grande parte associado ao consensualismo e, portanto, produz em alguma medida um balanceamento dos poderes exclusivos do juiz sobre o impulso do processo. Assim, a vontade das partes nos países de tradição em *civil law* torna-se determinante quando se fala da flexibilização do

⁹⁰ Michele Taruffo, *Aspectos fundamentais do processo civil de civil law e de common law cit.*, p. 19.

⁹¹ “Se ‘inquisitório’ significa, segundo a acepção historicamente fundada, que as partes não podem defender-se, então não existem na *civil law* processos que podem ser propriamente qualificados como inquisitorial. Se, ao invés, com esse termo se pretende aludir a modelos de processo em que o juiz desenvolve um papel ativo na direção e na gestão do procedimento e tem poderes autônomos de iniciativa probatória, então a contraposição em análise muda de sentido, mas permanece em larga medida igualmente infundada. Basta pensar na amplíssima, longa e importante experiência do processo liberal clássico, fundado na atuação intensa e generalizada do princípio dispositivo, para dar-se conta que nada foi mais estranho à história do processo civil de *civil law* do que um modelo realmente inquisitório de processo civil” (Taruffo, *Aspectos fundamentais do processo civil de civil law e de common law cit.*, p. 17).

procedimento, da calendarização do processo, ou, até com mais clareza para aquele aspecto, do incentivo aos métodos autocompositivos de resolução de controvérsias.

Então, se o *case management* em qualquer direção revela o controle do juiz sobre o processo em busca de equilibrar o tempo, os custos e o método adequado para determinado conflito, isso significa que a publicização do direito processual nem sempre será instrumentalizada por mecanismos autoritários ou de concentração de poder em mãos estatais. Isso parece ser suficiente para recusar as ideias de Juan Montero Aroca, na Espanha, e de Franco Cipriani, na Itália⁹², para citá-los como exemplo, de que a publicização do processo constituiria um movimento voltado ao autoritarismo com a intervenção intolerável do Estado em controvérsias de natureza privada.

O *case management* em si não rompe com o compromisso garantista que aquela doutrina procura imprimir ao processo civil. Na precisa reflexão de José Carlos Barbosa Moreira, evidente “o equívoco fundamental da suposição de que governos autoritários costumem inclinar-se ao fortalecimento de juízes. Os poderes que eles se empenham em fortalecer são, geralmente, os do Executivo, não os do Judiciário”⁹³.

Assim, ao contrário de um nocivo publicismo no direito processual civil nos sistemas de raízes romano-germânicas, o *case management* alimenta o consensualismo que é por tradição escasso em ordenamentos baseados no controle predominantemente judicial sobre o tempo e a forma do processo. Trata-se de uma demonstração de que os poderes do juiz de gerenciar o processo não levam necessariamente ao desequilíbrio com os direitos das partes ou ao abandono de uma postura garantista⁹⁴.

⁹² *Nel centenario del Regolamento di Klein (Il processo civile tra libertà e autorità)*, “Ideologie e modelli del processo civile”, Nápoles, 1997, pp. 27 e segs.; *Il processo civile italiano tra efficienza e garanzie*, Rivista di diritto e procedura civile, vol. LVI, 2002, pp. 1.243 e segs.; *Il processo civile tra vecchie ideologie e nuovi slogan*, Rivista di diritto processuale, vol. LVIII, 2003, pp. 455 e segs.; *La Ley de Enjuiciamiento Civil española y la oralidad*, Conferência pronunciada nas XVII Jornadas Ibero-americanas de Direito Processual, no vol. de relatórios y ponencias, San José, 2000, t. II, pp. 285 e segs.; *I principi politici del nuovo processo civile spagnolo*, trad. ital. de Vittorio Bratelli e Nicoletta Magrino, Nápoles, 2002; *El proceso civil llamado “social” como instrumento de “justicia” autoritaria*, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, nº 6, pp. 15 e segs. As referências são de: José Carlos Barbosa Moreira, *O neoprivatismo no processo civil*, Revista de Processo, vol. 122/2005, abr./2005, pp. 9-21, DTR\2005\309.

⁹³ Barbosa Moreira, *O neoprivatismo no processo civil cit.*, DTR\2005\309. E também no sentido de que a concepção publicística do processo não implica unicamente na dilatação do poder estatal: José Rogério Cruz e Tucci, *Contra o processo autoritário*, in “O Novo Código de Processo Civil: questões controvertidas”, São Paulo, Atlas, 2015, pp. 267-268.

⁹⁴ A propósito do tema no contexto dos poderes do juiz em matéria de prova, Eduardo Cambi afirma que: “neoprivatismo e neopublicismo são fenômenos complementares. Devem caminhar lado a lado para o melhor aperfeiçoamento da prestação jurisdicional e para a mais ampla realização do Estado Democrático de Direito” (*Neoprivatismo e neopublicismo a partir da lei 11.690/2008*, Revista de Processo, vol. 167/2009, jan./2009,

A calibragem que poderia ficar comprometida com os poderes do juiz no *case management* é resgatada no direito positivo na medida em que os litigantes e seus advogados (os sujeitos parciais) sejam chamados a participar do gerenciamento do processo em cooperação, tal como preconiza, por exemplo, o art. 6º do Código de Processo Civil brasileiro de 2015⁹⁵.

Com esse entendimento, José Rogério Cruz e Tucci defende o balanceamento do juiz proativo pelo contraditório e pela cooperação: “a concepção de um juiz proativo, não implica, *tout court*, a instituição de um processo necessariamente autoritário. Com efeito, hoje, a dilatação dos poderes judiciais de direção e de instrução deve sempre ser equacionada com as garantias constitucionais do processo (‘autoridade da lei’), a permitir que as partes possam participar – cooperando com o juiz, por força de decisão judicial, incluindo-se, aí, por óbvio, toda a atividade relacionada à produção da prova”⁹⁶.

9. A origem do *case management* no Brasil

A chegada da doutrina do *case management* ao Brasil, por inspiração das experiências inglesa e norte-americana, acontece nos primeiros anos deste século, e encontrou ambiente muito próspero com a edição da Emenda Constitucional 45/2004, que consubstancia a chamada Reforma do Judiciário.

A Reforma operou modificações diversas em normas tecnicamente processuais previstas na Constituição (como distribuição de competências entre o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, nos arts. 102 e 105, ampliação de competência da Justiça do Trabalho, no art. 114, ou previsão de pessoas ou órgãos

pp. 25-51, DTR\2009\125), o que se alinha com a afirmação supra de que o fortalecimento dos poderes do juiz não é uma medida autoritária quando vier acompanhada de elementos do consensualismo.

⁹⁵ “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

⁹⁶ José Rogério Cruz e Tucci, *Contra o processo autoritário cit.*, p. 271. Com destaque ao papel do juiz no contraditório para a configuração do dever de colaboração das partes, Flávio Luiz Yarshell acentua: “A ênfase ao caráter público do processo – com maior intervenção do juiz (notadamente em matéria de poderes de instrução) – confere ao contraditório destaque como ‘diálogo’ na formação do juízo. Nesse contexto, a colaboração das partes surge como consequência natural da nova dimensão do papel reservado ao órgão judicial” (*Curso de direito processual civil cit.*, p. 111). Em sentido semelhante: Marcelo José Magalhães Bonício, *Princípios do processo no novo Código de Processo Civil*, São Paulo, Saraiva, 2016, pp. 84-85, e notadamente: “A tendência detectada no novo CPC, de aproximação com o modelo de colaboração, seria então uma forte projeção do *novo conteúdo* do princípio contraditório, estimulada pelos atuais valores dominantes na sociedade a respeito do sistema processual, que se traduzem na necessidade de o juiz promover uma ampliação do diálogo com as partes em relação aos rumos do processo” (p. 85).

legitimados a proporem ações diretas de inconstitucionalidade e ações declaratórias de constitucionalidade, como no art. 103), e também em dispositivos sobre as prerrogativas e os deveres da magistratura (como nos arts. 93 e 95). Mas o que a EC 45/2004 trouxe de mais programático no foco processual da Reforma do Judiciário, da qual é possível se ocupar neste trabalho, foi a inserção do inciso LXXVIII no rol das garantias fundamentais dos cidadãos previstas no art. 5º.

Certo que antes da referida Emenda Constitucional já era firme a orientação de que a garantia do acesso à justiça (inciso XXXV daquele mesmo dispositivo) somente se implementaria mediante a entrega de tutela jurisdicional efetiva e tempestiva⁹⁷. Por essa razão o sistema infraconstitucional previa mesmo antes da referida Emenda mecanismos de sumarização do procedimento (como ocorria com os procedimentos sumário e sumaríssimo do Código de Processo Civil de 1973, e das Leis 9.099/95 e 10.259/01⁹⁸) ou de antecipação da tutela final (prevista originalmente no art. 84, §3º do Código de Defesa do Consumidor, e depois repetida nos arts. 273, 461, §3º e 461-A do Código de Processo Civil de 1973).

O compromisso constitucional de que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (inciso LXXVIII do art. 5º) teve impacto fundamental nas atividades do Judiciário na medida em que veio acompanhado de outras três novidades da Emenda. São elas: a criação do Conselho Nacional de Justiça⁹⁹, a possibilidade de serem editadas súmulas vinculantes pelo Supremo Tribunal Federal e o acréscimo do requisito da repercussão geral aos recursos extraordinários, desenhando um novo perfil de Poder Judiciário e mesmo do STF.

Mas anteriormente à Reforma do Judiciário, o compromisso com a duração razoável do processo e com a prestação de tutela jurisdicional efetiva já engajava juízes, promotores, advogados e sociológicos que, no Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais, criaram o chamado Projeto de Gerenciamento de Processo. O projeto foi implantado no início de forma experimental em varas de Comarcas do interior de São Paulo, já em 2004, e em seguida foi incorporado ao Tribunal de Justiça de São Paulo por provimento

⁹⁷ Para referências: José Rogério Cruz e Tucci, *Garantias constitucionais do processo sem dilações indevidas*, in *Garantias constitucionais do processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, p. 237.

⁹⁸ Sem ser possível deixar de mencionar a Lei 12.153/09, que foi editada após a EC 45/2004, mas no mesmo passo de sumarização do procedimento, por sua vez voltada às controvérsias envolvendo as Fazendas Públicas.

⁹⁹ Com atribuições diversas de fiscalização administrativa e financeira do Poder Judiciário, dentre as quais se destaca propor providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no país (CF, art. 103-B, §4º, inciso VII).

do Conselho Superior da Magistratura. Os objetivos do projeto eram melhorar as atividades do magistrado e da respectiva unidade cartorária e adotar institucionalmente práticas autocompositivas de solução de conflitos, antecipando-se ao que viria a ser uma exigência constitucional de “resolução mais rápida e eficaz dos conflitos”¹⁰⁰.

O gerenciamento do processo foi definido por alguns de seus idealizadores como um projeto apoiado em duas bases: “(a) racionalização das atividades cartoriais e mudança de mentalidade dos juízes e condução efetiva do processo; e (b) a introdução de meios alternativos de solução de conflitos na demandas apresentadas. Tudo com vistas a reduzir o número de processos distribuídos e a sua duração”¹⁰¹. Nessas duas bases para o projeto havia o esforço de superar um obstáculo cultural de resistência a métodos autocompositivos (a sempre lembrada cultura da sentença) e seguir o caminho da cultura da pacificação¹⁰², esta última a mais nobre missão da atividade jurisdicional¹⁰³⁻¹⁰⁴.

Não há dúvida de que o projeto foi inspirado diretamente no *case management* da *common law*, mas Kazuo Watanabe observa que desde o acréscimo da audiência preliminar ao art. 331 do Código de Processo Civil de 1973, na Reforma de 2002, tanto a condução ativa do processo pelo juiz quanto os meios autocompositivos já estavam presentes. Naquela ocasião, a audiência preliminar prevista no art. 331, no entanto, seguiu o modelo de Stuttgart de audiência no processo civil alemão, onde ela teve grande índice de

¹⁰⁰ Fernando da Fonseca Gajardoni, Michel Betenjane Romano, e Valeria Ferioli Lagrasta Luchiarri, *O gerenciamento do processo*, in “Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional”, coord. Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Caetano Lagrasta Neto, São Paulo, Atlas, 2013, p. 18.

¹⁰¹ Gajardoni, Romano e Luchiarri, *O gerenciamento do processo cit.* p. 19. Dentre os responsáveis pelo projeto junto ao CEBEPEJ, o texto indica a orientação de Kazuo Watanabe e Caetano Lagrasta Neto.

¹⁰² Kazuo Watanabe, *Cultura da sentença e cultura da pacificação*, in “Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover”, org. Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes, São Paulo, DPJ, 2005, pp. 684-690.

¹⁰³ “somente a *jurisdição* tem entre seus objetivos o de dar efetividade ao ordenamento jurídico substancial, o que obviamente está fora da cogitação nos chamados *meios alternativos*. Mas o que há de substancialmente relevante no exercício da jurisdição, pelo aspecto social do proveito útil que é capaz de trazer aos membros da sociedade, está presente também nessas outras atividades: é a busca de pacificação das pessoas e grupos mediante a eliminação de conflitos que os envolvam. Tal é o *escopo social magno* da jurisdição, que atual ao mesmo tempo como elemento legitimador e propulsor da atividade jurisdicional” (Cândido Rangel Dinamarco, *Instituição de Direito Processual Civil*, 5ª ed., vol. I, São Paulo, Malheiros, 2005, p. 141).

¹⁰⁴ Naturalmente não se pretende afirmar com essa assertiva que a pacificação seja o único escopo da função jurisdicional. Os escopos de realização do direito material (jurídico) e de confirmação do poder estatal (político) também explicam a jurisdição, mas são inerentes a uma escolha ideológica do estado intervencionista. Por outro lado, cada vez mais o escopo social de eliminação dos conflitos, que procura promover a convivência harmônica entre as pessoas, está à frente do poder jurisdicional, privilegiada a solução autocompositivas dos conflitos, postura que é própria de um comportamento liberal. Em sentido semelhante, mas atribuindo essa realidade não a aspectos político-ideológicos, mas sim culturais: Petronio Calmon, *Fundamentação da Mediação e da Conciliação*, 2ª ed., Brasília, Gazeta Jurídica, 2013, pp. 80-81.

sucesso¹⁰⁵. O objetivo era a valorização da oralidade tanto para a criação de ambiente propício à autocomposição em audiência, quanto para a definição dos pontos controvertidos em imediação com o magistrado, o que poderia tornar essa atividade mais eficiente.

Assim, na visão do aludido processualista, no contexto brasileiro, o *case management* comporta o controle judicial sobre: “a) identificação das questões relevantes, b) maior utilização pelas partes de meios alternativos de solução de controvérsias, e c) tempo necessário para concluir adequadamente todos os passos processuais”¹⁰⁶.

O projeto do CEBEPEJ, já aludido, foi então baseado na racionalização das atividades do cartório, na mudança de mentalidade do juiz na condução do processo e na utilização de meios autocompositivos de solução de controvérsias. Concretamente, esses objetivos eram realizados com o juiz assumindo a direção efetiva do processo, analisando detidamente o processo desde o recebimento da petição inicial, com a possibilidade de encaminhar as partes a setores de conciliação de mediação se entender viável a solução consensual, e designando a audiência do art. 331 do CPC de 1973. Entendia-se que, com aquela audiência, era possível evitar publicação de atos no Diário Oficial e a realização de provas inúteis, facilitando o momento da decisão, além de possibilitar nova tentativa de autocomposição entre as partes.

Em outra vertente, a direção do juiz sobre o cartório também foi vista como mecanismo de gerenciamento porque o “bom andamento do processo depende diretamente do bom andamento do cartório”¹⁰⁷, de acordo com os autores do projeto.

O projeto de gerenciamento nascido no CEBEPEJ teve uma proposta de funcionamento bastante organizada, definindo espaço físico e equipamentos necessários

¹⁰⁵ O referido autor cita: “Nessa única audiência (comparável à ‘audiência principal’ do processo penal), o tribunal discute primeiro as questões de fato com as partes, pessoalmente presentes; nessa ocasião apontam-se obscuridades e equívocos nas exposições das partes, que devem ser logo esclarecidos. Muitas vezes, já nesse primeiro estágio, surge a possibilidade de encerrar-se o processo mediante transação. Se não chega a tanto, realiza-se de imediato – na presença das partes – a colheita das provas. Também os peritos estão pessoalmente presentes, mesmo quando já tenham antes apresentado laudo escrito. Após a conclusão da atividade instrutória, têm as partes e os advogados oportunidade de arrazoar. O tribunal discute abertamente a situação de fato e de direito com as partes, de maneira que estas não fiquem em dúvida sobre a opinião do órgão. Isso conduz em muitos casos a uma transação. Quando não, o tribunal depois de conferenciar, profere a sentença (BAUR, Fritz, ‘Transformações no processo civil em nosso tempo’. Trad. J. C. Barbosa Moreira. In: *Revista Brasileira de Direito Processual*. Uberaba, v. 7, p. 61)” (Watanabe, *Cultura da sentença e cultura da pacificação cit.*, p. 688).

¹⁰⁶ E continua: “O juiz planeja o processo e disciplina o calendário, ouvindo as partes. Pelo contato freqüente que ele mantém com as partes, e destas entre si, promove a facilitação para uma solução amigável da controvérsia. E, mesmo não ocorrendo o acordo, as técnicas do *case management* permitem ao juiz eliminar as questões frívolas e planejar o processo” (Watanabe, *Cultura da sentença e cultura da pacificação cit.*, p. 689).

¹⁰⁷ Gajardoni, Romano e Luchiari, *O gerenciamento do processo cit.*, p. 21.

para a instalação de setores de conciliação e mediação, com a divisão de cada setor em fases pré-processual e processual, sendo cada uma delas dotada de dois circuitos de conciliação ou mediação.

Mesmo com a proposição de um modelo, que segue um ideal de padronização, entendia-se que “cada Comarca deve-se adequar à sua realidade”¹⁰⁸. Esse panorama revela tratar-se de um modelo de gerenciamento bastante voltado aos processos de conhecimento em trâmite nos juízos de primeira instância, muito embora, como mencionado, a ideia de setores de conciliação (apenas uma parte da proposta) tenha sido replicada em segunda instância em parceria com o Tribunal de Justiça de São Paulo.

De qualquer modo, é possível afirmar que o Projeto do CEBEPEJ de gerenciamento de processos é caracterizado primordialmente pela valorização dos meios consensuais de resolução de conflitos em primeira e segunda instâncias de jurisdição nos tribunais estatais.

10. O reflexo do *case management* na doutrina processual brasileira no início do século XXI

Uma das primeiras abordagens ao tema do gerenciamento de processos judiciais no Brasil veio poucos anos mais tarde, e também foi fruto de debates no seio do CEBEPEJ. Paulo Eduardo Alves da Silva dedicou tese de doutoramento ao estudo empírico da gestão de cartórios judiciais, em sua visão, dentre um dos mais importantes fatores que determinam o desempenho da justiça brasileira¹⁰⁹. Propôs que o gerenciamento seja compreendido como “o planejamento da condução de demandas judiciais em direção à resolução mais adequada do conflito, com o menor dispêndio de tempo e custos. Ele depende de uma postura ativa do juiz no controle do andamento dos feitos e organização da unidade judiciária. Seus mecanismos básicos são o envolvimento imediato do juízo com as questões da lide, a abertura para a resolução alternativa do conflito e o planejamento do andamento e dos custos do processo”¹¹⁰; isto se concretiza pelo juiz “ao estabelecer cronogramas dos atos

¹⁰⁸ Gajardoni, Romano e Luchiari, *O gerenciamento do processo cit.*, p. 34.

¹⁰⁹ A tese resultou no livro *Gerenciamento de processos judiciais*, São Paulo, Saraiva, 2010.

¹¹⁰ *Op. cit.*, p. 35.

processuais, criar oportunidades para a resolução consensual, inverter a sequência das fases para antecipar a produção de uma prova, etc.”¹¹¹.

Acrescentou o autor que a finalidade do gerenciamento de processos aproxima-se do objetivo do despacho saneador (de adequado equilíbrio entre tempo e custo gerado pelo processo), estando mais ainda alinhado ao que Barbosa Moreira denominara de saneamento difuso¹¹², exercido desde a instauração do processo, e prolongando o controle judicial sobre o tempo do processo durante todo o procedimento.

Paulo Eduardo reconheceu que não havia como tratar o gerenciamento de processos judiciais como algo inédito no Brasil, mesmo na ausência de lei dispendo sobre o tema, pois o gerenciamento consiste em soluções organizacionais para lidar com o volume de processos, o que, sem dúvida, já existia e ainda existe na prática de uma forma ou de outra em toda unidade judiciária do país. Isso por ser inevitável admitir que “entre o procedimento definido em lei e o modo como o processo de fato caminha, há um espaço preenchido pelas práticas de condução do processo”¹¹³, ou “racionalidade organizacional”, sobre o qual o autor se debruçou para concluir que o gerenciamento é adequado para combater a crise da justiça nas sociedades contemporâneas¹¹⁴, pois “na comparação estatística, as práticas gerenciais conseguiram reduzir o tempo de tramitação dos processos”¹¹⁵.

Sob este ponto de vista, o gerenciamento é uma racionalidade organizacional, ou um método de organização do trabalho judiciário, que, para o autor, se distingue do ativismo judicial¹¹⁶, pois o controle exercido pelo juiz sobre o processo serve para promover o equilíbrio do acesso à justiça¹¹⁷. Mas o mesmo reconhece que o *case management* descende do ativismo judicial tanto da doutrina do *common law* quanto da do *civil law*, já que o ativismo tornou-se uma reação à postura liberal do século XIX e é resultado da publicização do processo civil¹¹⁸. Ademais, a influência do *case management* do *common law* pressupõe um certo abandono do sistema processual rígido próprio do modelo inquisitorial (bastante fiel à regra de impulso oficial do processo) prevalecente no Brasil e em geral nos países que

¹¹¹ *Op. cit.*, p. 129.

¹¹² José Carlos Barbosa Moreira, *Saneamento do processo e audiência preliminar*, in “Temas de direito processual – quarta série”, São Paulo, Saraiva, 1989.

¹¹³ *Op. cit.*, p. 53.

¹¹⁴ *Op. cit.*, p. 137.

¹¹⁵ *Op. cit.*, p. 138.

¹¹⁶ *Op. cit.*, pp. 133-136.

¹¹⁷ *Op. cit.*, p. 138.

¹¹⁸ *Op. cit.*, p. 121.

aderem à cultura jurídica romano-germânica, e dependeu de que outros atores do sistema judicial (partes, advogados, servidores etc.) incorporassem aquela racionalidade.

Entendido na condição de “racionalidade” – um conceito um tanto aberto para o cenário jurídico –, não há como negar que o gerenciamento traz em sua companhia discussões amplas, que superam a técnica processual, tanto que se admite que “o gerenciamento de processos repropõe a delicada questão política de definir qual dos agentes do sistema de justiça deve ditar a condução do processo: a lei, o juiz ou as partes?”¹¹⁹. Porém, naquele estudo, admitiu-se que o gerenciamento possuiria fundamento na legislação processual brasileira (art. 125 do Código de Processo Civil de 1973)¹²⁰.

Revelando que o gerenciamento então estudado distingue-se do gerenciamento do volume de processos, Paulo Eduardo esclareceu que a racionalidade que ele aventava não era um receituário, mas dependia da adoção de algumas técnicas ligadas à flexibilização procedimental (como planejamento do andamento, do custo e do tempo de cada um dos processos, desformalização das regras processuais e adaptação do procedimento às circunstâncias do caso)¹²¹.

Outro estudioso recente sobre o tema é Érico Andrade, que propôs uma abordagem interdisciplinar ao pressupor que o gerenciamento processual permeia “a análise jurídica do direito processual por instrumentos de análise econômica, dentro da possibilidade mais atual de abertura das ciências jurídicas para as demais ciências processuais, como as ciências da administração e econômica, reconhecendo-se que o direito não mais pode se encastelar nas teorias puramente jurídicas”¹²², tornando-se a eficiência econômica um objetivo incorporado ao serviço judiciário.

Ao lado do objetivo, o conteúdo do *case management* foi realçado por aquele autor de forma bastante fiel ao modelo inglês (aumento dos poderes do juiz na condução do processo voltados à adaptabilidade do procedimento, criação do calendário do processo e ao

¹¹⁹ *Op. cit.*, p. 151. Isso porque, segundo aquele autor, “o gerenciamento não é uma técnica, mas uma racionalidade, com efeitos mais amplos e profundos que o controle do juiz sobre o impulso processual. O incremento qualitativo que o *case management* inglês produziu sobre a qualidade das peças processuais, o relacionamento entre juiz e advogados e, de um modo geral, sobre a cultura jurídica é um bom exemplo. O modelo inquisitorial nunca ofereceu resultados semelhantes e a razão para isso pode ser a cultura jurídica em que está inserido. (...) o formalismo característico dos sistemas de tradição romano-germânica sempre dificultou a difusão de uma mentalidade gerencial no operador da justiça” (*op. cit.*, p. 120).

¹²⁰ *Op. cit.*, p. 132.

¹²¹ *Op. cit.*, p. 141.

¹²² Érico Andrade, *As novas perspectivas do gerenciamento e da “contratualização” do processo*, Revista de Processo, ano 36, vol. 193, mar./2011, pp. 167-199, notadamente p. 177.

fenômeno denominado pelo autor de “contratualização” do processo). Ele ainda adotou o ponto de vista de que os poderes gerenciais do magistrado no processo civil brasileiro não recusam cláusulas constitucionais vigentes¹²³. E acrescentou que o gerenciamento teria “foco nos processos individualmente considerados, ou seja, uma atuação judicial mais ativa, desde o início do procedimento e com a atenção voltada para o direito material litigioso, a fim de adequar os esquemas processuais previstos em abstrato na legislação, para atender as necessidades de cada causa concretamente considerada”¹²⁴.

Incorporando a ideia de magistrado gestor, Ricardo Fioreze¹²⁵ enfrentou o gerenciamento também do ponto de vista da racionalização do serviço público desempenhado por meio do processo judicial, atribuindo ao art. 125 do Código de Processo Civil de 1973 o fundamento normativo para as atividades do juiz visando o objetivo de melhor alocar os recursos disponíveis em função dos resultados esperados da jurisdição. Isso ao lado do necessário balanceamento da gestão com os direitos processuais elementares assegurados às partes, e que consistem, para o autor, no devido processo legal, no contraditório e na ampla defesa¹²⁶.

Como instrumentos de gestão, os “princípios” processuais mais sensíveis seriam, segundo defendido naquele estudo: o da concentração, da oralidade e da simplicidade¹²⁷. E à simplicidade Ricardo Fioreze ainda agregou a ideia de que a garantia da duração razoável do processo (art. 5º, inciso LXXVIII, da CF) outorgaria ao juiz o poder de conformar a atividade jurisdicional, de forma criativa, de acordo com o tempo e os recursos disponíveis, segundo as circunstâncias do caso concreto¹²⁸.

Com uma abordagem um tanto diferente das até aqui examinadas – que tratam o gerenciamento como racionalidade, ou como instrumento para perseguir o objetivo de

¹²³ *Op. cit.*, pp. 193-195.

¹²⁴ *Op. cit.*, p. 196.

¹²⁵ Ricardo Fioreze, *Gestão processual – mecanismo de efetividade e celeridade da atividade jurisdicional*, Revista do TST, Brasília, vol. 77, nº 4, out./dez. 2011, pp. 259-279, notadamente pp. 262-264. Para maior aprofundamento, do mesmo autor: *Gestão da tramitação processual nas varas trabalhistas*, Dissertação apresentada para obtenção de título no Mestrado Profissional em Poder Judiciário perante a Fundação Getúlio Vargas – Escola de Direito do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.

¹²⁶ *Op. cit.*, pp. 264-265.

¹²⁷ “O princípio da concentração norteia a ideia de cumulação da prática de vários atos em um mesmo momento e de supressão de atos que possam alongar demasiada e inutilmente o procedimento (...) O princípio da oralidade, a seu turno, recomenda privilegiar a forma oral para a prática dos atos processuais, sem prejuízo à sua documentação escrita, a qual, ainda assim, pode ser promovida de maneira resumida. Por fim, o princípio da simplicidade privilegia a simplificação das formas que revestem os atos processuais, com a finalidade de permitir rápida, adequada, econômica e útil tramitação dos processos (...)” (op. cit., pp. 266-267).

¹²⁸ *Op. cit.*, p. 269.

eficiência do Poder Público – pode-se adicionar a opinião de Edilton Meireles, para quem a gestão do processo segundo os mecanismos definidos no art. 125 do Código de Processo Civil de 1973 seria um dever do juiz que, se descumprido, pode ensejar sanção fundamentada na Lei Orgânica da Magistratura Nacional que impõe ao magistrado o dever de “determinar as providências necessárias para que os atos processuais se realizem nos prazos legais” (art. 35, inciso III); portanto, segundo esse ponto de vista, a observância do art. 125 do CPC de 1973 seria uma “imposição de comportamento” ao magistrado¹²⁹.

Mais especificamente quanto ao procedimento, Edilton Meireles não deixou de mencionar a adequação do procedimento às características próprias de cada processo, sustentando que a adequação compete ao legislador e ao juiz, à luz dos princípios da eficiência dos atos do poder público e da duração razoável do processo¹³⁰. Em suma, para o citado autor, o dever de gerenciamento do magistrado sobre o processo encontra-se a serviço da eficiência e celeridade da prestação jurisdicional¹³¹.

Também debruçou-se no tema, ainda mais recentemente no Brasil, Cláudia Elisabete Schwerz Cahali¹³², que definiu o gerenciamento de processos como “o conjunto de medidas e de práticas aplicáveis à condução do processo pelo juiz voltado para a concretização de um processo célere e efetivo, observado o devido processo legal”¹³³. Essas medidas repousam sobre três vetores principais, no entender da autora: “1) a possibilidade de o juiz adaptar o procedimento às peculiaridades do direito material; 2) a adoção de boas técnicas na prestação jurisdicional, que compreendem o planejamento, a organização, a condução da marcha processual e o conhecimento pelo juiz da causa das questões relevantes do processo e da identificação da demanda conforme a sua complexidade; 3) a utilização intensa dos meios alternativos de resolução de conflitos”¹³⁴.

Ainda defendeu a aludida processualista que o gerenciamento do processo judicial encontra subsídio na garantia do acesso à justiça (art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal) que reclama o suporte procedimental apropriado e, assim, prescinde de previsão infraconstitucional¹³⁵; ademais, que o gerenciamento pressupõe atribuir maiores

¹²⁹ Edilton Meireles, *Dever de gestão processual adequada*, Revista Trabalhista Direito e Processo, ano 10, n. 39, 2011, pp. 86-87.

¹³⁰ *Op. cit.*, pp. 90-91.

¹³¹ *Op. cit.*, p. 93.

¹³² Cláudia Elisabete Schwerz Cahali, *O gerenciamento de processos judiciais: em busca da efetividade da prestação jurisdicional*, Brasília, Gazeta Jurídica, 2013.

¹³³ *Op. cit.*, p. 28.

¹³⁴ *Op. cit.*, p. 28.

¹³⁵ *Op. cit.*, pp. 25, 28-29 e 34.

poderes ao juiz, para adaptação do procedimento às necessidades de casos excepcionais¹³⁶, e também para a construção (não obrigatória¹³⁷) de calendário ou cronograma processual, que consiste no planejamento dos atos do processo, com prazos definidos pelo juiz em conjunto com as partes.

Além disso, no estudo realizado por Cláudia Cahali, a autora identificou como “requisitos” do “instituto” os seguintes: que o objetivo de sua aplicação seja a efetividade processual e que sejam garantidos o contraditório e a ampla defesa¹³⁸. Mas também detalhou outros objetivos dentre os quais se propõe destacar na presente análise o de “tratar da demanda, considerando a existência de outros processos e distribuindo adequadamente os recursos do aparelho judiciário ao caso”¹³⁹.

Também pode-se mencionar o estudo de Marcus Vinicius Kiyoshi Onodera, para quem gerenciamento (*case management*) equipara-se à gestão de processo, e busca “através de adequado planejamento do processo pelo juiz, combater o longo tempo, os altos custos e outorgar efetiva tutela após fixação adequada das questões relevantes do caso”¹⁴⁰, presentes no saneamento do processo (seja na audiência preliminar prevista no art. 331 do CPC/73, ou na audiência de saneamento e organização prevista no art. 357 do CPC/2015); assim, o referido autor entende que “pouca ou nenhuma diferença faz em que se continue a utilizar a expressão *saneamento* ou que a modifiquemos para *gerenciamento, gestão, condução, direção* ou coisa que o valha”, pois o que importa é “o caráter *ativo* do juiz”¹⁴¹.

¹³⁶ *Op. cit.*, p. 33.

¹³⁷ *Op. cit.*, p. 55.

¹³⁸ *Op. cit.*, p. 38.

¹³⁹ Os demais objetivos, em rol não exaustivo, são: “1. Assegurar a igualdade entre as partes e a paridade de armas. A gestão processual não deve interferir na situação estabelecida no processo entre as partes, nem gerar o desequilíbrio de forças; 2. conferir tratamento adequado à demanda, considerando a natureza do direito material em discussão e a complexidade da causa e se necessário flexibilizar o procedimento; 3. tratar a demanda de modo a observar a proporcionalidade do valor do objeto do processo, dos custos processuais e das condições financeiras de cada parte; 4. garantir a tramitação do processo de modo rápido e em respeito ao devido processo legal; 5. estimular as partes a cooperar no processo; 6. tramitar o processo com o menor custo possível; 7. tratar da demanda, considerando a existência de outros processos e distribuindo adequadamente os recursos do aparelho judiciário ao caso; 8. levar em consideração as consequências práticas da decisão relativa à gestão do processo; 9. proibir que as partes sejam surpreendidas com a organização e adaptação procedimental (embora este requisito decorra do respeito ao contraditório e ampla defesa, sua previsão como requisito geral detalha o seu significado e desperta a atenção do julgador, que preside o processo)” (*op. cit.*, pp. 41-42).

¹⁴⁰ Marcus Vinicius Kiyoshi Onodera, *Gerenciamento do processo (case management) no direito processual civil brasileiro*, tese apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Doutor, São Paulo, 2016, p. 51.

¹⁴¹ Marcus Vinicius Kiyoshi Onodera, *Gerenciamento do processo (case management) no direito processual civil brasileiro cit.*, p. 127.

De seu turno, mencione-se também a investigação de Marco Antonio Perez de Oliveira, também recente, aplicando a teoria do *case management* para a litigância complexa. Defendeu-se em referida pesquisa que o gerenciamento consiste no “planejamento do desenvolvimento do processo, a programação das fases processuais subsequentes a partir da detecção dos problemas próprios de complexidade”¹⁴², uma vez que a complexidade pode residir na inabilidade do modelo de processo civil servir para litígio complexos¹⁴³.

Por esse apanhado de estudos – todos muito recentes dada a atualidade do fenômeno na doutrina processual brasileira – percebe-se que o gerenciamento descende das garantias constitucionais da inafastabilidade do acesso à justiça e da duração razoável do processo, essas ditadas de forma mais intensa nos últimos tempos (com o reforço da Emenda Constitucional 45/2004) pelo princípio da eficiência na administração do serviço público judiciário. Admite-se também que, segundo aqueles estudos, que referendam a possibilidade de flexibilização do procedimento e calendarização dos atos processuais, o gerenciamento serviria para o juiz definir para cada processo judicial o tempo e a técnica adequada à controvérsia.

Com essa bagagem formada por valiosas contribuições de estudos – que não se esgotam nos *supra* mencionados – ao tema do gerenciamento de processos, propor-se-á uma distinção com o conceito de *gestão de processos judiciais* e consequente aprofundamento deste aspecto.

11. Categoria jurídico-processual do *case management* ou gerenciamento de processo

Admitindo-se que o gerenciamento, inspirado no *case management*, é uma racionalidade direcionada à garantia da razoável duração do processo mediante a

¹⁴² Marco Antonio Perez de Oliveira, *O gerenciamento de causas complexas no processo civil brasileiro*, tese apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Doutor, São Paulo, 2016, p. 82.

¹⁴³ Assim, acrescenta aquele autor: “A compreensão de que a jurisdição tem determinados limites institucionais que moldam o seu funcionamento, bem como a apreensão dos diferentes fatores intrínsecos e extrínsecos ao objeto de conhecimento de cada processo que concorrem para a geração das situações de complexidade, são assim essenciais para que os sujeitos do processo, possam, em cooperação, formular um *diagnóstico das dificuldades* que comprometem o bom fluxo do procedimento. É a partir da identificação das falhas do processo em lidar com quantidades muito grandes ou insuficientes de informação, com a dificuldade de prova, com a dispersão do conflito em outros processos ou com interesses não representados, isoladamente ou em conjunto, é que poderá se elaborar um plano de condução do procedimento que seja adequado à atenuação de tais dificuldades” (Marco Antonio Perez de Oliveira, *op. cit.*, p. 83).

flexibilização do procedimento, a calendarização dos atos processuais ou à utilização de meios consensuais de resolução de controvérsias, torna-se imprescindível pensar em que categoria aquela racionalidade se enquadra como fenômeno jurídico-processual.

Além disso, na perspectiva que se mantém aguda de que o direito processual integra o direito público¹⁴⁴⁻¹⁴⁵, com seu eixo metodológico centrado na noção de jurisdição¹⁴⁶, também é preciso perquirir a respeito da ligação do gerenciamento com o papel essencial da jurisdição, que é pacificar com justiça.

¹⁴⁴ Posição esta que resultou das ideias de Franz Klein, codificadas na legislação austríaca de 1895 e que outorgava poderes ao juiz em um sistema no qual o processo perseguia valores e interesses da sociedade (“valor social do litígio”). Mesmo taxadas de ideológicas e totalitárias por alguns (Adolfo Alvarado Velloso, Eugenia Ariano Deho, Franco Cipriani, Federico G. Dominguez, Luís Correia de Mendonça, Girolamo Monteleone e Juan Montero Aroca, conforme se extrai do texto de moção assinado por todos eles na “Primeira Jornada Internacional sobre Processo Civil e Garantia”, realizada em Valência no ano de 2006, vide: *Crônica da primeira jornada internacional sobre processo civil e garantia*, Revista de Processo, vol. 145/2007, mar./2007, pp. 241-248, DTR\2011\1745), as ideias de Klein ganharam adeptos que consideraram não ser necessariamente autoritário o exercício do poder jurisdicional pelo Estado. Nesta última linha: Mariana França Gouveia, *Os poderes do juiz cível na ação declarativa. Em defesa de um processo civil ao serviço do cidadão*, apud Paulo Issamu Nagao, *O papel do juiz na efetividade do processo civil contemporâneo*, São Paulo, Malheiros, 2016, p. 116. Para este último, com acerto do nosso ponto de vista: “Mesmo analisada a questão sob o enfoque político, observa-se que o aumento dos poderes do juiz é o resultado da transição do Estado liberal arraigado na supremacia dos valores individuais na direção do Estado social, provedor e intervencionista, com o fim de garantir a prestação de tutela jurisdicional com justiça. Restou superada a fase em que a jurisdição se voltava apenas à aplicação limitada do comando legal ao caso concreto, incumbindo-se na etapa atual a materialização da ‘ordem jurídica justa’ através do comprometimento com a verdade e a oferta de meios processuais que assegurassem a melhor distribuição das oportunidades às partes” (Nagao, *O papel do juiz na efetividade do processo civil contemporâneo cit.*, p. 117).

¹⁴⁵ Segundo Rainer Sprung, que muito bem sintetizou a posição adotada pela visão publicística do processo, “os conflitos jurídicos isolados são um mal social, que implicam perda de tempo, dispêndio de dinheiro, uma ligação infrutífera de valores, de instigação de ódio e zanga entre as partes litigantes, e outras emoções funestas para a vida da comunidade. Assim, tanto o legislador, quando da formação das instituições para cumprimento do direito, como também o juiz, quando da aplicação das leis judiciais, têm sempre de atentar a que – com todas as precauções para uma decisão correta que se baseie no verdadeiro fato legal, portanto resolva a matéria real do litígio – tanto quanto possível de forma rápida, barata e simples, levem à resolução dos litígios isolados. (...) Das normas processuais modernas, o processo austríaco foi o primeiro que tomou a sério a efetivação do conhecimento de que o processo seria uma manifestação social das massas e deveria ser organizado como instituição de bem público!” (*Os fundamentos do direito processual civil austríaco*, Revista de Processo, vol. 17/1980, jan.-mar./1980, pp. 138-149, DTR\1980\60).

¹⁴⁶ “Quer se pense na pacificação social, educação para o exercício e respeito a direitos, ou na manutenção da autoridade do ordenamento jurídico-processual e da sua própria, nas garantias à liberdade, na oferta de meios de participação democrática, ou mesmo no objetivo jurídico-instrumental de atuar a vontade da lei (e tais são os escopos da ordem processual) –, sempre é algo ligado ao interesse público que prepondera na justificação da própria existência da ordem processual e dos institutos, princípios e normas que a integram. (...) Como se vê, da visão publicista da ordem processual, a partir de seus objetivos e inserção no sistema político-jurídico da nação, deflui com muita naturalidade a jurisdição ao centro” (Dinamarco, *A instrumentalidade do processo cit.*, n. 9, pp. 93-94). Com a mesma preocupação no enfoque à jurisdição e ao direito de acesso: Mauro Cappelletti e Bryant Garth, *Acesso à justiça*, trad. Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1988, reimpressão em 2015, pp. 9-13; Nicola Picardi, *Jurisdição e processo*, org. e revisor técnico da tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Rio de Janeiro, Forense, 2008, pp. 1-3. Ainda que recusando o caráter publicístico do processo, Juan Montero Aroca também reconhece que a jurisdição é o conceito fundamental da ciência processual (*El derecho procesal en el siglo XX*, p. 450, disponível em <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/1/114/13.pdf>; acesso em 26/7/2016).

Racionalidade não é um conceito próprio do direito processual, que qualifica as posições dos sujeitos do processo de acordo com as situações de *sujeição* ou de *autoridade*¹⁴⁷ (esta exercida por quem detém o poder jurisdicional – no caso da jurisdição estatal, o Estado). Todo ato praticado pelo juiz é provido de alguma ligação com a relação jurídica processual.

Exercer o gerenciamento do processo não pode ser qualificado como nada menos do que *poder*; o juiz não ocupa posições passivas de ônus ou de faculdades no processo, mas sim, em regra, decide imperativamente e, como funcionário da estrutura estatal, assume por consequência *deveres*, que são nada menos do que reflexo do *poder* de ação conferido a todos os cidadãos frente ao Estado pela garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição¹⁴⁸.

Indaga-se então se esse *poder* é distinto do já conhecido poder de direção do juiz sobre o processo, que decorre da regra do impulso oficial. O gerenciamento tal como descrito pela doutrina examinada neste estudo não parece superar muito os mecanismos predispostos no art. 125 do Código de Processo Civil de 1973 e interpretados à luz da garantia do acesso à justiça – tanto que já se defendeu ser desnecessária qualquer modificação de ordem infraconstitucional para o exercício do gerenciamento, como exposto anteriormente –, com o acréscimo de que preocupações voltadas às rotinas de cartórios judiciais e de seus servidores também são frutíferas ao fim de racionalizar o serviço judiciário.

Podem variar as técnicas, mas o gerenciamento dedicado à utilização de meios consensuais de controvérsias, ao controle judicial sobre o procedimento adequado e à possibilidade de estabelecer calendário processual é inerente ao poder de direção do juiz sobre o processo¹⁴⁹, pautado no devido processo legal.

¹⁴⁷ Além da autonomia da relação processual que foi pressuposto da obra datada de 1868 de Oskar Von Bülow, e considerada como o nascimento da ciência processual, as posições de sujeição e autoridade são explicadas, com maestria didática, por Cândido Rangel Dinamarco (*Instituições de Direito Processual Civil*, 5ª ed., vol. II, São Paulo, Malheiros, 2005, n. 492, pp. 201-202), com amplo acolhimento da doutrina nacional.

¹⁴⁸ Afirmando que o direito de ação é um poder dos cidadãos que tem como sujeito passivo o Estado, dentre outros, destacam-se: Enrico Tullio Liebman, *Manual de Direito Processual Civil*, 3ª ed., vol. I, trad. Cândido Rangel Dinamarco, São Paulo, Malheiros, 2005, p. 198; Humberto Theodoro Júnior, *Curso de Direito Processual Civil*, vol. I, 48ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2008, p. 62; Flávio Luiz Yarshell, *Curso de direito processual civil cit.*, vol. I, pp. 225-226; e José Roberto dos Santos Bedaque, *Direito e processo. Influência do direito material sobre o processo*, 5ª ed., São Paulo, Malheiros, 2009, pp. 90-91.

¹⁴⁹ No sentido de que os negócios jurídicos processuais e a calendarização dos atos do processo são técnicas de gerenciamento: Viviane Siqueira Rodrigues, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V (volume em coautoria com Flávio Luiz Yarshell e Guilherme Setoguti J. Pereira), coord. Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016, pp. 296-301.

Sobre esse poder de direção, há a conotação formal e a material, conforme exposto por Cappelletti ao elucidar o conteúdo concreto do dever do juiz de dar impulso ao processo, pois ele consiste na “obrigação do juiz controlar, repito, o regular, leal, rápido desenvolvimento do processo, com a possibilidade, para tanto, de impor prazos e sanções, e também – nos limites dos fatos constitutivos, impeditivos e modificativos alegados pelas partes – de utilizar meios probatórios. É aquilo a que os alemães chamam a *formelle Prozessleitung*, a direção formal do processo, que certamente constitui atribuição e responsabilidade do bom juiz”, e que se distinguiria da direção material do processo pelo juiz, ou *materielle Prozessleitung*, a qual incide, sem prejuízo da imparcialidade do magistrado, para equilibrar as oportunidades das partes no processo, “diante da parte indefesa ou mal defendida”¹⁵⁰. Tudo isso como decorrência da incorporação da ideia de Franz Klein de que a pendência do processo é em si um “mal social” e, assim, como representação do poder estatal, ao juiz compete dirigi-lo na direção do escopo de pacificação¹⁵¹.

Enquanto há poder para o juiz exercer o gerenciamento, há correspondente direito subjetivo das partes de exigirem que ele seja realizado no processo. Mais do que um direito subjetivo, ligado ao dever dos magistrados de conduzir formal e materialmente o processo até que seu objetivo último seja alcançado – ofertar a tutela jurisdicional – o gerenciamento do processo também cria um estado de sujeição do juiz em face das partes, as quais possuem o poder de exigir em cada processo que dele seja obtido um resultado com a utilização o mais eficiente possível do tempo e dos recursos financeiros disponíveis. Por isso se pode afirmar, como acima aventado, que o poder do juiz de direção material do processo promove um equilíbrio da capacidade das partes frente ao litígio¹⁵².

¹⁵⁰ Mauro Cappelletti, *Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas*, Revista de Processo, vol. 65/1992, jan.-mar./1992, pp. 127-143, DTR\1992\37.

¹⁵¹ Juan Montero Aroca define (e critica) a tendência de publicização do processo em dois postulados: “a) el proceso es un mal, dado que supone una pérdida de tiempo y de dinero, aparte de llevar a las partes a enfrentamientos con repercusiones en la sociedad, y b) el proceso afecta a la economía nacional, pues impide la rentabilidad de los bienes paralizados mientras se debate judicialmente sobre su pertenencia. Estos postulados llevan a la necesidad de resolver de modo rápido el conflicto entre las partes, y para ello el mejor sistema es que el juez no se limite a juzgar, sino que se convierta en verdadero gestor del proceso, dotado de grandes poderes discrecionales, que han de estar al servicio de garantizar no sólo los derechos de las partes, sino principalmente los valores e intereses de la sociedad” (*El derecho procesal en el siglo XX cit.*, p. 463).

¹⁵² Roberto Del Claro chega a defender que a direção material do processo é uma forma de ativismo judicial, pois o juiz “não assiste o desenrolar do processo como um árbitro assiste um jogo de futebol. O juiz participa do processo e busca, da melhor maneira possível, fazer com que as partes obtenham aquilo que elas próprias se dispuseram a obter mediante o processo. O juiz que dirige materialmente o processo não permite que alegações de fato feitas pelas partes fiquem sem prova; não permite que provas relevantes juntadas ao processo fiquem sem discussão; não permite que as partes deixem de lado importantes aspectos jurídicos da controvérsia; não permite que matérias que podem ser conhecidas de ofício fiquem sem discussão. Em suma, o juiz auxilia

Com esse conteúdo, portanto, o gerenciamento não escapa da definição tradicional e vigente de poder inerente à atividade jurisdicional, dele sendo integrante, ainda que com o decorrer dos anos técnicas mais ou menos aderentes à realidade social possam ser a ele incorporadas ou por ele desprezadas¹⁵³.

Tal concepção se confirma pelo fato de que a doutrina do gerenciamento de processos no Brasil não encontrou resistência, como ocorreu nos EUA e na Inglaterra e País de Gales, pois já não prevalecia o paradigma adversarial que estimulava a distância do juiz sobre o controle do desenvolvimento do processo.

Estando no âmbito dos poderes do juiz, o gerenciamento deve redundar em atos decisórios submetidos a controle das partes, por meio de recursos ou outros meios de impugnação disponíveis no sistema processual.

Mas o gerenciamento de processos pode apresentar-se também com outro conteúdo, diferente do que foi até aqui exposto, e que conduz a questionamentos de outras ordens a respeito dos seus objetivos, da sua aderência à função jurisdicional, dos princípios informadores e dos seus limites. E este é precisamente o objetivo deste trabalho que propõe, como método de investigação, distinguir o conhecido gerenciamento de processos pelo juiz (inspirado no *case management* da *common law*) do que doravante se denominará de gestão de processos judiciais pelo Judiciário.

as partes a obterem o máximo do processo, ao mesmo tempo em que se mantém neutro e imparcial com relação ao resultado do litígio” (*Direção material do processo*, tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Doutor, São Paulo, 2009, p. 176). Essa ideia – que parece mais relacionada ao escopo jurídico do processo – contrapõe-se aos poderes de direção formal do processo, mais burocráticos e ligados ao impulso do processo e com vistas ao encerramento do litígio (escopo social). Sobre a direção formal, vide referências a obra de Hanns Prütting, *Die Materielle Prozessleitung*, apud Del Claro *Direção material do processo cit.*, p. 175.

¹⁵³ Sobre este aspecto, Paulo Eduardo Alves da Silva ponderou: “O ordenamento brasileiro também fomenta o gerenciamento de processos ao atribuir ao juiz poderes de direção do processo. A temática dos poderes do juiz no processo sempre esteve na pauta da dogmática processual. Barbosa Moreira afirma que ‘uma das coordenadas que definem qualquer sistema judicial é a posição do juiz na dinâmica do processo’ (2004a: 53). A legislação processual brasileira de todo o último século parece ter investido no aumento dos poderes do juiz como meio para promover a justiça. A teoria publicista do processo desenvolvida no final do século XIX (o processo não é luta entre as partes, mas um meio para o Estado promover um bem público) constitui os eixos dos códigos de 1939 e de 1973. Ambos colocaram o juiz em posição de destaque na relação jurídica processual, enfatizando o caráter inquisitorial do modelo processual brasileiro” (*Gerenciamento de processos judiciais cit.*, pp. 115-116). Na mesma direção de defesa do gerenciamento como poderes do juiz – distintos dos poderes instrutórios – Cláudia Cahali sustenta: “Entendemos que o juiz detém poderes de gestão processual decorrentes da própria norma constitucional, independentemente de previsão infraconstitucional, cujo exercício válido está condicionado ao cumprimento de seus requisitos próprios. O reconhecimento de poderes de gestão do juiz para conduzir a marcha processual e flexibilizá-la é assunto distinto de atribuição de poderes instrutórios do juiz” (*O gerenciamento de processos judiciais cit.*, p. 176).

12. Conceito de gestão de processos judiciais

Como já afirmou Christoph A. Kern, Professor de Direito na Universidade de Freiburg da Alemanha, “fenômenos de massa criam uma série de desafios apenas pelo fato de serem numerosos”¹⁵⁴. E um desafio como este demanda estratégias de gestão com as quais o Judiciário não é genuinamente habituado.

Fala-se agora em *gestão*, e não mais em gerenciamento, com o objetivo de distinguir os dois conceitos. A semântica não distingue as duas palavras (gestão e gerenciamento), designando ambas a ação de administrar pessoas ou coisas. Mas na ciência processual, como demonstrado acima, o conceito de gerenciamento de processos já recebeu significado próprio (dentre os poderes do juiz no processo), de forma que ele pode ser apartado de um outro fenômeno igualmente atual, que é o da gestão de processos judiciais repetitivos.

Entender-se-á por gestão de processos uma ou o conjunto das estratégias efetivadas pelo Poder Judiciário para racionalização do trabalho com as demandas judiciais ou recursos repetitivos¹⁵⁵.

Há também uma perspectiva mais ampla da gestão relacionada aos mecanismos utilizados pelo Judiciário para a racionalização de todo o seu acervo, independentemente da natureza repetitiva da controvérsia e da identificação de pontos comuns em determinada categoria de processo, que por essas semelhanças podem receber um tratamento racionalmente mais econômico e racional (como é o caso já mencionado das execuções fiscais no Brasil). Desse ponto de vista, há instrumentos de gestão que se apresentam até mesmo antes do ajuizamento do processo, como filtros à judicialização de conflitos. Essa perspectiva é defendida por Susana Henriques da Costa, para quem “o desafio do Poder Judiciário é gerir o seu acervo”, de forma que a “gestão processual está cada vez mais evidente no discurso do CNJ, como se pode perceber na fundamentação da sua Resolução 125, em 2010, que instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado

¹⁵⁴ *A proteção do consumidor pelos tribunais: desafios dos fenômenos de massa loc. cit.*

¹⁵⁵ Fernando da Fonseca Gajardoni chama de gestão judicial o “emprestar à prática cartorial e dos gabinetes judiciais (*court management*), e também à própria condução individualizada do processo pelo magistrado (*case management*), um grau de racionalidade e organização próprias da iniciativa privada, com a produtividade e eficiência que lhes é peculiar” (*O novo CPC e o fim da gestão na Justiça*, publicado em 22 de dezembro de 2014, disponível em: <http://jota.info/o-novo-cpc-e-o-fim-da-gestao-na-justica>).

dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário. A Resolução criou os setores de mediação e conciliação judicial e legitimou a existência de filtros internos no Judiciário”¹⁵⁶.

Há ainda estratégias de gestão ligadas ao funcionamento racional da máquina judiciária que podem ser de caráter organizacional (como a criação de Varas e Órgãos Colegiados nos tribunais, ou órgãos especializados), financeiro, de recursos humanos etc., todas elas podendo ter reflexos em normas processuais, como as regras que ditam a competência dos órgãos judiciários, as que definem o regramento sobre a taxa judiciária e o pagamento de despesas processuais, ou o exercício da jurisdição por magistrados substitutivos em período de ausência dos respectivos titulares, apenas para citar alguns exemplos. Trata-se da tradicional “administração da justiça”, que é em boa parte disciplinada por normas de organização judiciária¹⁵⁷.

Mas o objeto do estudo é não particularmente a gestão do Judiciário enquanto instituição, e sim a gestão por ele realizada sobre os processos repetitivos, com apoio em normas processuais, para lidar com a litigiosidade repetitiva e de massa, cuja semelhança tenha levado à opção pelos vetores que serão abordados no título a seguir. Trata-se de estratégia pautada por uma racionalidade do *gerencialismo* que vem influenciando nos anos mais recentes o Poder Judiciário por meio da apropriação pelas normas processuais de estratégias interdisciplinares que estejam pautadas na busca por eficiência.

A adoção dessas estratégias de *gerencialismo* no desenho normativo do processo se insere em um fenômeno mais amplo, porque não é restrito ao direito processual. Em estudo no âmbito das ciências políticas, já se identificou a imersão do Direito e da Administração Pública no *gerencialismo*, que consiste, na visão atenta de Denis Saint-Martin¹⁵⁸, lembrado por Christine Rothmayr Allison¹⁵⁹, “l’importation dans la sphère

¹⁵⁶ STF e os filtros ao acesso à Justiça: gestão processual ou vantagem ao grande litigante?, Estadão, Política, 18/9/2014, disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/supremo-em-pauta/stf-e-os-filtros-ao-acesso-a-justica-gestao-processual-ou-vantagem-ao-grande-litigante/>, acesso em 30/6/2015.

¹⁵⁷ “Cuidam estas [normas sobre a administração da justiça] de tudo que se refira aos aspectos orgânicos da Justiça, indicando quais e quantos são os órgãos jurisdicionais, dispondo sobre a superposição de uns a outros e sobre a estrutura de cada um, fixando requisitos para a investidura e dizendo sobre a carreira judiciária, determinando épocas para o trabalho forense, dividindo o território nacional em circunscrições para o efeito de exercício da função jurisdicional” (Cintra, Grinover e Dinamarco, *Teoria geral do processo cit.*, n. 98, p. 204).

¹⁵⁸ Denis Saint-Martin, *La régulation de l'éthique parlementaire: l'institutionnalisation d'un champ d'expertise contesté*, Cahiers internationaux de sociologie, 126, 2009/1, p. 24.

¹⁵⁹ *Le droit et l'administration de la justice face aux instruments managériaux*, Droit e Société 2013/2 (n° 84), Dossier Rationalité juridique vs rationalité managériale, Revue Internationale de Theorie du Droit et de Sociologie Juridique, pp. 277-289. Em sentido semelhante, Eduardo José da Fonseca Costa refere a uma ideia de “governança judicial”: “A necessidade de *eficiência* governamental (responsabilidade dos funcionários, redução de despesa e aumentos de qualidade, produtividade e receita) fez a rigidez *formal* da racionalidade de *comando* (fundamentada em noções publicísticas, técnicas cartoriais e modelos hierárquicos) dar lugar à

politique de façons de faire du monde des affaires”, isto é, a importação para a esfera política do modo de fazer do mundo dos negócios, com a substituição da burocracia por “une idéologie, une rhétorique, une culture, une nouvelle forme de taylorisme, ou encore, un ensemble d’instruments et de pratiques pouvant être mobilisé par les acteurs politiques comme une ressource stratégique”¹⁶⁰.

Esse “modo de fazer do mundo dos negócios”, porém, não é uma ciência em si e não consiste em um saber unificado. A mencionada cientista política ressalta que a definição dos valores do *gerencialismo* (*managérialisme*) subjacentes é muito variada. No âmbito da Administração Pública, *public management* envolve uma escolha de valores, direciona-se à realização de objetivos ligados à eficiência e normalmente é a base justificativa de reformas¹⁶¹.

Em tema de reformas do poder público associadas ao *gerencialismo*, há importante trabalho de Christopher Pollitt e Geert Bouckaert, que alcançou a terceira edição analisando movimentos reformistas em diversos países entre os anos de 1980 e 2010 (Austrália, Bélgica, Canadá, Finlândia, França, Alemanha, Itália, Holanda, Nova Zelândia, Suécia, Reino Unido, Estados Unidos), além da União Europeia, com propósito de extensão da pesquisa para outros como Brasil, Dinamarca, Estônia, Japão e Noruega. Os autores definem *public management reform*, em um conceito deliberadamente amplo, como: “*deliberate changes to the structures and processes of public sector organizations with the objective of getting them (in some sense) to run better*”¹⁶², reconhecendo que o intuito de melhorar as estruturas ou os processos das organizações públicas depende de escolhas e de decisões sobre quais são prioridades¹⁶³.

Essa mudança do setor público respeita a um programa do setor privado, cuja gestão é orientada pelos resultados, ao lado de indicadores de desempenho, com introdução de instrumentos de mercado nos serviços públicos. A inserção da lógica do *gerencialismo*

flexibilidade *informal* da racionalidade de *consenso* (fundada em noções privatistas, técnicas empresariais e modelos gerenciais)” (*Calendarização processual*, in “Negócios processuais”, coords. Antonio de Passo Cabral e Pedro Henrique Nogueira, Salvador, Juspodivm, 2015, p. 358).

¹⁶⁰ Christine Rothmayr Allison, *Le droit et l’administration de la justice face aux instruments managériaux cit.*, p. 278.

¹⁶¹ Christine Rothmayr Allison, *Le droit et l’administration de la justice face aux instruments managériaux cit.*, p. 278.

¹⁶² Christopher Pollitt e Geert Bouckaert, *Public Management Reform. A Comparative Analysis*, 3ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 2.

¹⁶³ Nesse contexto de escolhas a serem feitas no gerencialismo concernente ao poder público, “Reforms and ‘modernization’ almost always necessitate some awkward choices of this kind – decision-makers are obliged to decide what they think is most important – they can seldom hope to have everything at the same time” (Christopher Pollitt e Geert Bouckaert, *op. loc. cit.*).

no sistema judiciário não foge a isso e a retórica gerencial nesse segmento também responde a objetivos de eficiência.

Também não há como dissociar a gestão de processos da noção de *poder* – embora se possa discutir se ela é tomada exclusivamente por características do poder jurisdicional –, dada a natureza impositiva das atividades que são realizadas no intuito de gestão.

Assim, as questões que se colocam neste trabalho ligam-se a identificar as consequências da inserção do gerencialismo notadamente no poder jurisdicional e no processo civil¹⁶⁴. Por isso, devem ser analisados neste trabalho os movimentos de gerencialismo presentes na atualidade no Brasil, no contexto do poder jurisdicional e do processo, para examinar se essa racionalidade inerente ao gerencialismo é condizente com o “mínimo existencial” da jurisdição; isto é, pretende-se examinar se a jurisdição é legitimamente permeável a tais movimentos de gerencialismo.

Nesse contexto, temas que precisam ser abordados são: as técnicas sob a perspectiva do papel da jurisdição, os princípios fundamentais da jurisdição (inafastabilidade, inércia, imparcialidade, contraditório, igualdade e publicidade), seus escopos, para finalmente especular sobre o que se espera do poder jurisdicional em uma sociedade de conflitos massificados e repetitivos.

A perspectiva da tese é a da fase instrumentalista do processo, buscando abrigo teórico para afirmar ou negar que a inserção do gerencialismo no poder jurisdicional e no processo são formas legítimas de enfrentar a crise de eficiência da justiça civil brasileira. Pretende-se então verificar se há uma tensão entre a racionalidade jurídica do processo e a racionalidade gerencialista, e se há um limite para que a primeira seja permeada pela segunda.

¹⁶⁴ Christine Rothmayr Allison afirma que “la légitimité et la crédibilité de la justice ne dépendent pas seulement de son indépendance et de son impartialité, mais aussi de sa capacité à répondre à la demande en termes de nombre de cas et de litiges” (*op. cit.*, pp. 282-283).

13. Os vetores do gerenciamento e os vetores da gestão: customização e consensualismo vs. padronização e concentração decisória

Ainda com o objetivo de justificar a distinção sugerida neste trabalho entre gerenciamento de processo e gestão de processos, pretende-se doravante demonstrar que existem vetores mutuamente excludentes entre as racionalidades do gerenciamento e da gestão.

Enquanto o gerenciamento de um processo – aquele fundado no *case management*, como *supra* tratado – incorpora mecanismos de customização do processo frente a um específico litígio, com a ajuda da vontade das partes, a gestão de processos repetitivos segue outro vetor, que é o da padronização e de concentração decisória nas mãos do juiz (ou dos tribunais, e seus órgãos de cúpula especialmente), com pouca margem para o consenso¹⁶⁵.

O gerenciamento que é destinado a criar um calendário processual para cada específico processo, examinar se há condições para o conflito ser resolvido por meios autocompositivos, ou modelar o procedimento para que atenda às especificidades da causa é uma atividade de customização. O juiz atua na “personalização” de cada processo individualmente, para que o procedimento seja adequado na forma e no tempo para cada situação ou para que o processo se extinga sem a adjudicação estatal, tudo com a participação das partes em modo de consenso.

A possibilidade de flexibilização do procedimento face às necessidades do caso concreto é a base da doutrina que defende o abrandamento do formalismo, desde que respeitadas as garantias inerentes ao devido processo legal. José Roberto dos Santos Bedaque observa que “*Liberdade* não significa insegurança para as partes, nem arbítrio do juiz. Representa, simplesmente, inexistência de rigidez e previsão legal de padrões flexíveis, segundo as especificidades da situação, sem que isso implique violação às garantias do

¹⁶⁵ Esses diferentes paradigmas são tratados sob outra perspectiva por Miguel Teixeira de Sousa, mas a ideia se encaixa na separação que se busca realizar neste trabalho. O processualista português esclarece que a medida adequada entre a justiça, de um lado, e o tempo e o custo do processo, de outro, pode ser encontrada em dois modelos distintos: “- O modelo da ‘pré-formatação’: a tramitação do processo é definida, em termos abstractos e gerais, pela lei; - O modelo da ‘adequação’: a tramitação processual é determinada, caso a caso, pelo juiz da causa” (*Um novo processo civil português: à la recherche du temps perdu?*, Revista de Processo, vol. 161/2008, pp. 203-220, jul./2008, DTR\2008\843).

devido processo constitucional”¹⁶⁶. Trata-se do fundamento para o que se denomina em doutrina de *princípio da adaptabilidade*¹⁶⁷.

Adaptar o procedimento às particularidades do caso concreto em função da qualidade das partes ou do direito material envolvido na controvérsia é, sem dúvida, um instrumento de personalização. Ele mais se ajusta às práticas de *case management*, com objetivos legítimos de prestação de tutela jurisdicional adequada e tempestiva à situação concreta¹⁶⁸.

Há regra hoje prevista no art. 139, inciso VI, do Código de Processo Civil vigente permitindo “dilatando os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito”, embora o projeto original do Código (PLS 166/2010) previsse possibilidade mais ampla de “adequar as fases e os atos processuais às especificações do conflito”, o que remete à ideia de que o *case management*, também no que se refere à flexibilização procedimental, com menor ou maior intensidade, integra os poderes do juiz na direção do processo.

A personalização do procedimento, sob este ponto de vista, é uma hiper-individualização do processo, que entra em choque com as tendências de padronização que se exigem para uma sociedade de massa. Nesse sentido, Marco de Cristofaro tem importante alerta, no sentido de que “tale personalizzazione porta a costruire il rito – ed a far concepire le riforme processual – secondo un modelo incentrado sulla cooperazione constante fra il giudice e le parti (postulata anche come cardine della riforma inglese). Un modello

¹⁶⁶ Bedaque, *Efetividade do processo e técnica processual cit.*, p. 428. O mesmo autor adverte ainda: “A prévia regulamentação da atividade das partes e do juiz atende ao interesse geral, pois não apenas garante o equilíbrio do contraditório e o tratamento isonômico entre os sujeitos parciais, como assegura a imparcialidade do juiz e confere transferência à atividade desenvolvida no processo”, acrescentando, por outro lado, que “deve a legalidade da forma ser abrandada por algumas idéias próprias do princípio da liberdade, no sentido de possibilitar ao juiz adequar a forma às necessidades e especificidades da situação concreta” (*op. cit.*, p. 429).

¹⁶⁷ Fernando da Fonseca Gajardoni enfatiza sobre isto que: “Fala-se em *princípio da adequação* para designar a imposição sistemática dirigida ao legislador para que construa modelos procedimentais aptos à tutela especial de certas partes ou do direito material; e *princípio da adaptabilidade* (da flexibilização ou da *elasticidade processual*) para designar a atividade do juiz de flexibilizar o procedimento inadequado ou de reduzida utilidade, para melhor atendimento das peculiaridades da causa” (*Os princípios da adequação e da adaptabilidade (flexibilidade) procedimental na teoria geral do processo*, “40 Anos de Teoria Geral do Processo” *cit.*, p. 307).

¹⁶⁸ Desse ponto de vista, Gajardoni aponta que a flexibilização atende aos escopos da jurisdição: “a moderna ênfase que se dá ao aspecto eficaz do processo (ou seu aspecto material e temporal) sugere que se deve conferir ao procedimento o ritmo necessário à efetiva atuação jurisdicional. Se não se obtém isto por força de modelos legais aptos à tutela adequada e tempestiva do direito material, há de se conferir ao juiz ‘condições de acelerar procedimentos, ou de freá-los, de acordo com a necessidade concreta e sempre atendida a garantia dos superiores princípios do processo’” (*op. cit.*, p. 306).

rispondente alle esigenze iper-individualistiche della post-modernità, che non si rassegna ad essere inquadrata in schemi fissi predifiniti ma cerca il suo appagamento in un pluralismo ordinato, in un trattamento individualizzato del caso singolo all'interno di una rete di regole flessibili che essaltano lo strumento contrattuale”¹⁶⁹.

Aquele choque, no entanto, não significa que o consensualismo presente nos negócios jurídicos processuais e no *case management* não conviva com o publicismo processual¹⁷⁰.

É possível um equilíbrio entre os poderes do juiz e as faculdades processuais das partes, ditado pela premissa de que o processo começa por iniciativa do interessado e elas possuem o controle sobre o conteúdo fático deduzido no processo, de acordo com o princípio dispositivo¹⁷¹. Ainda assim, o sistema brasileiro atual, nessa perspectiva, adota a tendência austro-germânica de tratar o processo como uma “comunidade de trabalho”¹⁷²,

¹⁶⁹ Marco de Cristofaro, *Case management e riforma del processo civile cit.*, p. 302.

¹⁷⁰ Para ratificar essa premissa, pode-se mencionar as lições de Flávio Luiz Yarshell, para quem “o processo continua a ser instrumento a serviço do Estado, isto é, para atingir objetivos que, embora também sejam das partes, são públicos: atuação do direito objetivo, pacificação social (pela eliminação da controvérsia) e afirmação do poder estatal. Isso [não] quer dizer que o juiz estatal possa ser singelamente colocado em idêntico patamar do árbitro. Uma arbitragem é instituída para um caso específico e os árbitros são juízes dessa particular situação; já o órgão estatal tem a seu cargo uma plêiade de processos e a instituição de diferentes regras processuais – embora não possa justificar a pura e simples recusa da convenção das partes pelo juiz – deve levar em conta as características e particularidades do órgão estatal e da atividade por ele desenvolvida. Pode soar óbvio, mas convém lembrar que a possibilidade de criação de regras pelas partes deve se prestar a racionalizar o processo; e não a torná-lo menos eficiente” (*Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?*, in “Negócios processuais”, coords. Antonio de Passo Cabral e Pedro Henrique Nogueira, Salvador, Juspodivm, 2015, p. 64).

¹⁷¹ Também a respeito, com completo acervo bibliográfico: Antonio de Passo Cabral, *Convenções processuais*, Salvador, Juspodivm, 2016, pp. 135-217, onde o autor critica o hiperpublicismo e consequente inchaço dos poderes do juiz do processo, que é capaz de sufocar as prerrogativas das partes, concluindo que “as convenções processuais não significam um retorno impensado ao privatismo romano, ou uma guinada ao formato anglo-americano do processo adversarial, mas um tratamento mais balanceado da tensão entre publicismo e privatismo, com a redução (não eliminação!) dos poderes do juiz em razão da atuação legítima das partes” (p. 137), com o acréscimo de que, com a máxima dispositiva (ou “princípio dispositivo”), “o ordenamento processual confia primordialmente aos próprios indivíduos envolvidos no conflito a efetivação dos seus próprios direitos e interesses” (p. 138). E ainda a respeito do assim chamado “princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo” e sua convivência com o caráter público do direito processual civil: Fredie Didier Jr., *Curso de direito processual civil*, vol. I, 18ª ed., Salvador, Juspodivm, 2016, p. 133. Remo Caponi também trata desse paralelo em perspectiva mais ampla, da relação entre a sociedade civil e o Estado, afirmando “la diminuzione della capacità di regolazione dello Stato secondo il modello tradizionale, basato sulla imposizione unilaterale della regola di condotta; la diffusione di strutture di normazione cooperative e consensuali, come tentativo di compensare la perdita di potere autoritativo e di affiancare al comando (*Gebot*) l'accordo (*Vertrag*), come altra forma originaria di fondazione del vincolo giuridico” (p. 43) e concluindo que entre a polaridade entre direito público e direito privado deve ser encontrado um “diritto intermedio e interstiziale” (*Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali*, Civil Procedure Review, v. 1, n. 2, jul./set. 2010, p. 56). Também sobre a convivência e a possibilidade de se encontrar um equilíbrio entre o publicismo e a “contratualização do processo”: Lörd Cadiet, *Los acuerdos procesales en derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y de la justicia en Francia*, Civil Procedure Review, v. 3, n. 3, ago.-dez./2012, pp. 3-35.

¹⁷² Sobre a ideia de processo como “comunidade de trabalho”: José Rogério Cruz e Tucci, *Comentários ao Código de Processo Civil. Arts. 318 a 368*, coord. José Roberto F. Gouvêa, Luis Guilherme A. Bondioli e João

pautado pela exigência de cooperação mútua entre os sujeitos do processo, o que na verdade equilibrou os poderes do juiz com a participação das partes (o que será abordado também adiante, no item n. 24).

Dessa forma, não há como estabelecer uma prevalência, *prima facie*, em tema de *case management*, dos poderes do juiz sobre a capacidade das partes de disposição sobre as normas processuais.

No tocante às soluções autocompositivas de controvérsias, a customização igualmente está presente pois é necessário apreender a natureza da controvérsia com suas particularidades a fim de encaminhá-la para o meio adequado de autocomposição¹⁷³. Essa é a filosofia seguida, inclusive, pelo desenho de Cortes Multiportas (*Multi-door Courthouses*), proposto em 1976 por Frank Sander¹⁷⁴ em Conferência realizada na cidade de Minneapolis (*Pound Conference*) sobre os problemas que o Poder Judiciário norte-americano enfrentava na ocasião.

Segundo Sander¹⁷⁵, era preciso instituir critérios racionais para alocar os litígios que chegavam aos tribunais (por um sistema de triagem ou *screening clerk*) de

Francisco N. da Fonseca, vol. VII, São Paulo, Saraiva, 2016, p. 310; Fredie Didier Jr., *Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo*, Revista de Processo, v. 36, n. 198, ago./2011, pp. 213-225; Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, *O novo processo civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015, p. 174. Dos pontos de vista social, lógico e ético, indicando que o perfil de “processo cooperativo” se distingue dos perfis “isonômico” e “assimétrico”, na medida em que naquele há previsão de deveres de conduta tanto das partes quanto do órgão jurisdicional, com ênfase para o contraditório na construção do formalismo processual: Daniel Mitidiero, *Colaboração no processo civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos*, São Paulo, 2ª ed., Revista dos Tribunais, 2011, pp. 114-115.

¹⁷³ Precisamente nessa linha, Érica Barbosa e Silva sustenta que “não existe meio ideal de resolução de conflitos, pois cada qual tem características próprias e todos apresentam vantagens e desvantagens. (...) Dessa forma, a adequação de cada meio deve ser feita de acordo com a ponderação das vantagens e desvantagens diante do caso concreto. É claro que, reconhecendo a complexidade das relações e a pluralidade de conflitos, quanto maior o número de meios de resolução de conflitos, tanto maior a possibilidade de encontrar um que melhor se ajuste aos objetivos e necessidades das partes envolvidas. Nesse ínterim, o Estado, ao fornecer um sistema de Justiça com diversos meios de resolução de conflitos, deve buscar a pacificação das partes com justiça, mas considerando a satisfação das partes e não apenas o cumprimento do direito” (*Conciliação judicial*, Gazeta Jurídica, Brasília, 2013, p. 148). Veja-se também a opinião de Petronio Calmon, no sentido de que a autocomposição pressupõe uma personalização da solução dada ao conflito: “Um dos fundamentos da política de incentivo aos mecanismos para obtenção da autocomposição é a liberdade de opção. Os envolvidos no conflito decidem o que é mais adequado aos seus interesses e à sua situação específica, não lhes devendo ser imposto participar das tratativas com vistas à obtenção de acordo, mas sim lhes oferecendo variadas opções ou, em linguagem mais moderna, um sistema multiportas” (*Fundamentos da mediação e da conciliação*, 2ª ed., Brasília, Gazeta Jurídica, 2013, p. 154).

¹⁷⁴ Frank Sander, *Varieties of dispute resolution*, in “The Pound Conference: perspectives on Justice in the future”, West Publishing: St. Paul, Minnesota, 1979, pp. 65-87.

¹⁷⁵ A partir da *Pound Conference* de 1976, alguns marcos legais e institucionais viabilizaram o projeto de *Multidoors Courthouses* nos Estados Unidos: apoio das Associações de Advogados (*Bar Associations*), com edição de leis estaduais que estabeleceram a obrigatoriedade aos advogados de alertarem seus clientes sobre a existência e a conveniência de ADR (*Alternative Dispute Resolution*); Emenda de 1985 ao art. 16 das *Federal Rules of Civil Procedure*, criando as *pretrial conferences*, com a perspectiva de colocar as partes em contato com meios consensuais de resolução da disputa; *Civil Justice Reform* de 1990, determinando às Cortes Federais

acordo com a natureza da disputa¹⁷⁶, o tipo de relacionamento mantido pelas partes, a quantia envolvida, os custos envolvidos em cada mecanismo de resolução de controvérsias, e a sua aptidão para solução rápida da disputa. Assim, caberia às Cortes possibilitar que as partes litigantes tivessem condições de acesso aos mais variados mecanismos de solução de controvérsias, passando por uma triagem para que a adjudicação estatal fosse uma das alternativas disponíveis para a eliminação do conflito. Essa triagem é direcionada a encontrar o mecanismo ideal para cada tipo de litígio, diante de suas características concretas e particulares.

Em um misto de autocomposição e flexibilização procedimental, há ainda o instituto do *negócio jurídico processual* que também se torna ferramenta de adaptação consensual das regras de processo ou de procedimento.

Os negócios jurídicos processuais já existiam no sistema precedente, pelo menos quando o Código de 1973 dispunha a respeito da suspensão consensual do processo (art. 265, II) e da convenção sobre a distribuição do ônus da prova (art. 333, parágrafo único), mas estes instrumentos específicos tinham pouca utilização diante de todo o espírito do Código voltado mais aos poderes do juiz, com pouca permeabilidade do consensualismo no processo¹⁷⁷.

Diferente daquele cenário anterior, o Código atual incentiva posturas consensuais: no art. 3º, §2º dita que o Estado deve promover, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos; no §3º do mesmo artigo determina que os métodos de solução consensual devem ser estimulados por todos os atores do processo, inclusive no curso do

a realização de planos para redução de custos e de tempo de julgamento dos processos judiciais, inclusive facilitação de meios alternativos; *Administrative Dispute Resolution Act* de 1996, autorizando órgãos federais a utilizar ADR em suas disputas; *Alternative Dispute Resolution Act* de 1998, ordenando toda Corte Federal a manter seu próprio programa de ADR, como parte da política nacional de administração judicial; e, finalmente, o *Uniform Mediation Act* de 2001, uniformizando regras a respeito da Mediação.

¹⁷⁶ O texto de Sander, sem eliminar outras possibilidades, menciona como alternativas de portas:

Screening Clerk..... Room 1
Mediation..... Room 2
Arbitration..... Room 3
Fact Finding..... Room 4
Malpractice Screening Panel..... Room 5
Superior Court..... Room 6
Ombudsman..... Room 7

¹⁷⁷ Lembre-se da resistência formada contra a obrigatoriedade da audiência preliminar prevista no art. 331 do Código revogado da qual veio a prevalecer na jurisprudência a ideia da designação facultativa: STJ, RMS 14.828/SP, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 04/03/2008, DJe 05/05/2008; REsp 1252869/DF, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 16/09/2013; AgRg no AgRg no AREsp 215.943/PR, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe 19/5/2014; AgRg no Ag 816.461/SP, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 17/12/2014; AgRg no AREsp 707.547/RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 17/11/2015, DJe 26/11/2015.

processo judicial; além de trazer regras específicas sobre a mediação e a conciliação judiciais (arts. 334 e seguintes). É o que anima parte da doutrina a defender que o Código de 2015 celebra “uma nova ideologia do processo civil, em que a figura do juiz perderá espaço para a figura das partes. É possível que seja chamado de Código das Partes”¹⁷⁸, o que se desconfia ser opinião que deve ficar restrita aos processos judiciais efetivamente submetidos ao *case management*.

Notadamente a respeito dos negócios jurídicos processuais, o Código os prevê no art. 190 para que as partes possam “estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo”; tudo em tema de direitos que admitem transação.

A calendarização – que é uma modalidade de negócio jurídico processual quando feita com a participação da vontade das partes – também incorpora os elementos do consensualismo, independentemente da possibilidade de transação acerca do direito material em disputa. Observe-se que não há na regra do art. 191 do Código atual a mesma ressalva presente no art. 190 de “direitos que admitam autocomposição”, podendo a calendarização ocorrer, portanto, em qualquer modalidade de processo, desde que as partes estejam de acordo. De qualquer modo, a participação das partes na definição de um cronograma para a realização de atos processuais pressupõe também a ideia de customização do processo às necessidades do caso concreto.

Por isso já afirmamos em outra ocasião que a calendarização – ou, melhor, a organização do processo em audiência, pelo juiz em colaboração com as partes, na forma prevista no art. 357 do atual Código de Processo Civil –, é um ato inerente a hipóteses concretas particulares que não se ajustam ao conceito de casos repetitivos¹⁷⁹: “Quando a lei condiciona a realização da audiência à ‘complexidade’ da matéria de fato ou de direito, sem conceituar o que se deve entender por questões complexas, o entendimento que se preconiza

¹⁷⁸ Daniela Santos Bonfim, *A legitimidade extraordinária de origem negocial*, in “Negócios processuais”, coord. Antonio do Passo Cabral e Pedro Henrique Nogueira, Salvador, Juspodivm, 2015, p. 343.

¹⁷⁹ Assim também é a opinião de José Rogério Cruz e Tucci (*Comentários ao Código de Processo Civil. Arts. 318 a 368*, coord. José Roberto F. Gouvêa, Luis Guilherme A. Bondioli e João Francisco N. da Fonseca, vol. VII, São Paulo, Saraiva, 2016, p. 310), para o qual “Os profissionais do direito sabem que há demandas bem mais intrincadas do que outras, que se diferenciam pelo grau de complexidade. Ninguém ousará discordar de que uma causa, na qual se pretende indenização por danos material e moral, provocados por extravio de bagagem, é mais simples do que a ação declaratória de nulidade de um contrato, cumulada com pedidos de cancelamento de registro imobiliário e de ressarcimento por perdas e danos e lucros cessantes. Daí por que, nas questões mais singelas, o magistrado, em regra, prescinde de maior participação ativa das partes para proferir a decisão de saneamento e de organização do processo”. Isso, para nós, corrobora o ponto de vista de que o saneamento e a organização compartilhados do processo, como instrumento colocado à disposição do consensualismo no processo civil brasileiro, são mitigados nos casos repetitivos.

para isso deve considerar o que todo o sistema articula atualmente como causa não complexa. Não são atualmente causas complexas aquelas que dizem respeito a questões essencialmente de direito e repetitivas, que, mesmo dependendo de prova oral, não apresentam dificuldade na definição do objeto da controvérsia, tanto de fato quanto de direito”¹⁸⁰.

Diferentemente ocorre com a racionalidade da gestão. Esta se compromete a trabalhar com os processos ou controvérsias repetitivas de modo uniforme, alcançando um resultado final mediante um percurso processual padrão e abreviado, com o objetivo de determinar também de forma padronizada o comportamento das pessoas que se espelhem nas decisões *standards*¹⁸¹.

Com perspectiva semelhante, e objetivo de distinguir a “jurisdição convencional” da “jurisdição massificada”, Ruy Zoch Rodrigues acentua que na última existe uma opção por “generalizar como política judiciária o enfrentamento dos processos individuais *idênticos* como conjuntos, com técnicas de verdadeira gestão, mediante o uso de modelos administrativos, recurso à planificação de conjuntos, estatísticas, metas etc., no qual o juiz seja um coordenador assumido como tal, e o *staff*, a equipe de gestão dos *standards* formulados pelo magistrado”¹⁸².

¹⁸⁰ Viviane Siqueira Rodrigues, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, volume em coautoria com Flávio Luiz Yarshell e Guilherme Setoguti J. Pereira, coord. Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2106, pp. 290-291.

¹⁸¹ Esse movimento de padronização já foi assim criticado por Dierle Nunes, ao menos em comentários ao sistema vigente sob a égide do Código de Processo Civil de 1973: “no Brasil a padronização decisória é dimensionada somente para a resolução quantitativa das demandas seriais. Se trabalha com cada vez maior recorrência com o pressuposto exegeta de padronizar comportamentos mediante decisões modelo que não conseguirão e não conseguem (como os grandes Códigos do século XIX não conseguiram) fechar o mundo nos textos (antes os Códigos, hoje as decisões padrão). (...) Tal utilização de padrões decisórios no Brasil se dá sem a preocupação científica de consolidação de uma ‘teoria dos precedentes’ para nosso país. Isso porque, no Brasil, a referência às Súmulas e mesmo a processos anteriormente julgados se dá de forma desconectada com as questões, debates e teses que lhes deram origem. Assim, ao se invocar certa Súmula a mesma é autônoma frente à discussão subjacente. Nem todos os precedentes têm a mesma ‘força’. Entre eles há os vinculativos e os meramente persuasivos: o que diferencia uns de outros é a práxis argumentativa nos tribunais. No interior de um precedente ainda se diferencia entre a parte de fundamentação do precedente (princípio) e o simples *dictum* (sem força vinculante)” (*Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva. A litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória*, Revista de Processo, vol. 199/2011, set./2011, pp. 41-83).

¹⁸² *Ações repetitivas cit.*, p. 46. Também aludindo a uma distinção análoga, Humberto Theodoro Junior, Dierle Nunes e Alexandre Bahia identificam “três tipos de litigiosidade: (a) individual ou ‘de varejo’: sobre a qual o estudo e dogmática foram tradicionalmente desenvolvidos, envolvendo alegações de lesões e ameaças a direitos isoladas; (b) a litigiosidade coletiva: envolvendo direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos, nos quais se utilizam v.g., procedimentos coletivos representativos, normalmente patrocinados por legitimados extraordinários (órgão de execução do Ministério Público, Associações representativas etc.) mediante as *Class Actions*, *Defendant Class Actions*, *Verbandsklage* etc.; e (c) em massa ou de alta intensidade: embasadas prioritariamente em direitos individuais homogêneos que dão margem à propositura de ações individuais repetitivas ou seriais, que possuem como base pretensões isomórficas, com especificidades, mas que apresentam questões (jurídicas e/ou fáticas) comuns para a resolução da causa. É extremamente difícil a criação de uma dogmática de tratamento comum dos três tipos de litígio sob pena de inviabilizar uma aplicação jurídica

Mais do que isso, a gestão de processos – ao contrário do gerenciamento do processo – pressupõe do Judiciário como um todo e de cada órgão judicial a quem compete examinar as causas repetitivas, como princípio, uma visão de conjunto. Essa postura do Judiciário não se afina à convencional “jurisdição personalizada”, cujo desenho normativo dita minuciosamente e passo a passo o caminho a ser seguido por determinado caso concreto até o seu desfecho. Distinção dessa natureza já justificou, inclusive, que se falasse em uma cultura judiciária¹⁸³ que seja fiel às características de cada “tipo” de atividade jurisdicional.

A uniformização, nesse cenário, colide com o consensualismo, uma vez que os instrumentos de gestão de processos não comportam, pelo menos não de forma direta, a composição das partes sobre o procedimento ou sobre o processo. Pelo contrário, no que se refere aos sujeitos do processo, a gestão de processos repetitivos ou de massa possui um vetor que aponta mais para a autoridade estatal (juiz ou Tribunal), em tema de processo e procedimento, do que para as partes.

Para viabilizar a gestão de uma quantidade relevante de processos ou controvérsias, concentra-se no Judiciário o controle sobre o processo ou o procedimento, de forma que no mínimo deste ponto de vista atenua-se o consensualismo. Outra forma de enxergar a atenuação ao consenso nos instrumentos de gestão de processos é admitir que eles pressupõem a solução adjudicada da controvérsia, pois a uniformidade que resulta da gestão depende da imposição de decisões equivalentes para situações semelhantes, com pouca margem para a consensualidade no que tange à observação ou não do procedimento ou da decisão padrão.

Esse vetor na direção da padronização já fora identificado por Boaventura Santos e Conceição Gomes como um aspecto inerente ao tratamento de um volume processual, ao identificarem “uma tendência para um produtivismo quantitativo, dependente do indicador ‘volume processual’ sem que, em regra, se distinga a natureza da litigação. A nova reforma deve procurar inverter esta tendência. Uma reorganização da justiça que distingua a natureza da litigação (como, por exemplo, a litigação ‘de massa’ de outra

consentânea com o modelo constitucional de processo” (*Litigiosidade em massa e repercussão geral no recurso extraordinário*, Revista de Processo, vol. 177/2009, p. 9-46, nov./2009, DTR\2009\886).

¹⁸³ A alusão à cultura judiciária está presente na obra de Ruy Zoch Rodrigues, já citada: “essa mesma falta de segregação dos dois tipos de jurisdição, não apenas como ato físico de separar autos, mas, antes, como cultura judiciária, redundando em uma percepção equivocada da sociedade – e do próprio Judiciário – sobre o índice real de congestionamento, o que, a par de gerar um certo pessimismo que corrói a autoconfiança do sistema, pode determinar a distorção de alterações legislativas destinadas a domesticar os excessos, na medida em que práticas de generalização possam ser aplicadas em processos da ‘jurisdição convencional’” (*op. cit.*, p. 47).

litigação) poderá aumentar, não só a eficiência e eficácia do sistema de justiça, quer no que respeita aos recursos humanos e materiais, quer aos fluxos processuais, como também a sua transparência permitindo uma avaliação mais qualitativa do desempenho funcional das diferentes estruturas e dos seus agentes”¹⁸⁴.

Desse ponto de vista, é conveniente apartar o gerenciamento da gestão, pois cada um deles orienta-se para sentidos opostos, ambos voltados à pacificação social, sem dúvida, mas que, para tanto, percorrem trajetos bastante tanto diversos. E é no trajeto percorrido pela gestão que se encontram “pedágios” que se transformam em testes para a manutenção da integridade da atividade jurisdicional.

¹⁸⁴ *Geografia e democracia para uma nova justiça cit.*, p. 118.

CAPÍTULO II – GESTÃO DE PROCESSOS JUDICIAIS E SEUS INSTRUMENTOS TÉCNICO-PROCESSUAIS

14. Gestão de processos e o ativismo judicial

Importante situar o tema sob análise em relação ao polêmico ativismo judicial, o qual, a depender da definição que se adote, encontra dura resistência em valores constitucionais e democráticos.

Embora com a percepção de que o *ativismo do juiz* não é assunto que se esgota com uma análise exclusivamente processual, é preciso dele tratar a fim de alcançar um dos objetivos deste trabalho, qual seja: de definir gestão de processos e seu espaço atualmente no poder jurisdicional, passando pelo *case management*, e, também, para completar, pelo referido ativismo.

A menção acima ao fato de o ativismo não ser um fenômeno a ser enxergado apenas da ótica do estudioso do processo explica-se porque é possível questionar, nesse tema, o poder do juiz de criar normas (questão também chamada de “criação judicial do direito”, “poder criador normativo do juiz”), em contraposição ao tradicional poder de julgar reservado ao Judiciário. Responder à pergunta sobre quem possui credencial democrática, ou legitimidade, para a criação do direito, não só diz respeito à Teoria do Direito, mas também às Ciências Políticas e Sociais, porque pensar se os integrantes do Poder Judiciário possuem autorização para criação de normas gerais dirigidas à disciplina do comportamento de toda uma sociedade depende também da pesquisa de estruturas políticas e sociológicas.

Portanto, abordagem que não seja interdisciplinar não é suficiente ao completo enfrentamento dessa difícil temática¹⁸⁵.

¹⁸⁵ Alinhando-se a esse pensamento, Anderson Vichinkeski Teixeira explicou que as complicações teóricas em torno do tema do ativismo “vão muito além da Teoria do Direito e da Hermenêutica Jurídica – âmbitos teóricos em condições de enfrentar plenamente o tema da criação judicial do Direito: atingem a Política e a sua capacidade de legitimamente atender aos clamores populares na busca do bem comum. O ativismo judicial representa, em última instância, a deslegitimação da Política em relação à sua tarefa essencial de buscar a realização dos valores determinados pela sociedade no cotidiano dessa mesma sociedade. Corrupção, política como sinônimo de defesa de interesses meramente partidários, bem como burocratização estatal, são três componentes sociológicos que corroboram para fortalecer o mito do juiz Hércules no subconsciente coletivo e culminar na crescente judicialização das relações sociais” (*Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política*, Revista Direito GV 15, São Paulo, 8(1), jan./jun. 2012, p. 38).

Admite-se, então, que o ativismo judicial pode ser mais bem explorado em investigação específica, para além dos limites deste trabalho. Por isso é que não há a pretensão de defender ou recusar o ativismo judicial como postura correta do ponto de vista do sistema democrático. Mas algumas características fundamentais do ativismo judicial trazem clareza para o estudo que aqui se coloca. A primeira delas é o fato de que o ativismo judicial é norteado por uma racionalidade natural da Política¹⁸⁶, justamente porque do ativismo que se fala resulta a “criação” (ou “destruição”) normativa, como já mencionado.

Outro conteúdo para o ativismo é aquele geralmente criticado por representar manifestação de escolhas ideológicas do magistrado no exercício do poder jurisdicional. Tais preferências ideológicas são implícitas ou explícitas no momento de formação da convicção do magistrado ao decidir determinada controvérsia, e normalmente divorciadas do padrão decisório positivista. Então, saber se as preferências ideológicas do magistrado estão naturalmente impregnadas ou, pelo contrário, devem se dissociar do processo de tomada de decisão no âmbito jurisdicional, constitui uma indagação mais coerente para uma investigação de hermenêutica jurídica.

Não há como negar, contudo, que ambos os conceitos de ativismo judicial (de “desvio” ideológico do juiz ou de intervenção do Judiciário em temas de governo) podem convergir. Em um processo de criação normativa pelos órgãos jurisdicionais pode ocorrer – e não se descarta que seja um fenômeno corriqueiro – que se encontrem no processo debate sobre o choque de dois valores igualmente relevantes para a sociedade e que a escolha de um deles para a definição da controvérsia revele uma preferência ideológica do juiz por um ou outro valor e que isto resulte em criação normativa.

Em verdade, os dois conceitos podem se entrelaçar porque possuem origem em comum, ao menos nos ordenamentos ocidentais, a qual é associada à história norte-americana da *judicial review*, conforme se procurará explicar sucintamente doravante.

A criação normativa por juízes representa uma ruptura com valores do liberalismo jurídico, por não ser ela uma atribuição natural dos juízes de Estados de direito fundados na separação de poderes segundo a teoria liberal mais clássica, embora encontre alguma explicação na doutrina dos freios e contrapesos¹⁸⁷. Por essa última, o poder estatal

¹⁸⁶ Anderson Vichinkeski Teixeira, *Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política cit.*, p. 38.

¹⁸⁷ Segundo Paulo Issamu Nagao, em detalhado trabalho sobre o papel do juiz na efetividade do processo, “À base do sistema de separação dos poderes, que foi incorporado na *Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen*, de 1789, e está inserido nos diplomas constitucionais da maioria dos países democráticos, encontra-

estaria distribuído entre as funções executiva, legislativa e jurisdicional, cabendo a cada qual dos órgãos encarregados dessas funções “complementar” e, ao mesmo tempo, funcionar como limite para a atividade dos outros, a fim de que nenhum deles exorbite de suas missões institucionais.

Todavia, no momento em que particularmente o Judiciário se viu compelido a examinar a constitucionalidade de atos legislativos, foi abalado o habitual comedimento do poder jurisdicional frente aos outros poderes do Estado. Não só por essa razão, mas por outras ligadas à evolução política dos estados liberais, hoje já se concede como superada a tripartição rígida de poderes, mais valendo tratar as atividades do Estado no âmbito de uma *teoria das funções estatais*¹⁸⁸.

Na história constitucional dos Estados Unidos, houve o célebre julgamento do caso *Marbury x Madison* em 1803 pela Suprema Corte, que admitiu o controle judicial e difuso de constitucionalidade de leis. Naquele julgamento o Judiciário interveio na produção normativa para declarar inválido determinado texto legal que ofendia a Constituição norte-americana. Assim, a *Judicial Review* tornou-se produto de Constituições garantistas contemporâneas, como a dos Estados Unidos e do Brasil, cujo Poder Judiciário é muitas vezes chamado a implementar direitos sociais declarados no texto constitucional e sonogados por atos ou omissões legislativas ou de governo¹⁸⁹.

se a construção da doutrina dos freios e contrapesos (‘checks and balances’), segundo a qual os atos estatais seriam de duas espécies: os atos gerais, praticados pelo Poder Legislativo mediante emissão de regras gerais e abstratas, sem a definição prévia dos sujeitos que concretamente seriam alcançados; e os atos especiais, praticados posteriormente pela atuação do Poder Executivo, dispondo de meios concretos de agir, mas que estaria limitado pelos atos gerais praticados pelo Poder Legislativo; por fim, havendo exorbitância de qualquer dos poderes, abrir-se-ia a oportunidade para a ação fiscalizadora do Poder Judiciário, que compeliaria cada um a permanecer nos limites de sua esfera de atuação” (*O papel do juiz na efetividade do processo civil contemporâneo cit.*, p. 47).

¹⁸⁸ Como ponderou Leonardo André Paixão, “a separação de poderes, desde que elaborada teoricamente em *Do espírito das leis*, jamais deixou de ser revista e adaptada. Esta é, talvez, a principal razão que possibilitou à doutrina ter uma duração tão longa no tempo. A separação de poderes permanece porque muda. Sua consagração no plano da realidade aconteceu pela primeira vez nos Estados Unidos, onde a doutrina foi adaptada e incorporada à Constituição de 1787. E a separação de funções norte-americana já é bastante diferente daquela proposta por Montesquieu”. E essa mutação não é à toa pois é fator de manutenção do poder, de acordo com o mesmo autor: “Esta mudança no significado da separação de poderes decorreu da mudança de papel do Estado, embora tenha sido preservado o cerne da doutrina, que é repartir as funções estatais entre os diversos órgãos para permitir que o poder detenha o poder” (*A função política do Supremo Tribunal Federal*, tese apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Doutor, São Paulo, 2007, pp. 30 e 33). Tratando mais amplamente sobre a teoria das funções estatais, acima mencionada: Nuno Piçarra. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 1989.

¹⁸⁹ O argumento de então, em *Marbury v. Madison*, para que o Judiciário adentrasse no exame da constitucionalidade de lei foi a supremacia do poder popular expresso na Constituição sobre a vontade judicial e a vontade legislativa (Georges Abboud e Guilherme Lunelli, *Ativismo judicial e instrumentalidade do*

Na *judicial review* norte-americana, admitia-se, inicialmente, que a declaração judicial da vontade popular decorria da clareza do texto constitucional; mas, depois, escolhas econômicas de governo passaram a ser questionadas em controle de constitucionalidade de leis com a apreensão de significados não expressos nas normas da Constituição. Hoje a Suprema Corte já reconhece que o texto da Constituição norte-americana é inevitavelmente aberto porque os constituintes não poderiam prever problemas futuros a ponto de explicitar sua vontade para cada celeuma, cabendo então ao Judiciário concretizar aquela vontade em cada conflito entre uma lei e a Constituição.

Nesse cenário, há quem sustente não existir um bom ou um mau ativismo, pois “posturas ativistas pressupõem decisões judiciais baseadas nas considerações pessoais ou políticas próprias do julgador, mas essas, a depender do caso, poderão conduzir tanto a resultados ‘liberais’ quanto a resultados ‘conservadores’. (...) O ativismo é uma degeneração ideológica da atividade interpretativa/aplicativa do Judiciário”¹⁹⁰. Assim, desse ponto de vista que é capitaneado por Dworkin¹⁹¹, o ativismo seria por si só nocivo.

Uma posição intermediária sobre o ativismo constrói-se com o auxílio dos direitos fundamentais. Então, haveria um ativismo judicial positivo quando a decisão é baseada em padrão de racionalidade jurídica vigente no ordenamento como mecanismo de defesa de direitos fundamentais, para então dar efetividade à Constituição. E, de outro lado, o ativismo judicial nocivo consistiria na fuga do padrão de racionalidade jurídica vigente para um padrão de racionalidade política (para “satisfação de orientações morais, ideológicas ou políticas que o julgador possui”¹⁹²).

Com outro ponto de vista, no sentido de ser possível a convivência da *Judicial Review* com o sistema de separação de poderes, Mauro Cappelletti defende que a interferência do Judiciário em temas de alcance social advém da expansão do *Welfare State*, do que decorreria o contrapeso do Judiciário com a mesma intensidade daquela expansão dos poderes executivo e legislativo (com a intensa implementação de políticas públicas e numerosa criação legislativa). O jurista italiano afirma que o papel criativo dos juízes “reflete a *expansão do estado* em todos os seus ramos, seja legislativo, executivo ou

processo. Diálogos entre discricionariedade e democracia, Revista de Processo, vol. 242/2015, abril/2015, pp. 21-47, DTR\2015\10959).

¹⁹⁰ Abboud e Lunelli, *op. cit.*, p. 28.

¹⁹¹ Ronald Dworkin, *O império do direito*, São Paulo, Martins Fontes, 1999, pp. 451-452.

¹⁹² Anderson Vichinkeski Teixeira, *Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política cit.*, pp. 46 e 51.

judiciário. Na verdade, a expansão do papel do judiciário representa o necessário contrapeso, segundo entendo, num sistema democrático de ‘*checks and balances*’, à paralela expansão dos ‘ramos políticos’ do estado moderno”¹⁹³. Assim, de acordo com o pensamento de Cappelletti, a expansão da *judicial review* é uma renovação da teoria dos pesos e contrapesos e significa uma reafirmação dela mesma.

Essa mesma visão é compartilhada por Cândido Rangel Dinamarco, para quem a “neutralidade ideológica” dos juízes perpetua o liberalismo, “em níveis intoleráveis de prevalência do princípio dispositivo, em pleno Estado intervencionista”¹⁹⁴⁻¹⁹⁵.

Sobre o poder criativo dos juízes, há um ponto de vista segundo o qual é e sempre foi admissível confiar aos magistrados a tarefa de *lawmaker*. Lord Radcliffe em convenção anual da “*Law Society*” em 1964, segundo descrito por Harold F. Birnbaum¹⁹⁶, já afirmara que “there never was a more sterile controversy than that upon the question

¹⁹³ Mauro Cappelletti, *Juízes legisladores*, trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 25. E na mesma obra, o autor observa, como parte do fenômeno mencionado, a ocorrência de “transformação gradual do *welfare state* em estado administrativo” com “a constatação de crescente sentimento de desilusão e desconfiança, não apenas em face dos parlamentares, mas também relação ao poder executivo, à administração pública e suas inúmeras agências” (p. 44). Também nessa linha, Alexandre de Moraes anota que a fórmula da separação de poderes, “se interpretada com rigidez, tornou-se inadequada para um Estado que assumiu a missão de fornecer a todo o seu povo o bem-estar, devendo, pois, separar as funções estatais, dentro de um mecanismo de controles recíprocos, denominado ‘freios e contrapesos’ (*checks and balances*)” (*Direito constitucional*, 29ª ed., São Paulo, Atlas, 2013, p. 421). Em sentido semelhante, Tércio Sampaio Ferraz Júnior esclarece que “Sobretudo nos últimos cinquenta anos, o advento da sociedade tecnológica aumentou consideravelmente o nível de complexidade da vida humana. (...) No campo jurídico, o tribunal, tradicionalmente uma instância de julgamento e responsabilização do homem por seus atos, pelo que ele fez, passa a ser chamado para uma avaliação prospectiva e um ‘julgamento’ do que ele é e poderá fazer. É nesse quadro de projeção do sentido do direito para o futuro, para a sua realizabilidade mais do que para a sua consistência pré-constituída, que se há de entender o advento do chamado estado do bem-estar social (...) Correspondentemente, os poderes Executivo e Legislativo sofrem uma enorme expansão, pois deles se cobra a realização da cidadania social e não apenas a sustentação do seu contorno jurídico-formal” (*O Judiciário frente à divisão de poderes: um princípio em decadência?*, Revista USP, n. 21, 1994, p. 18).

¹⁹⁴ E prossegue o autor, recusando a crítica à contaminação ideológica do juiz que a publicização do processo poderia causar: “A mesma preocupação que leva a opor cuidadosas ressalvas ao próprio emprego do vocábulo *ideologia* em ciência política transparece nesse outro preconceito, pelo temor de que, tangido por ideais políticos de coloração marxista, pudesse o juiz trair o seu dever de imparcialidade e a sua condição de agente estatal do regime capitalista. O erro consiste em esquecer que o juiz é membro da sociedade em que vive e participa do seu acervo cultural e dos problemas que a envolvem, advindo daí as escolhas que, através dele, a própria sociedade vem a fazer no processo” (Cândido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade do processo cit.*, n. 3, pp. 40-41).

¹⁹⁵ Para uma dura crítica à visão instrumental do processo, vide Abboud e Lunelli, *op. cit.*, para quem aquela corrente confia demasiadamente nas predisposições subjetivas do juiz quando explica o escopo jurídico do processo, consistente na realização de justiça, pois: “Inexistindo consenso sobre o que é justo ou injusto, não há como acreditarmos na figura de um sujeito solitário com acesso privilegiado ao ideal de justiça” (p. 33) e “perante um paradigma instrumentalista do processo, não se reúnem parâmetros mínimos para se estruturar e teorizar uma teoria da decisão judicial” (p. 35). Vale lembrar que o objetivo da teoria da instrumentalidade nunca foi construir uma teoria da decisão judicial; a proposta foi examinar o sistema processual sob um ângulo externo, com prévia fixação de seus objetivos, para falar de sua efetividade, daí a nossa discordância com essa crítica.

¹⁹⁶ *Stare decisis vs. Judicial Activism: nothing succeeds like success*, American Bar Association Journal, vol. 54, mai./1968, p. 486.

whether a judge makes law. Of course he does. How can he help it? (...) Judicial law is always a reinterpretation of principles in the light of new combinations of facts... Judges do not reserve principles, once well established, but they do modify them, extend them, restrict them or even deny their application to the combination in hand”.

Adepto do dualismo¹⁹⁷ na divisão das atividades estatais, Hans Kelsen também defendeu esse ponto de vista com tranquilidade ao afirmar que há exercício de função de criação do Direito pelo Judiciário quando um tribunal julga um caso e define a decisão como um precedente para a solução de casos similares. Afirma ainda que o Poder Legislativo não tem por exclusividade a função de criar normas, mas a tem em posição de privilégio¹⁹⁸, o que se justifica na teoria da *predominância* hoje com bastante acolhimento entre os juristas na teoria de divisão de funções entre os Poderes estatais¹⁹⁹.

Mesmo com a percepção de que não há rigidez na separação das funções estatais entre os órgãos executivo, legislativo e judiciário, o ativismo que toma o juiz como “produtor de normas gerais” envolve alguns temas ligados à função jurisdicional e seu conteúdo fundamental. As funções típicas, precisamente do Judiciário, devem ser abordadas ao lado das atípicas, ou que foram apropriadas dos demais poderes e que podem conviver harmonicamente com as outras; importante conferir, porém, quais são as condições para tanto, como se fará adiante ao se refletir a respeito da gestão de processos e o diálogo com os princípios fundamentais do processo civil.

Ainda, a ideia de gestão de processos, tomada como estratégia de resolução de controvérsias repetitivas que persegue, dentre outros fins, a eficiência da atividade jurisdicional, depende do reconhecimento de que o ativismo judicial encontra-se presente. E ele está presente seja porque há produção de normas pelo Judiciário com alcance geral seja porque o Judiciário é tomado por uma racionalidade que não é natural ou tradicional da jurisdição.

¹⁹⁷ Dualismo que aponta existirem duas atividades: criar o direito e executar ou colocar em prática o direito predisposto.

¹⁹⁸ Hans Kelsen, *Teoria general del Derecho y del Estado*, trad. Eduardo Garcia Maynez, México, UNAM, p. 323, *apud* Leonardo André Paixão, *op. cit.*, p. 39.

¹⁹⁹ “Como se sabe, as funções legislativas, administrativas (ou executivas) e judiciais estão distribuídas, entre três blocos orgânicos denominados ‘Poderes’, os quais, de regra, são explicitamente mencionados nas constituições modernas do Ocidente. Tais unidades orgânicas absorveriam, senão com absoluta exclusividade, ao menos com manifesta predominância, as funções correspondentes a seus próprios nomes: Legislativo, Executivo e Judiciário” (Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, 30ª ed., São Paulo, Malheiros, 2013, pp. 30-31). Hely Lopes de Meirelles fala da “distribuição das três funções estatais *precípua*s entre os órgãos independentes, mas harmônicos e coordenados no seu funcionamento” (*Direito Administrativo Brasileiro*, 39ª ed., São Paulo, Malheiros, 2013, p. 63).

15. A escala da repetitividade. Definição pelos critérios quantitativo ou qualitativo

No contexto da litigiosidade repetitiva, como gênero, compete indagar sobre a escala de repetição que qualifica a litigância dessa forma, de forma a merecer uma estratégia de gestão.

Essa questão pode ser enfrentada de uma perspectiva quantitativa – que indica uma escala numérica para que um litígio ou uma questão jurídica debatida em juízo sejam qualificados como repetitivos – ou de uma perspectiva qualitativa – que propõe uma representação não-numérica da repetitividade de processos ou de controvérsias.

Até hoje, no ordenamento brasileiro, preferiu-se a perspectiva qualitativa para definir a repetitividade. E uma das noções mais remotas que se pode associar a isto é o “efeito multiplicador”.

Efeito multiplicador é um conceito surgido no âmbito de mecanismos processuais predispostos em favor da Fazenda Pública para a defesa da ordem econômica ou social, notadamente as medidas de suspensão de segurança deferida em sede de mandado de segurança ou de suspensão de liminares ou cautelares deferidas contra a entidade pública. Assim, as Leis 4.348/64 (já revogada, art. 4º) e Lei 8.437/92 (ainda em vigor, art. 4º) preveem a possibilidade de o Poder Público voltar-se contra o deferimento de mandados de segurança ou de liminar ou cautelares, em defesa do interesse público, baseado na alegação de ofensa “à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas”, o que se repetiu no vigente art. 15 da Lei 12.016/2009²⁰⁰.

Para se conceber a suspensão de ordens que possam ser lesivas àqueles valores públicos (de caráter primário ou mesmo secundário²⁰¹), entende-se que o referido efeito multiplicador baliza a avaliação sobre o risco de que a decisão que se procura suspender a pedido do Poder Público possa gerar o ajuizamento de muitos processos a ponto

²⁰⁰ Antes ainda das Leis de 1964 e 1992, existiram a Lei 191/1936, o Código de Processo Civil de 1939 e a Lei 1.533/51, com disposições análogas em tema de suspensão de segurança.

²⁰¹ Na opinião do Min. Marco Aurélio, a suspensão deveria ser concedida de maneira parcimoniosa pois é instrumento colocado à disposição de apenas uma das partes (o Poder Público), muitas vezes utilizado na defesa de interesse público secundário “ligado à administração, aos interesses da administração propriamente dita, considerando o governo reinante”, em contrapartida do interesse público primário, para o qual a medida, quando muito, poderia ser adotada. É o que se extrai do voto proferido em agravo regimental na SS 3069 (Relatora Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgado em 27/02/2008). Em sentido análogo o Min. Humberto Gomes de Barros proferiu decisão monocrática perante o STJ: AgRg nos EDcl na SLS 771, DJ 05/06/2008.

de comprometer a ordem, a saúde, a segurança e a economia pública. Nesse âmbito, a jurisprudência contenta-se, em geral, com a possibilidade de repetição de pedidos análogos em face do Poder Público; portanto, a repetição tanto pode ser concretamente aferida²⁰² quanto pode ser potencial e futura²⁰³.

Em hipóteses nas quais a repetição fora concretamente aferida, o STJ já considerou suficiente para o deferimento da suspensão a repercussão da decisão sobre 80 pessoas em um caso²⁰⁴, ou 56 pessoas em outro²⁰⁵, com forte impacto no orçamento da entidade pública, considerando que o processo versava sobre reajuste devido a juízes classistas.

O curioso é que, justamente em sede de suspensão de medidas onerosas à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, entende-se com bastante tranquilidade no Judiciário que a ponderação realizada para o deferimento do pedido do Poder Público possui natureza política, escapando de um juízo de exclusiva legalidade²⁰⁶, chegando-se a afirmar que a decisão tem natureza discricionária²⁰⁷.

²⁰² Com posição mais rigorosa e entendendo que o efeito multiplicador deveria ser comprovado de forma cabal pelo Poder Público requerente da suspensão, já houve decisão da Corte Especial do STJ: “Na linha da orientação firme desta Corte Especial, não cabe enfrentar, na via estreita da suspensão de liminar e de sentença ou de segurança, questão de mérito objeto do processo principal. – O chamado efeito multiplicador deve ser demonstrado de forma cabal, o que não ocorreu no presente caso. Agravo regimental improvido” (AgRg na SLS 933/CE, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Corte Especial, julgado em 28/05/2009, DJe 17/08/2009).

²⁰³ O potencial risco de repetição de inúmeros processos é considerado suficiente perante o STF pelos seguintes acórdãos: SS 3717 AgR, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 29/10/2014; SS 3000 AgR, Relatora Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgado em 27/02/2008; SS 1836-AgR, Rel. Min. Carlos Velloso, Plenário, DJ de 11.10.2001; dentre diversos outros.

²⁰⁴ AgRg na STA 62/PE, Relator Ministro Edson Vidigal, Corte Especial, julgado em 25/10/2004, DJ 06/12/2004, p. 171.

²⁰⁵ AgRg na STA 61/CE, Relator Ministro Edson Vidigal, Corte Especial, julgado em 25/10/2004, DJ 06/12/2004, p. 171.

²⁰⁶ A partir dessa premissa é que se entende ser incabível recurso especial contra acórdão proferido por Tribunal estadual ou federal, pelo qual o juízo realizado para conceder a suspensão tenha sido político e não técnico-jurídico: AgRg no AREsp 175.697/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 18/11/2014, DJe 25/11/2014; AgRg no Ag 1428837/MG, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 18/03/2014, DJe 25/03/2014; AgRg no AREsp 444.252/BA, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 25/02/2014, DJe 11/03/2014. Essa posição que parece majoritária adquiriu ainda assim alguma resistência no âmbito do STJ: “não há como conceber, na atual configuração do Estado Democrático de Direito brasileiro, que uma decisão de natureza administrativa ou política provoque a suspensão dos efeitos de um pronunciamento judicial. Portanto, deve-se identificar na atividade exercida no julgamento do pedido de suspensão de segurança a nítida feição judicial, e não política ou administrativa, em que pese o objeto envolver a análise de conceitos jurídicos indeterminados, como segurança, ordem, saúde e economia. Desta forma é cabível o recurso especial” (AgRg no REsp 1284520/GO, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 04/09/2012, DJe 08/03/2013), e, na doutrina, essa última posição é acompanhada por exemplo por Caio César Vieira Rocha, *Comentários à nova lei do mandado de segurança*, org. Napoleão Nunes Maia Filho, Caio Cesar Vieira Rocha e Tiago Asfor Rocha Lima, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010, pp. 206-207.

²⁰⁷ AgRg na MC 22.070/DF, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 04/02/2014, DJe 07/03/2014.

Mais adiante, a repetitividade foi novamente aventada no ordenamento brasileiro quando se redesenhou o papel do Supremo Tribunal Federal em sua competência para julgamento de recursos extraordinários. Com origem na Emenda Constitucional 45/2004, a Lei 11.418/2006 incluiu no Código de Processo Civil de 1973 o regramento infraconstitucional a respeito do requisito de repercussão geral para cabimento de recurso extraordinário. E então o art. 543-A, §1º, do Código então vigente passou a prever que a repercussão geral existiria sobre “questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa”.

Com a técnica de julgamento da matéria com repercussão geral, quando decidida a questão jurídica pelo Supremo, todos os demais recursos – que envolvam aqueles interesses subjetivos que superam as partes do processo sob julgamento – devem seguir o procedimento previsto no então vigente art. 543-B do CPC de 1973, §§ 3º e 4º, que previam o encurtamento do procedimento recursal perante o STF ou a possibilidade de que as Turmas julgadoras se retratassem para seguir a orientação superior da questão com repercussão geral reconhecida.

A regra aproveitara de certa forma a compreensão sobre o *efeito multiplicador* e o respectivo risco de repetição de inúmeros processos, ainda que não mais de forma restrita às causas que envolvem o Poder Público, no que tange à repercussão geral. Mais uma vez não se definiu em lei no que consistiria a amplitude da relevância da questão objeto do processo que poderia ultrapassar os interesses subjetivos da causa, apenas mencionando o art. 543-B, *caput*, a “multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia”.

Na mesma toada, o art. 2º da Lei 11.417/2006, ainda em vigor e que disciplina a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, define em seu art. 2º que o STF “poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante (...)”. Optou-se então pela alusão a “reiteradas decisões”, sem que o conceito de *reiteração* adquirisse conteúdo técnico-jurídico preciso.

O maior exemplo dessa lacuna, na prática, é a edição do enunciado n. 11 de Súmula Vinculante do STF, que procura dispor sobre o uso de algemas no ato de prisão; o *site* eletrônico do Supremo aponta como precedentes para a enunciação de referida súmula os seguintes processos: HC 91952, DJe de 19/12/2008, HC 89429, DJ de 02/02/2007, HC 71195, DJ de 04/08/1995, e RHC 56465, DJ de 06/10/1978. Ou seja, há referência a quatro

ocasiões prévias em que o STF fora chamado a examinar a questão, o que dificulta a convicção de que tenham existido “reiteradas decisões” sobre o tema. Além disso, os debates para aprovação não apontam qualquer indagação no âmbito daquela Corte a respeito da numerosidade de processos sobre o tema, a despeito da evidente preocupação com a relevância da questão constitucional frente aos direitos fundamentais envolvidos²⁰⁸.

Mais ainda, são vários os dados do caso concreto e elementos de excepcionalidade sobre os quais o julgador precisa refletir para a subsunção da situação real ao enunciado da súmula, o que torna bastante questionável a utilidade da referida Súmula de natureza vinculante como mecanismo para o controle de controvérsias repetitivas²⁰⁹.

Outra referência que pode ser mencionada da legislação processual a título de repetitividade de controvérsias esteve presente na Lei 11.672/2008, que inseriu também no CPC de 1973 o mecanismo de julgamento de recursos especiais repetitivos perante o Superior Tribunal de Justiça, quando houvesse “multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito”. O critério legal, portanto, até então, continua a ser qualitativo, pois “multiplicidade de recursos”, por mais que possa ter uma conotação de numerosidade, é uma expressão ainda quantitativamente indeterminada, ao menos para a dimensão do STJ no que se refere aos processos de sua competência²¹⁰.

Qual seria o número suficiente para considerar um conjunto de recursos como uma multiplicidade? Até aquele momento a resposta continua fora do âmbito técnico-jurídico e comporta avaliação exclusiva dos tribunais responsáveis por lidar com os recursos

²⁰⁸ http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/SUV_11_12_13_Debates.pdf; acesso em 9/11/2016.

²⁰⁹ Precisamente sobre esta Súmula, já se produziu trabalho com a conclusão de que: “SV 11 não foi capaz de fazer com que a regra seja, na prática, a excepcionalidade do uso de algemas, ela apenas impôs um requisito formal para que o uso de algemas, há muito recorrente, pudesse se perpetuar de forma lícita. Manteve-se, deste modo, a ‘regra’ da generalização do uso das algemas. Com base no próprio enunciado da súmula e, sobretudo, no resultado acima exposto das reclamações já julgadas, é preciso admitir que a despeito do que os números indicam, a súmula vinculante 11 é ineficaz para a função a qual se destina” (Letícia Oliveira Lins de Alencar, *Desmistificando o Instituto: a súmula vinculante é eficaz?*, monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP, São Paulo, 2010, p. 74, disponível em http://www.sbdp.org.br/monografias_ver.php?idConteudo=167).

²¹⁰ Exemplo disso foi apontado por Flávio Luiz Yarshell a respeito de recente julgamento realizado pelo Superior Tribunal de Justiça, que “tratou da licitude de cláusula que impõe a obrigação de pagamento de comissão de corretagem imobiliária ao comprador. Nesse caso, a afetação ocorreu sem que houvesse notícia de um só caso decidido de forma colegiada (embora houvesse um bom número de decisões singulares). Contudo, o volume de demandas perante os Estados, com avalanche de recursos prestes a serem julgados de forma colegiada pelo STJ, autorizou a providência” (*Modulação de efeitos em julgamento de recursos repetitivos: possível mesmo se não houver ‘alteração de jurisprudência dominante’?*, jornal Carta Forense de 4/11/2016, disponível em <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/modulacao-de-efeitos-em-julgamento-de-recursos-repetitivos-possivel-mesmo-se-nao-houver-alteracao-de-jurisprudencia-dominante/17105>, acesso em 9/11/2017).

repetitivos, seja em juízo de admissibilidade ou em incursão efetiva sobre o mérito recursal. Mas a capacidade de trabalho dos tribunais estaduais e federais frente a uma “multiplicidade” de recursos pode ser aferida de forma bem distinta entre eles²¹¹, e mais ainda se distinguirá da capacidade dos tribunais superiores para os quais os recursos repetitivos deveriam ser originariamente destinados, o que revela mais uma incerteza no ordenamento sobre um parâmetro quantitativo para aferição da numerosidade dos recursos.

Em paralelo ao CPC, há uma especial dimensão de proteção de interesses repetitivos que se consubstancia no microsistema de processos coletivos. Para falar apenas dos direitos divisíveis, que congregam interesses genuinamente individuais, utilizaremos a categoria dos direitos individuais homogêneos, que são capazes de gerar a repetitividade por não impedirem o ajuizamento de ações pelos legitimados ordinários (art. 103, §3º do CDC²¹²).

A lei qualifica os direitos individuais homogêneos como aqueles “decorrentes de origem comum” (art. 81, III, do CDC), o que pouco esclarece sobre a sua natureza. Sabe-se que, na dimensão coletiva, tornam-se homogêneos os direitos que constituem puramente a soma de interesses individuais, mas que admitem uma “dimensão social em razão do grande número de interessados e das graves repercussões na comunidade”²¹³, como já se esclareceu em doutrina. Assim, a numerosidade também é um componente implícito mas não quantitativamente definido em lei para a tutela de direitos individuais homogêneos²¹⁴.

Encontrou-se, então, naquele microsistema uma solução que resultou de um raciocínio que combina um requisito exigido nas *class actions for damages* do direito norte-americano (nas quais se inspirou o legislador brasileiro para as ações coletivas em defesa dos direitos individuais homogêneos) com um conceito próprio do direito processual de *civil*

²¹¹ Essa ideia sugere que pode haver descompasso entre medidas de gestão realizadas em cada um dos Estados – o que deveria ser viável e admissível dada a autonomia administrativa dos tribunais – e medidas de gestão implementadas para o âmbito federal, por ordem do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal, cada qual com sua competência, respectivamente, diante do direito infraconstitucional ou do direito revelado pela Constituição Federal.

²¹² “Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99”.

²¹³ Barbosa Moreira, *Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos*, in “Temas de Direito Processual Civil – Terceira Série”, São Paulo, Saraiva, 1984, p. 197.

²¹⁴ Ruy Zoch Rodrigues reconhece que, para fins de se definir a dimensão coletiva dos direitos individuais homogêneos, “é necessário que o número de pessoas envolvidas no episódio que confere a homogeneidade seja significativa, muito embora não se possa cogitar de um número exato, a partir do qual a tutela coletiva estaria autorizada” (*Ações coletivas cit.*, p. 83).

law, que é o interesse de agir. A legislação norte-americana exige na regra (b)(3) das *Federal Rules of Procedure Civil* de 1966, dentre os *threshold requirements* (requisitos preliminares) da *class action for damages*, que: “a class action is superior to other available methods for fairly and efficiently adjudicating the controversy”.

Fala-se na superioridade da ação coletiva que, no Brasil, foi aceita como um dos requisitos para a viabilidade da tutela coletiva, ligado à adequação da medida face ao alcance da controvérsia, pois depende da aptidão do processo para a solução eficiente da controvérsia submetida ao Judiciário. Assim, afirmei em trabalho precedente sobre o processo coletivo que, “quando se fala em dimensão coletiva prevalecendo sobre a individual, não se sugere que haja um número mínimo de interessados na tutela coletiva de seus direitos individuais homogêneos. Sob a égide do direito posto, não se sustentaria a exigência de um limite mínimo de vítimas (aqui tratadas a título amplo, como no artigo 17 do CDC), sob pena de obstaculizar o emprego dos mecanismos coletivos de tutela”²¹⁵.

Também afirmando ser ignorado um quantitativo mínimo previsto em lei para a viabilidade da tutela coletiva, Sérgio Cruz Arenhart esclarece: “Trata-se de um requisito praticamente quantitativo, em que se avalia, por via oblíqua, a utilidade da tutela coletiva. Se houver mais questões comuns envolvidas nos litígios similares, justifica-se um pronunciamento ‘geral’, que aprecie as questões comuns em uma só decisão, porque com isso se poupa tempo e recursos judiciais nas ações individuais. (...) Obviamente, o requisito não é de fácil verificação, deixando uma larga margem de discricionariedade judicial na avaliação dessa preponderância”²¹⁶.

Para o microsistema de tutela coletiva, dessa forma, igualmente não há uma dimensão numérica quantitativa estabelecida em lei, embora se reconheça que é a economia processual quem recomenda o sopesamento entre a dimensão individual do conflito e a adequação do processo coletivo. Não se admite o dispêndio de tempo e recursos do Judiciário em uma ação coletiva que não se sustente sobre uma base considerável de interesses individuais, pois se a demanda coletiva não impede o processamento de demandas individuais, ela pode se tornar inútil caso os legitimados ordinários optem pelo ajuizamento independente de suas demandas.

²¹⁵ Viviane Siqueira Rodrigues, *O processo coletivo para a defesa dos direitos individuais homogêneos cit.*, p. 49.

²¹⁶ *A tutela coletiva de interesses individuais. Para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014, nn. 3.2.2.1 e 3.2.2.2, pp. 143 e 145-146.

Há, portanto, também o recurso a uma régua de efetividade que, se for muito tímida na pretensão coletiva, compromete o interesse de agir do legitimado extraordinário para a ação²¹⁷. Essa régua mede a relação entre a ação coletiva e o potencial objeto da liquidação individual da sentença genérica; nessa medição, a liquidação individual não pode se mostrar mais complexa a ponto de preterir todo o trabalho realizado antes da prolação da sentença genérica.

A jurisprudência vem se mostrando fiel ao requisito da superioridade da ação coletiva, quando por exemplo dita, ainda sem precisão quantitativa sobre a escala de repetitiva, que: “Nas ações em que se pretende a defesa de direitos individuais homogêneos, não obstante os sujeitos possam ser determináveis na fase de conhecimento (exigindo-se estejam determinados apenas na liquidação de sentença ou na execução), não se pode admitir seu ajuizamento sem que haja, ao menos, indícios de que a situação a ser tutelada é pertinente a um número razoável de consumidores. O promovente da ação civil pública deve demonstrar que diversos sujeitos, e não apenas um ou dois, estão sendo possivelmente lesados pelo fato de ‘origem comum’, sob pena de não ficar caracterizada a homogeneidade do interesse individual a ser protegido”²¹⁸.

Há, ainda, implícita no microssistema de processos coletivos, mais uma alusão ao conteúdo da repetitividade. A chamada *fluid recovery* no direito brasileiro é prevista no art. 100 do CDC, por iniciativa dos legitimados extraordinários, que podem reclamar residualmente às liquidações e execuções individuais, indenização revertida ao fundo previsto no art. 13 da Lei da ação civil pública, desde que não haja “habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano”.

Mais uma vez, a lei refere-se a uma dimensão numérica de forma apenas qualitativa, pois entende que a gravidade do dano deva ser comparada à numerosidade das liquidações e execuções individuais, mas não expressou um parâmetro quantitativo para essa comparação que pode levar à indenização residual da *fluid recovery*.

Mais recentemente, hoje no Código de Processo Civil de 2015, o tratamento especial aos processos ou controvérsias repetitivas recebe bastante atenção da lei. Em

²¹⁷ No trabalho referido, também acrescentei que: “Por razões de economia, o sistema processual não admite a atuação inútil do Judiciário e, se constatado que a técnica da ação coletiva não dispensaria uma dilação probatória análoga àquela que seria produzida em uma demanda individual do interessado (dilação esta que deve ser ampla, em respeito ao contraditório e ampla defesa assegurados ao demandado), os direitos individuais, ainda que homogêneos, não merecerão tratamento molecular” (*op. cit.*, p. 50).

²¹⁸ STJ, REsp 823.063/PR, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, j. 14/02/2012, DJe 22/02/2012.

nenhuma regra do diploma nova, porém, há alusão a uma expressão quantitativa e específica à repetitividade. Dita o art. 928 do CPC de 2015, por exemplo, que “considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em: I – incidente de resolução de demandas repetitivas; II – recurso especial e extraordinário repetitivos”, cujo parágrafo único indica que a questão repetitiva pode ter por “objeto questão de direito material ou processual”.

Na norma relativa ao incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 976), estabelece a lei que o incidente será cabível se existentes simultaneamente duas situações: “I – efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito” e “II – risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica”. Por sua vez, quando disciplina o procedimento para o julgamento dos recursos especial ou extraordinário repetitivos, a lei dita que ele será observado “sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito” (art. 1.036).

Porém, a “repetição” de processos, a “multiplicidade” de recursos, ou mesmo o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica ainda não estão sendo ditados pela lei de modo numericamente explícito²¹⁹, a contrário do que ocorre com algumas legislações estrangeiras.

Por exemplo, o processo-modelo do direito germânico (*Müsterverfahren*, previsto na *Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz – KapMuG*), editado de forma experimental para o processamento de pretensões de investidores da empresa Deutsche Telekom AG, que foram prejudicados pela divulgação de informações inverídicas ao mercado, menciona a existência de 10 (dez) processos sobre as mesmas questões de fato e

²¹⁹ Com uma crítica a essa realidade, Marcos de Araújo Cavalcanti sustenta que: “seria mais interessante se a verificação da satisfação do pressuposto de admissibilidade mencionado (efetivo ajuizamento de demandas repetitivas) não ficasse sujeito ao exame subjetivo do magistrado. Ora, o que configura a ‘efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito’ ou ‘risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica’? Existe alguma quantidade específica de processos judiciais que impõe ao tribunal instauração do IRDR sobre questões unicamente de direito? Quantos processos são necessários para colocar em risco a isonomia e a segurança jurídica dos jurisdicionados? Melhor seria se o legislador tivesse fixado um critério objetivo, como, por exemplo, uma quantidade ‘x’ de processos em tramitação sobre uma mesma questão de direito, a ser fixada periodicamente (anualmente, por exemplo) pelo CNJ. Essa relação numérica levaria em consideração as peculiaridades dos Estados e regiões. Atingindo-se a quantidade fixada periodicamente pelo CNJ e formulado o requerimento, o tribunal teria o dever de instaurar o IRDR, não havendo que se falar em discricionariedade ou faculdade do magistrado, como maleficamente entendeu o STJ para o incidente de uniformização de jurisprudência previsto no art. 476 do CPC/1973” (*Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR)*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016, pp. 215-217).

de direito como suscetíveis ao julgamento via caso modelo²²⁰. Esse é o modelo que, inclusive, inspirou toda a sistemática de julgamento por amostragem no direito brasileiro²²¹.

Outro exemplo de dimensionamento numérico exato de processos repetitivos, na experiência estrangeira, está no Código de Processo nos Tribunais Administrativos de Portugal, que regulamenta o procedimento perante a Justiça Administrativa naquele país.

A redação original do art. 48º daquele Código (Lei 15/2002) dispunha, a título de “processos de massa”, que “Quando sejam intentados mais de 20 processos que, embora reportados a diferentes pronúncias da mesma entidade administrativa, digam respeito à mesma relação jurídica material ou, ainda que respeitantes a diferentes relações jurídicas coexistentes em paralelo, sejam susceptíveis de ser decididos com base na aplicação das mesmas normas a idênticas situações de facto, o presidente do tribunal pode determinar, ouvidas as partes, que seja dado andamento a apenas um ou alguns deles, que neste último caso são pensados num único processo, e se suspenda a tramitação dos demais”.

Por alteração do ano de 2015 (Decreto-Lei n.º 214-G/2015), o mesmo Código hoje dispõe que, para a “seleção de processos com andamento prioritário”, basta que “sejam intentados mais de dez processos”, naquelas mesmas condições anteriores, o que revela que de uma repetição representada por vinte processos, hoje na jurisdição administrativa portuguesa considera-se suficiente para um tratamento diferenciado a repetição de controvérsia em pelo menos dez processos.

Assim, ao contrário dos ordenamentos alemão e português, a legislação brasileira, que hoje é bastante pródiga na regulamentação dos processos adequados às pretensões repetitivas, resente-se assim da falta de critérios para a determinação numérica exata para a repetitividade de demandas ou controvérsias; portanto, a repetição pode se manifestar na realidade como um dado pouco perceptível ou detectável pelos jurisdicionados. No decorrer deste trabalho pretendemos questionar se esse estado das coisas compõe-se adequadamente com os caracteres da jurisdição.

²²⁰ O caso-piloto ou caso-modelo foi a inspiração para a legislação brasileira para o desenho do incidente de resolução de demandas repetitivas e, assim, de certa forma, o procedimento alemão é semelhante ao previsto ao CPC de 2015.

²²¹ Também sobre essa influência: Viviane Siqueira Rodrigues, *O processo coletivo para a defesa dos direitos individuais homogêneos cit.*, pp. 158-160.

16. Os valores subjacentes à gestão da litigância repetitiva e de massa

Como visto *supra*, a adoção de estratégias de gestão depende da escolha de valores prioritários. Para o caso da massa de processos repetitivos com a qual o Judiciário deve lidar, deve-se indagar se os valores em questão estão amparados pelos objetivos da função jurisdicional. Se os valores subjacentes à gestão forem dissociados dos objetivos da jurisdição, a hipótese aventada nesta tese ficará negada desde já, ou seja, não haverá como legitimar a racionalidade gerencialista no processo civil.

O método escolhido para alcançar a resposta buscada nesta tese será identificar os valores e confrontá-los com os escopos da jurisdição, respeitando desse modo o ponto de vista instrumental assumido para o processo. Os propósitos do processo, e assim também da jurisdição, encontram-se nos planos social, político e jurídico e se definem como, respectivamente, a obtenção de pacificação social mediante a eliminação de conflitos, a afirmação da capacidade estatal de decidir imperativamente como mecanismo de garantia da segurança jurídica, e, por fim, a atuação do direito em concreto para dada controvérsia.

De seu turno, os valores da gestão da litigância repetitiva e de massa são assumidamente a eficiência do serviço judiciário e a isonomia que se realiza pela outorga de tratamento igualitário para pessoas envolvidas em controvérsias semelhantes, evitando que sejam dadas soluções diferentes para casos afins.

À primeira vista, tanto o funcionamento eficiente do Judiciário quanto o tratamento isonômico das pessoas parecem seguir ao encontro de todos os escopos da jurisdição. A pacificação social é potencialmente mais realizada quanto mais as pessoas se acodem do caráter educativo da jurisdição, espelhando-se nas decisões judiciais para definir suas condutas de forma a evitar ou solucionar conflitos; então, se as pessoas se espelham nas decisões judiciais dadas para casos semelhantes aos seus para ditar seu comportamento nas situações da vida, tanto melhor que as controvérsias repetitivas e de massa sejam resolvidas de maneira uniforme e célere porque para o Judiciário seu papel de pacificação deverá ser estrategicamente amplificado na mesma proporção com que as controvérsias repetitivas se produzem.

A capacidade do Estado de resolver as controvérsias mediante a atuação concreta e imperativa do direito também se fortalece caso a gestão gere um impacto na

percepção dos jurisdicionados sobre a eficiência da interferência estatal na resolução dos conflitos. Assim, se é verdade que existe uma crise de confiança sobre a idoneidade do Judiciário de utilizar o processo civil como um caminho justo e célere para a resolução de controvérsias, tendencialmente a gestão visando ao julgamento mais breve e uniforme da massa de demandas repetitivas é capaz de reforçar o poder estatal de realizar a jurisdição.

E por fim, a atuação imperativa e prática do direito também se revigora com estratégias de gestão da litigância repetitiva ou de massa na medida em que o Judiciário atue uniformemente a regra abstrata para os casos concretos semelhantes. Enquanto o caráter substitutivo da atividade jurisdicional do Estado é reforçado para as causas repetitivas, mais o direito se universaliza e, portanto, realiza seu objetivo fundamental de justiça.

Neste ponto, Cândido Dinamarco reconhece que, no contexto de uma sociedade de massa, em que se tornam “inadequadas as soluções individualistas contidas na lei”, é preciso “dar à fórmula ‘atuação da vontade *concreta*’ a desejável interpretação dinâmica: o ‘concreto’ deixa de identificar-se com o ‘individual’ e não há de passar, portanto, a níveis tais de redução da realidade, que invariavelmente só mesmo direitos e interesses de uma pessoa só e particularizados numa concreta situação jurídica só, possam ser objeto da atuação jurisdicional”²²². E então, “o verdadeiro sentido atual da fórmula precisa ser descoberto através dessa observação do social agindo sobre o jurídico, gerando a inexorabilidade da agilização e universalização da Justiça”²²³.

Isso quer dizer que a atuação concreta do direito, no que se refere ao escopo jurídico da jurisdição, não fica comprometida com a ideia já referida de que na resolução de questões repetitivas o Judiciário é ativista por se comportar como criador de normas para casos pendentes ou futuros.

Por tudo isso, é possível afirmar que os valores subjacentes à gestão de demandas ou controvérsias repetitivas alinham-se aos objetivos da jurisdição e perseguem os escopos estatais do processo civil. Mas cabe ponderar ainda por quem esses valores são compartilhados para entender se há ou não algum desequilíbrio na escolha desses valores.

²²² *A instrumentalidade do processo cit.*, n. 29.1, p. 265.

²²³ *A instrumentalidade do processo cit.*, n. 29.1, p. 266.

17. A quem interessam os valores subjacentes da gestão de processos judiciais repetitivos

A reflexão sobre quais são os valores inerentes à racionalidade gerencialista no processo civil precisa ser complementada com o questionamento sobre a quem pertencem aqueles valores; ou, em outras palavras, a quem interessa defendê-los.

Não é de hoje que se afirma ser tanto do Estado quanto da sociedade o interesse na realização da jurisdição. Cândido Rangel Dinamarco já alertou: “Mediante a utilização do sistema processual, propõe-se o Estado, antes de tudo, a realizar objetivos que são *seus*. Quer se pense na pacificação social, educação para o exercício e respeito a direitos, ou na manutenção da autoridade do ordenamento jurídico-substancial e da sua própria, nas garantias à liberdade, na oferta de meios de participação democrática, ou mesmo no objetivo jurídico-instrumental de atuar a vontade da lei (e tais são os escopos da ordem processual) – , sempre é algo ligado ao interesse público que prepondera na justificação da própria existência da ordem processual e dos institutos, princípios e normas que a integram”²²⁴.

Uma gestão da massa de processos repetitivos é mais ainda do interesse do Estado e do Judiciário, porque ela persegue a alocação eficiente dos recursos financeiros e humanos disponíveis frente à carga de trabalho que se diz ser praticamente invencível²²⁵. Não há como, nesse contexto, afirmar que o Judiciário seja um elemento neutro, desinteressado no aprimoramento da alocação de seus recursos que são notoriamente escassos.

Com essa perspectiva, torna-se mais evidente a possibilidade de descasamento entre o interesse do Judiciário na gestão de seus limitados recursos materiais e humanos, de um lado, e o interesse do jurisdicionado na obtenção de tutela jurisdicional justa e tempestiva, de outra. Essa possibilidade pode receber uma séria e justa crítica de que sejam perseguidos objetivos diametralmente opostos.

²²⁴ *A instrumentalidade do processo cit.*, n. 9, pp. 92-93.

²²⁵ Ainda que não reconheça expressamente a premissa presente neste trabalho (sobre os interesses atendidos precipuamente pela gestão dos processos repetitivos), Marcos de Araújo Cavalcanti aponta uma perspectiva semelhante: “As demandas atomizadas contribuem, ainda, para duas outras consequências não desejadas: custo excessivo à atividade jurisdicional e duração acima do razoável para a resolução dos litígios. A existência simultânea de milhares de demandas repetitivas aumenta a necessidade de gastos financeiros e de recursos humanos, violando as práticas de gestão recomendadas e contribuindo para o esgotamento do Poder Judiciário. Aumentam-se o custo e a duração da resolução dos processos” (*op. cit.*, p. 153).

Em reflexão sobre os incentivos à autocomposição na esfera judicial, Flávio Luiz Yarshell aventou a possibilidade de um choque entre o interesse estatal e o interesse público de oferecimento de acesso à justiça: “embora a busca do acordo seja desejável, é direito da parte não transigir. Tal conduta não viola o dever de litigar com lealdade e probidade. Não é litigante de má-fé aquele que se recusa a aceitar a conciliação. É preciso cuidado para – num paralelismo do que se dá com a Administração – não criar uma espécie de interesse público ‘secundário’, cujo titular seria o Poder Judiciário e não propriamente o cidadão, para o qual estaria voltado o interesse público ‘primário’ de pacificação. Não há – e não deve haver – contraposição entre o interesse do Judiciário e o interesse das partes que a ele acorrem postulando justiça”²²⁶.

No entanto, aquele choque parece incontornável quando se fala em gestão de processos repetitivos. Por intermédio de mecanismos de gestão, como órgão do Estado, o Judiciário persegue objetivos próprios, antes de tudo (ao menos em um raciocínio lógico que enaltece o interesse imediato atendido se bem sucedidas as medidas de gestão). Mediamente, os instrumentos processuais forjados para a gestão de litígios repetitivos podem subsidiar o interesse material das partes, sejam elas grandes litigantes habituais ou litigantes eventuais.

Da perspectiva dos litigantes, é importante a preocupação com o impacto que medidas de gestão podem produzir no julgamento de controvérsias repetitivas. Em tema de litigância repetitiva, tornou-se célebre o diagnóstico de Marc Galanter²²⁷, para quem os litigantes habituais – normalmente grandes corporações ou entidades públicas que, por sua própria atividade, são partes assíduas no ambiente forense – possuem vantagens estratégicas

²²⁶ *Poder Judiciário e Conciliação*, jornal Carta Forense de 4/01/2010, disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/poder-judiciario-e-conciliacao/5110>, acesso em 9/1/2017.

²²⁷ Marc Galanter, *Why the “haves” come out ahead: speculations on the limits of legal change cit.*, pp. 95-160. José Carlos Barbosa Moreira também identificou vantagens dos litigantes habituais no processo, em potencial quebra da igualdade: “cabe aludir a la diferencia entre las personas que suelen demandar o ser demandadas con frecuencia (v.g., empresas industriales y comerciales, sociedades aseguradoras, bancos, la Administración Pública) y aquéllas que solo casualmente, en ocasiones fortuitas, por no decir excepcionales, asumen la posición de parte en un proceso. Los ‘litigantes habituales’ gozan, sobre los ‘litigantes eventuales’, de todas las ventajas inherentes a la organización: disponen de personal especializado, recogen la experiencia de procesos anteriores, mantienen en sus registros datos actualizados de doctrina y de jurisprudencia, y así en adelante” (*La igualdad de las partes en el proceso civil*, Revista de Processo, vol. 44/1986, pp. 176-185, out.-dez./1986, DTR\1986\149). No direito português, a distinção foi feita também por Boaventura de Sousa Santos, Maria Manuel Leitão Marques e João Pedroso, entre litigantes frequentes ou esporádicos em *Da microeconomia à micro-sociologia da tutela judicial*, Revista Justiça para a Democracia, Associação Juízes para a Democracia, n. 1, jan./jun. de 1996, pp. 78-79.

que são insondáveis pelos litigantes eventuais e de pouca capacidade jurídica, econômica e estrutural na percepção do litígio, como já referido neste trabalho.

Tais vantagens podem ser: apostas menores em um único caso, mas elevadas no litígio global, e consequentes riscos menores em um único processo, com a possibilidade de investir recursos financeiros para prolongá-lo, caso seja do interesse do litigante habitual; conhecimento prévio suficiente para estruturar acordos quando seus registros assim recomendem a fim de evitar a criação de precedentes; desenvolvimento de expertise e acesso a especialista, com desfrute de economia de escala, que os litigantes eventuais não alcançam; e, especialmente, grande interesse em determinar como o resultado de um processo influenciará nos demais e análogos, com a possibilidade de prever a formação de precedentes favoráveis ou desfavoráveis e assim direcionar seu comportamento e até mesmo negociações para acordos.

A admissão de que os grandes litigantes habituais – que no caso brasileiro são, em boa medida, as entidades estatais, as instituições financeiras e as grandes empresas fornecedoras de serviços essenciais²²⁸ – possuem vantagens estratégicas no cenário dos processos repetitivos recomenda que os instrumentos de gestão dessa litigância sejam pensados e questionados sob essa perspectiva, inclusive para se examinar se eles são aptos a equilibrar a balança que, em geral, do ponto de vista econômico já aponta para os litigantes habituais. Cabe também refletir sobre a capacidade de os instrumentos de gestão atenderem aos objetivos anunciados na legislação.

18. Os instrumentos técnico-processuais de gestão: identificação no ordenamento atual e fragilidades de suas estratégias

Chamaremos de instrumentos técnico-processuais de gestão os mecanismos desenhados para, por meio do *processo*, atingir a resolução racional e uniforme de questões repetitivas ou de massa, seguindo os vetores aludidos supra de padronização e centralização decisória (item n. 13). Esses instrumentos compõem as estratégias adotados pelo Judiciário, com aprovação do Poder Legislativo, para enfrentar a litigiosidade repetitiva; portanto,

²²⁸ É a apuração do CNJ, de 2011, no sentido de que, dentre os 100 maiores litigantes, há os seguintes percentuais de processos: 38% (bancos), 38% (setor público federal), 8% (setor público estadual), 6% (telefonia), 5% (setor público municipal) e 5% (outros) (Relatório do CNJ denominado *100 maiores litigantes*, Brasília, março de 2011, p. 15).

concentra-se este trabalho aos instrumentos processuais previstos em lei em sentido substancial.

Por estarem concretizadas em instrumentos processuais, essas estratégias devem em princípio tanto se adequar aos objetivos da jurisdição – conforme já confirmado *supra* – como também devem se alinhar aos respectivos princípios, que congregam o devido processo legal, o que será examinado com mais vagar adiante (itens 20 a 25).

Os instrumentos que atualmente possuem aquele escopo de racionalização e uniformização na resolução das questões repetitivas pelo Judiciário são variados, mas em regra refletem a opção política pela valorização dos pronunciamentos de tribunais, expostos em precedentes²²⁹. Eles são: (i) o julgamento de recursos extraordinários e de recursos especiais repetitivos (arts. 1.036 a 1.041 do CPC); e (ii) o julgamento de incidentes de resolução de demandas repetitivas (art. 976 a 987 do CPC), ambos com a adoção de técnica denominada de “aglutinação” de processos ou de recursos, ou ainda, “julgamento por amostragem”.

Com essa lista, atém-se ao rol previsto no art. 928 do CPC, uma vez que a aplicação de racionalidade gerencial ocorre de modo *originário* nesses mecanismos, enquanto por outros instrumentos faz-se uma gestão *derivada*. A gestão originária é aquela que socorre o Judiciário com mecanismos capazes de racionalizar de modo direto o trâmite de processos pendentes (podendo depois ser replicada para casos futuros, em um procedimento acelerado), enquanto a gestão derivada viabiliza a aceleração do procedimento diante de julgamento prévio de questão repetitiva pelos órgãos competentes, pelos procedimentos previstos nos arts. 976 a 987 e arts. 1.036 a 1.041, do CPC, ou mesmo por outras vias (como o procedimento para edição de súmulas).

²²⁹ A propósito, a distinção entre precedente, decisão judicial e súmula é bem elucidada por Luiz Guilherme Marinoni em profundo estudo sobre o tema: “Seria possível pensar que toda decisão judicial é um precedente. Contudo, ambas não se confundem, só havendo sentido falar de precedente quando se tem uma decisão dotada de determinadas características, basicamente a potencialidade de se firmar como paradigma para a orientação dos jurisdicionados e dos magistrados. (...) Inicialmente, as súmulas serviram para identificar e precisar o entendimento de dado tribunal acerca de questão jurídica. (...) No procedimento de elaboração da súmula não estão presentes as partes que deram origem à formação da tese jurídica. Alguém poderia dizer que a presença das partes também não confere legitimidade a um precedente, já que a eficácia deste diz respeito a pessoas que nada têm a ver com o processo em que foi editado. Não obstante, a legitimidade da coisa julgada não pode ser confundida com a legitimidade do *stare decisis* ou do precedente com força obrigatória. O precedente obrigatório, embora se relaciona com pessoas que não participaram do processo, tem a sua legitimidade condicionada a ter sido proferido em processo com adequada participação dos litigantes em contraditório, os quais zelam para que a tese jurídica não seja desconfigurada” (*Precedentes obrigatórios*, 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, pp. 213-215).

No art. 928 do CPC, portanto, o Código reserva o tratamento de “julgamento de casos repetitivos” às decisões proferidas em incidente de resolução de demandas repetitivas ou em sede de recursos especial e extraordinário repetitivos e, portanto, à gestão originária.

Ao lado daqueles instrumentos em que efetivamente se concretiza a gestão de modo originário, pode-se mencionar técnicas de encurtamento procedimental resultantes de gestão já realizada anteriormente – por isso adota-se a terminologia de gestão derivada –, e que se amplia para outros processos, para aceleração da entrega de tutela jurisdicional.

São elas: (i) concessão de tutela de evidência baseada em “tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante” (art. 311, inciso II do CPC); (ii) julgamento de improcedência liminar do pedido diante de acórdãos, precedentes ou súmulas firmadas em exame de questão repetitiva (art. 332 do CPC); (iii) não incidência da remessa necessária quando a sentença estiver baseada em acórdãos, precedentes ou súmulas firmadas em exame de questão repetitiva (art. 496, §4º do CPC); (iv) edição de súmulas de jurisprudência por todos os tribunais (art. 926, §§1º e 2º do CPC), ou de súmulas vinculantes pelo Supremo Tribunal Federal (art. 102, §2º da CF); (v) decisão monocrática de relator, perante os tribunais, dando ou negando provimento a recurso ou julgando conflito de competência, com base em acórdãos, precedentes ou súmulas firmadas em exame de questão repetitiva (arts. 932, IV e V, e 955, parágrafo único do CPC); (vi) julgamento de incidente de assunção de competência, envolvendo “relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos” (art. 947 do CPC); e (vii) negativa de admissibilidade pelo Presidente ou Vice-Presidente de tribunais locais a recursos especiais ou extraordinários que versem sobre questões repetitivas já examinadas pelas Cortes Superiores (art. 1.030, incisos I e II do CPC).

Em ambas as modalidades de gestão (originária e derivada), ocorre de a estratégia enfrentar a litigiosidade quando já instaurada, seja com a propositura de demandas posteriores a um julgamento de questão repetitiva, seja com a interposição de recurso em sentido contrário à orientação firmada naquele julgamento pelos tribunais competentes. Compreende-se que a intenção seja não suplantar o direito de ação (item n. 20). Mas é vigorosa a crítica de que a verdadeira fonte da litigância não é enfrentada por essas estratégias processuais²³⁰, as quais acabam por depender invariavelmente do efetivo

²³⁰ Sobre as causas externas da litigiosidade no Judiciário brasileiro, em exame de dois casos representativos de litígios envolvendo direito do consumidor e direito previdenciário (propícios à repetição), Daniela Monteiro

exercício do ônus de alegar ou do ônus de recorrer para que possam ser implementadas, o que alimenta o Judiciário de ainda mais processos ou recursos que ele precisa gerir; afinal, a promessa de mais celeridade na resolução de questões repetitivas pode incentivar a litigiosidade, sem atenção para a fonte dos macrolitígios e para a necessidade de corrigi-la.

Dado esse cenário, Daniela Monteiro Gabbay e Luciana Gross Cunha afirmam precisamente que “até mesmo políticas públicas na área da administração da Justiça e que visam à maior eficiência do Judiciário, como as decisões judiciais proferidas em bloco para demandas repetitivas e os mutirões de conciliação, podem ter um efeito perverso e fomentar ambiente gerador de mais demandas, com a litigância repetitivas cada vez mais presente no Judiciário”²³¹.

A maior ilustração daquela realidade, no objeto desta pesquisa, é o diagnóstico mais recente do Conselho Nacional de Justiça, documentado no relatório *Justiça em Números 2016*, sobre a situação da Justiça em 2015. Apurou-se com base em dados fornecidos por todos os tribunais que processos ou recursos sobrestados no país em virtude de mecanismos de gestão de controvérsias repetitivas já vigentes naquele ano representava, na ocasião, apenas três pontos percentuais (3%) na taxa de congestionamento total do Judiciário. Essa apuração foi possível graças a criação da taxa de congestionamento líquida, reivindicação dos gestores de tribunais, para que fossem desconsiderados da taxa de congestionamento real os números de processos sobrestados por aguardarem decisões de

Gabbay e Luciana Gross Cunha lançaram luzes sobre a fonte dos conflitos que deságuam na Justiça: “À medida que o estudo dos casos foi avançando, percebeu-se que as causas, os atores envolvidos e a trajetória por que passa o conflito antes de chegar ao Judiciário e dentro dele são variáveis que podem ser replicadas em outros casos e que ajudam a entender e, talvez, até mesmo a recolocar a pergunta sobre qual é o papel do Judiciário na sociedade brasileira dos dias de hoje. (...) O primeiro ator relevante que surge na construção desse ambiente é o cidadão (...). A percepção do cidadão é alimentada e ao mesmo tempo filtrada por outros dois atores extremamente importantes e que não haviam sido contemplados nas hipóteses iniciais: a mídia, que exerce um papel importante na divulgação e informações aos cidadãos, e os advogados, que orientam seus clientes, identificam conflitos e produzem (e reproduzem) teses jurídicas, auxiliados pelas facilidades tecnológicas e pelo fluxo dinâmico das informações. (...) Além desses atores, o Poder Público também contribui para a construção do ambiente de litigiosidade, seja por meio de práticas gerenciais da Administração Pública direta ou indireta, seja na criação ou modificação de políticas públicas, ou, ainda, através da cobrança de dívidas ativas da União, Estados e Municípios – causa geradora do grande volume de execuções fiscais que hoje tramitam nos Tribunais brasileiros. Outra atuação do Poder Público que contribui para a construção de um ambiente propício ao aumento da litigiosidade é a forma de regulamentação das relações público-privadas e entre os próprios entes privados, marcada pelo excesso de normas e por ‘zonas cinzentas e regulamentação’ que favorecem o surgimento de conflitos interpretativos acerca do Direito aplicável a determinada situação de fato, bem como de oportunidades para a criação de teses jurídicas que chegam ao Judiciário” (*Litigiosidade, morosidade e litigância repetitiva no Judiciário: Uma análise empírica cit.*, pp. 27-28).

²³¹ *Litigiosidade, morosidade e litigância repetitividade no Judiciário: Uma análise empírica cit.*, p. 29.

Cortes Superiores²³². Assim, a pedido dos gestores dos tribunais, a avaliação de desempenho dos tribunais poderia ocorrer sem prejuízo dos processos repetitivos.

Mas isso quer dizer que uma primeira tentativa de medição do universo de processos ou recursos repetitivos pendentes no Judiciário (que deveria ter sido prévia a qualquer estratégia que procurasse vencê-los, aliás) coloca em evidência que o *status* do seu insatisfatório desempenho muito provavelmente não se deve à repetitividade de controvérsias – o que talvez não tenha sido aventado pelos referidos gestores dos tribunais quando da reivindicação dirigida ao CNJ na mensuração anual.

Não bastasse isso, enquanto o desempenho do Judiciário depender da realização de ônus processuais pelas partes de forma individualizada – como ajuizar uma demanda ou interpor um recurso – a fonte da litigância permanece intacta no meio social e o sistema processual precisará sempre pensar em estratégias capazes de responder a novos desafios. Não que essa constante reflexão sobre novas estratégias seja um aspecto negativo – pelo contrário –; o que se pretende afirmar é que qualquer estratégia que não opera como resultado de um diagnóstico sobre a fonte extraprocessual do macrolitígio pode falhar ou já nascerá em descompasso com a solução ideal e tempestiva para ele.

Ainda com relação às fragilidades das estratégias adotadas, em particular quanto aos instrumentos de gestão originária, eles se mostram reflexamente com caráter representativo, a custo do devido processo legal; custo este que pode ser bastante intenso, ou menos intenso.

Isso porque tanto o incidente de resolução de demandas repetitivas quanto o julgamento de recursos repetitivos perante os Tribunais Superiores podem se aproximar do modelo processual desenhado para as ações coletivas, embora eles dependam, respectivamente, da verificação da imprecisa condição de “efetiva repetição de processos” e

²³² “Em vista disso, o Relatório Justiça em Números, já nesta edição, excluiu, dos indicadores de produtividade e congestionamento, os processos sobrestados, suspensos ou aguardando em arquivo provisório, criando assim um novo indicador: a taxa de congestionamento líquida. A inovação atende a antiga demanda dos tribunais, para que sejam considerados exclusivamente os processos ativos nos cálculos das taxas de congestionamento e das cargas de trabalho. Ademais, permitirá uma compreensão mais clara do impacto das demandas repetitivas e de massa na celeridade processual. Contudo, a mais importante conclusão até aqui obtida é que o impacto dos processos sobrestados ou suspensos, no conjunto do Poder Judiciário, é de apenas três pontos percentuais na taxa de congestionamento. Na Justiça Estadual, verifica-se que o impacto é de apenas 1,5 ponto percentual. Todavia, nas Justiças Federal e do Trabalho, as diferenças chegam a mais de 10 (dez) pontos percentuais, o que sugere uma maior influência da suspensão e sobrestamento dos feitos na taxa líquida de congestionamento. O baixo impacto do sobrestamento e suspensão de feitos na taxa de congestionamento da Justiça Estadual deve, todavia, ser ponderado a partir de suas especificidades, como a superioridade do acervo de novos processos em relação aos demais ramos” (*Justiça em números 2016: ano-base 2015*, Conselho Nacional de Justiça, Brasília: CNJ, 2016, p. 383).

de “multiplicidade de recursos”. Já se esclareceu que a repetição de processos ou de recursos são expressões muito vagas, além de poderem ter variada concretização, a depender da realidade de milhares de unidades judiciárias e tribunais por todos os Estados do país.

A reflexa representatividade existente naqueles mecanismos decorre da possibilidade de que (i) o incidente tenha como parte um legitimado em ação coletiva instaurada, porque ela é verdadeiramente representativa; ou (ii) o recurso escolhido como representativo da controvérsia tenha sido interposto em processo coletivo. Com a admissão do incidente ou a admissibilidade do recurso representativo, é possível que haja encontro de interesses entre partes de demandas ou recursos individuais e a parte ideológica (autor coletivo), de modo que aqueles considerem-se espontaneamente representados pelo último. Admita-se também que, previamente a isto, tenha havido legítimo controle da representatividade do autor coletivo, de modo a assegurar que os seus interesses sejam pertinentes e verdadeiramente alinhados ao grupo que ele procura representar.

Mas essa representatividade não passa de reflexa porque também existe a chance de o incidente ou o recurso escolhido para ser representativo não envolver uma parte ideológica, significando que qualquer membro do grupo – mesmo que em condições frágeis de representar os respectivos interesses – assuma a condição de parte no incidente ou no recurso representativo com os direitos, ônus, faculdades e deveres que decorrem dessa posição. É uma possibilidade muito séria em todos os mecanismos de gestão cuja técnica seja de aglutinação e quando não esteja prevista garantia de controle da representatividade das partes “ausentes”.

E, mais, em qualquer caso, com a presença ou não de alguém com representatividade adequada na defesa de determinados interesses, o fato é que o modelo legal é mais autoritário do que aquele desenhado para a convivência entre as ações coletivas e as ações individuais.

As regras em vigor não preveem uma escolha livre das partes sobre quais são os adequados representantes de seus interesses. A despeito da previsão de oitiva de pessoas, entidades ou órgãos com interesse na causa, com a apresentação de informações, juntada de documentos, ou mesmo apresentação em audiência pública, as regras gravitam em torno dos poderes do relator, relativamente ao incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 983,

caput e §1º do CPC²³³), do Presidente ou Vice Presidente dos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federal e do relator perante o STJ ou o STF (art. 1.036, §1º²³⁴, §§4º e 5º²³⁵, e art. 1.038 do CPC²³⁶), quanto aos recursos especiais e extraordinários repetitivos.

Assim, a origem da representatividade torna-se um tema decisório e judicial, a despeito de ter caráter genuinamente privado e extraprocessual, revelando um inapropriado protagonismo judicial onde o espaço deveria ser exclusivamente privado. A representatividade não deveria funcionar com o mecanismo imperativo da substitutividade, porque se comporta melhor e por natureza no âmbito das liberdades, com o mecanismo da escolha (para que uma pessoa ou entidade seja eleita, ou não, pelo representado como seu adequado representante, de acordo com a livre escolha daquele). Portanto, ao menos neste ponto, confirma-se que os vetores da gestão são opostos ao do gerenciamento no que tange ao consensualismo, uma vez que a vontade das partes é pouco determinante em um dos aspectos fundamentos do processo, que diz respeito ao direito de participação.

Na premissa de que é obrigatória a vinculação das demais pretensões a um recurso especial ou extraordinário representativo ou a um incidente de resolução de demandas repetitivas, o espírito da representatividade é demasiadamente afrontado.

O mesmo raciocínio vale para os instrumentos de gestão derivada, com a adição de que as partes dos conflitos que se submetem ao procedimento abreviado menos ainda alcançam o controle sobre aquela representatividade, que nem se realiza de modo contemporâneo, restando exercer um controle indireto, sobre o “produto” que resultou daqueles procedimentos.

²³³ “Art. 983. O relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de 15 (quinze) dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida, e, em seguida, manifestar-se-á o Ministério Público, no mesmo prazo. §1º Para instruir o incidente, o relator poderá designar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria”.

²³⁴ “§ 1º O presidente ou o vice-presidente de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal selecionará 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia, que serão encaminhados ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça para fins de afetação, determinando a suspensão do trâmite de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitem no Estado ou na região, conforme o caso”.

²³⁵ “§ 4º A escolha feita pelo presidente ou vice-presidente do tribunal de justiça ou do tribunal regional federal não vinculará o relator no tribunal superior, que poderá selecionar outros recursos representativos da controvérsia. § 5º O relator em tribunal superior também poderá selecionar 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia para julgamento da questão de direito independentemente da iniciativa do presidente ou do vice-presidente do tribunal de origem”.

²³⁶ “Art. 1.038. O relator poderá: I – solicitar ou admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia, considerando a relevância da matéria e consoante dispuser o regimento interno; II – fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria, com a finalidade de instruir o procedimento; III – requisitar informações aos tribunais inferiores a respeito da controvérsia e, cumprida a diligência, intimará o Ministério Público para manifestar-se”.

E, ainda, na premissa de que a gestão derivada se realiza mediante o encurtamento do procedimento, diante de decisões proferidas sobre temas repetitivos, sobra pouco espaço para o consensualismo relativamente ao processo. A customização do procedimento torna-se uma possibilidade muito virtual, porque o fato de se tratar de pretensão ou recurso repetitivo pode tanto comprometer a realização de audiências (como já ressaltado no item n. 13), onde algum mecanismo de autocomposição possa ser explorado, ou mesmo que a colaboração seja colocada em prática para a personalização do procedimento em contraditório com o juiz.

A possibilidade de calendarização do processo também se torna muito remota, uma vez que a escolha pelo encurtamento do procedimento, prevista em lei, parece prevalecer sobre qualquer chance de colher das partes a vontade de estabelecer cronograma processual diverso, ao menos do que diz respeito aos atos processuais que a lei suprimiu com vistas à gestão derivada.

Séria reflexão sobre a participação também deve existir com o procedimento de assunção de competência. A lei disciplina que ele é admissível quando um recurso, remessa necessária ou processo de competência originária envolver “relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos” (art. 947 do CPC). Embora com a aparência de guardar relação com controvérsias indiferentes a uma repetitividade, a assunção de competência é medida de gestão de processos porque tem por subsídio uma “conveniência” exclusivamente dos tribunais enquanto não se configurar a repetitividade, que no momento da assunção, é apenas potencial²³⁷.

Isso se extrai do disposto no §4º, do art. 927, que estabelece ser “conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas dos tribunais”, a justificar o cabimento da assunção. E, assim, o interesse público que pode tocar à assunção

²³⁷ Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero asseveram que há chance de repetitividade já verificada na utilização da assunção de competência: “Se a razão de ser da transferência de competência prevista no §4.º do art. 947 é a prevenção e a composição da divergência, há que existir uma questão que já se repetiu, e pode se repetir, em vários casos. A diferença é a de que, nessa hipótese, a questão de direito pode aparecer em diferentes demandas e, portanto, em recursos e ações originárias que não guardam semelhança, de lado, obviamente, a questão de direito. Bem por isso, a questão de direito não há que ser prejudicial ao julgamento de demandas; porém, apenas uma questão de direito envolvida no caso. Basta que a questão de direito apareça como controvertida em vários recursos – ou reexames necessários ou ações originárias – e, assim, possa dar origem a divergência entre as câmaras ou turmas do tribunal. Lembre-se que, no incidente de resolução e demandas repetitivas, a repetição é das demandas que envolvem a mesma questão; aqui, basta a reiteração da questão em demandas distintas” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. XV, coords. Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016, p. 258).

de competência, conforme alusão do §2º do mesmo artigo²³⁸, é muito obscuro, para não dizer ser unicamente do Judiciário, em evitar uma divergência ainda não verificada, mediante um procedimento acelerado. Essa ferramenta, porém, além de ter um objetivo gerencial bastante fluído porque é muito pouco perceptível a semelhança entre as questões repetitivas que a ela podem se sujeitar, não ostenta qualquer garantia de representatividade, como se verifica de sua disciplina legal.

E também, mesmo com o novo olhar que se acolhe para a função jurisdicional de atuação “concreta” do direito (item n. 16), a jurisdição a ser exercida na assunção de competência, com relação aos casos que a ele se submeterão (de acordo com o §3º²³⁹), está deveras distante da ideia de um macrolitígio – que, aliás, sequer está formado nessa dimensão macro ainda. Assim, a vantagem que se realizará com a assunção de competência – evitando divergência – não parece se justifica o abalo que será produzido no ideal de percepção do litígio pelo Judiciário, tanto mais próximo do conflito quanto possível.

19. As deficiências de outros instrumentos de resolução de controvérsias repetitivas

Antes de serem construídos os mecanismos de gestão de processos, o ordenamento brasileiro não era indiferente a tentativas de resolução racional de questões repetitivas, tampouco para os benefícios da uniformização de pronunciamentos judiciais.

Mas esses objetivos, até então, sempre foram perseguidos com respeito à autonomia dos processos individuais e, por outro lado, também com a exigência de que fossem exercidos direitos e ônus processuais (como interpor recursos), o que, portanto, refletiu em desempenho pouco satisfatório, do ponto de vista do Judiciário, com o volume de processos a solucionar, pelas razões que serão tratadas doravante.

²³⁸ “§ 2º O órgão colegiado julgará o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária se reconhecer interesse público na assunção de competência”.

²³⁹ “§ 3º O acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão de tese”.

19.1. As ações coletivas

O caso mais emblemático é o das ações coletivas que veiculam direitos individuais homogêneos e que congregam, por essa natureza, interesses verdadeiramente divisíveis e de possível veiculação judicial em ações individuais. A hipótese não é de gestão de processos, muito embora a tônica desta modalidade de ação coletiva seja a racionalização do tratamento judicial de litígios de origem comum; não há gestão porque, como se verá, os vetores padronização e concentração decisória não falam mais alto do que outros.

Ao lado da legitimidade conferida a quem se credita a qualidade de representantes dos interesses de massa, o modelo processual coletivo no Brasil assenta-se na formação de coisa julgada de forma distinta para a dimensão coletiva, de um lado, e a dimensão individual, de outro. No âmbito coletivo, ou seja, com relação aos legitimados extraordinários, aplica-se a regra geral de vinculação *pro et contra* da coisa julgada formada na demanda movida por qualquer um deles; por sua vez, ocorre *in utilibus* o transporte da coisa julgada formada em demanda coletiva para a dimensão individual, conforme opção legislativa prevista no art. 103, inciso III do Código de Defesa do Consumidor²⁴⁰.

Esse transporte *in utilibus*, ou seja, nunca para prejudicar, significa que eventual sentença na ação coletiva favorecerá os titulares de direitos individuais que tenham requerido a suspensão de seus processos com base no art. 104 do CDC²⁴¹ e também os titulares que não ajuizaram demanda individual e preferiram aguardar o trâmite da ação coletiva para se valer da sentença mediante liquidação ou execução individuais. Fica, então, resguardada a autonomia da ação individual e, ainda, possibilita-se que os titulares de direitos individuais intervenham como litisconsortes do processo coletivo, caso queiram, vinculando-se, nessa hipótese, de forma *pro et contra* da decisão proferida no âmbito coletivo, conforme art. 103, §2º do CDC²⁴².

²⁴⁰ “Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada: (...) III – erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81”.

²⁴¹ “Art. 104. As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada erga omnes ou ultra partes a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva”.

²⁴² “§ 2º Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual”.

Quando construído esse modelo, com inspiração nas *class action for damages* norte-americanas, privilegiou-se a preservação da autonomia do titular do direito individual, que poderia optar por se vincular ou não ao julgado formado no âmbito coletivo, o que se alinha com as liberdades individuais vigentes. O modelo foi desenhado com a finalidade de preservação do direito de terceiros “ausentes”, ou seja, aqueles que ou desconheciam o trâmite da ação coletiva ou a ela não quisessem se vincular²⁴³. Por isso é que o vetor consensualismo está presente no modelo brasileiro de ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos, não se tratando ele de mecanismo puro de gestão, pois há valorização da vontade de pelo menos uma das partes relativamente ao destino do processo.

Porém, a consequência prática é que a técnica de adesão voluntária do autor individual ao trâmite do processo coletivo não significa um vigoroso incentivo à coletivização das pretensões. Isso porque é possível ao titular do direito individual acomodar-se com a espera do curso da ação coletiva que, se for frustrada, não impede o ajuizamento de uma demanda individual; também é possível que o titular do direito individual aposte em ambas as medidas, contando com a que lhe garantir melhores resultados e abrindo mão da outra. Em ambos os casos, não haveria qualquer arranjo processual que socorresse o Judiciário do volume de processos e recursos que se produziriam naquelas situações.

Para além disso, em outra ocasião afirmamos que o sucesso das ações coletivas no Brasil, em tema de direitos individuais homogêneos, dependeria também de vários aperfeiçoamentos no nosso sistema, especialmente: “1º) consistente gestão das informações a respeito das ações coletivas em curso e já julgadas (v.g.: banco de dados nacional que está sendo criado sob a gerência do CNJ); 2º) ampla divulgação do trâmite de ações coletivas, com a finalidade de comunicar adequadamente o maior número possível de interessados (visto que o edital é meio fictício e obsoleto de notificação e a comunicação pessoal pode ser absurdamente onerosa); e, por consequência, 3º) concreta oportunidade de opção pela ação coletiva ou pela iniciativa individual”, razão pela qual seria “incorreto

²⁴³ “no juízo de valor que antecedeu à escolha do legislador, verificava-se que a extensão da coisa julgada a terceiros, que não foram pessoalmente parte do contraditório, ofereceria riscos demasiados, calando fundo nas relações intersubjetivas, quando se tratasse de prejudicar direitos individuais; além disso, o esquema brasileiro da legitimação poderia suscitar problemas de constitucionalidade, na indiscriminada extensão subjetiva do julgado, por infringência ao contraditório” (Ada Pellegrini Grinover, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, 10ª ed., vol. II, Rio de Janeiro, Forense, 2011, p. 181).

atribuir a impotência da ação coletiva ao transporte da coisa julgada *in utilibus* para a esfera individual”²⁴⁴.

A verdadeira fraqueza do instrumento, portanto, reside na falta de gestão adequada da informação e de divulgação séria e eficiente sobre o trâmite das ações coletivas, com o que seria criada a verdadeira chance de *opção* pela ação coletiva. E credita-se a essa falta de informação e divulgação apropriada sobre as demandas coletivas em trâmite no Judiciário a atmosfera de baixo incentivo à adesão individual e voluntária à ação coletiva.

Também não se pode recusar que o modelo de ação coletiva que poderia ter uma eficiência ampliada foi fortemente enfrentado pelo Poder Público, como ocorreu por meio da Medida Provisória n. 2.180-35/2001 que inseriu na Lei n. 9.494/97 o art. 2º-A²⁴⁵, instituindo a chamada “limitação territorial da coisa julgada em ações coletivas”, providência da qual também discordamos veementemente²⁴⁶. A medida então produziu o efeito de que uma ação coletiva única não bastaria para o tratamento integral do macrolitígio, gerando a necessidade de o Judiciário lidar, illogicamente, com a convivência de mais de uma ação coletiva, fato aliado à expectativa de lhes dar desfecho uniforme, gerando recursos que chegam até as Cortes Superiores com esse objetivo. Portanto, concentração decisória também é um vetor que não predomina no ambiente das ações coletivas.

Assim, por algumas razões de ordem ideológica (ora com o objetivo de proteger direito de terceiros, ora com o fim de se restringir o alcance da decisão coletiva) a ação coletiva não impactou positivamente no desempenho do Judiciário quanto aos direitos individuais homogêneos, por não evitar o ajuizamento de ações individuais, ou mesmo depender do ajuizamento de mais de uma ação coletiva pelo território nacional.

19.2. Mecanismos de uniformização de decisões

Outros mecanismos de uniformização de decisões, com vistas à igualdade, eram menos ainda gerenciais. Se as ações coletivas não se propuseram puramente à gestão,

²⁴⁴ *O processo coletivo para a defesa dos direitos individuais homogêneos cit.*, p. 126.

²⁴⁵ “A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova”.

²⁴⁶ Com apoio em doutrina de peso, conforme nosso *O processo coletivo para a defesa dos direitos individuais homogêneos cit.*, pp. 129-130.

embora tivessem sido forjadas à racionalização, os mecanismos de uniformização não guardavam mesmo qualquer relação com o vetor de concentração decisória, embora alguma intenção de padronização sempre houvesse no sistema.

Podem ser incluídos nessa categoria todos os meios recursais cujo objetivo fosse de uniformização, como: o recurso especial fundado na alínea “c” do inciso III art. 105 da Constituição Federal, interposto contra acórdão que “der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal”; os embargos de divergência previstos no art. 496, inciso VIII do CPC de 1973.

Outras técnicas de uniformização distintas de recursos aparecem no incidente previsto no art. 476 do CPC de 1973, do qual resultaria a formação de “precedente” segundo o art. 479 do CPC de 1973, e até na ação rescisória baseada na alegação de violação de norma constitucional, na qual se afasta a aplicação do verbete 343 da Súmula de jurisprudência do STF (“Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”), conforme orientação que vem prevalecendo naquele Tribunal²⁴⁷, a despeito de resistência doutrinária²⁴⁸.

Assim, embora houvesse mecanismos de uniformização de decisões, visando o tratamento isonômico das pessoas submetidas a situações jurídicas iguais, tolerava-se o desprestígio da isonomia em prol da autonomia das pretensões e dos recursos individualmente considerados, o que corresponde a uma postura mais liberal do que gerencial do sistema.

²⁴⁷ Com a ressalva da posição definida no Tema 136 de repercussão geral perante o STF: “Não cabe ação rescisória quando o julgado estiver em harmonia com o entendimento firmado pelo Plenário do Supremo à época da formalização do acórdão rescindendo, ainda que ocorra posterior superação do precedente”. A orientação decorreu de julgamento em que, por voto vencedor do Min. Relator Marco Aurélio do STF, a ação rescisória não teria o escopo de uniformização de jurisprudência: “A rescisória deve ser reservada a situações excepcionáíssimas, ante a natureza de cláusula pétrea conferida pelo constituinte ao instituto da coisa julgada. Disso decorre a necessária interpretação e aplicação estrita dos casos previstos no artigo 485 do Código de Processo Civil, incluído o constante do inciso V, abordado neste processo. Diante da razão de ser do verbe, não se trata de defender o afastamento da medida instrumental – a rescisória – presente (*sic*) qualquer grau de divergência jurisprudencial, mas de prestigiar a coisa julgada se, quando formada, o teor da solução do litígio dividia a interpretação dos Tribunais pátrios ou, com maior razão, se contava com óptica do próprio Supremo favorável à tese adotada. Assim deve ser, indiferentemente, quanto a ato legal ou constitucional, porque, em ambos, existe distinção ontológica entre texto normativo e norma jurídica” (RE 590809, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 22/10/2014). Sobre a persistência daquele entendimento de que fica afastada a Súmula 343 em ações rescisórias que veiculem violação a norma constitucional: Flávio Luiz Yarshell, *A coisa julgada na pauta do Supremo Tribunal Federal*, Migalhas de 21/3/2016; disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16.MI236154.71043-A+coisa+julgada+na+pauta+do+Supremo+Tribunal+Federal>.

²⁴⁸ Ada Pellegrini Grinover, *Ação rescisória e divergência de interpretação em matéria constitucional*, Revista de Processo, vol. 87/1997, jul.-set./1997, pp. 37-47.

Então, esses mecanismos seguem uma linha não gerencial por dependerem do exercício de direitos e ônus pelos interessados (ajuizar demanda ou interpor recurso), em relação aos quais não havia, antes do desenho dos mecanismos de gestão, filtros que pudessem aglutiná-los de forma obrigatória. Ainda que seguissem o vetor da padronização, não venciam a descentralização decisória que decorria da autonomia das pretensões e recursos deduzidos por cada um dos interessados.

Eles também se apresentavam em descompasso com técnicas gerenciais enquanto não havia no sistema obrigatoriedade na observância de precedentes e de enunciados de súmulas de tribunais. Hoje, ao contrário, a partir da vigência do Código de Processo Civil de 2015, a autoridade que está sendo franqueada aos precedentes e as súmulas – a ponto de importar a nulidade de decisões que os desrespeitem, conforme arts. 489, §1º, inciso VI²⁴⁹, e 927 do CPC²⁵⁰ – poderia enriquecer aqueles instrumentos de uniformização, quiçá sem o sacrifício da autonomia das pretensões e recursos interpostos em cada processo.

Assim, a deficiência daqueles mecanismos de uniformização pode ser atribuída à falta de unidade que resulta da dispersão decisória. Nesse contexto, não parece ser justificável a privação daquela autonomia, em nome da racionalização, antes de o sistema processual se munir da regra de observância obrigatória de súmulas e precedentes ou ao mesmo tempo em que isso aconteça, sem que seja possível mensurar o verdadeiro impacto que a referida obrigatoriedade seria capaz de causar.

Outros instrumentos com potencial para servir à uniformização são as súmulas. Conforme define Luiz Guilherme Marinoni, elas são “enunciados gerais e abstratos destinados a regular casos futuros”, mas “não tiveram preocupação em garantir a coerência da ordem jurídica ou a igualdade e a previsibilidade”²⁵¹. Assim, já que as súmulas podem ser emanadas por cada tribunal (e, inclusive, por seus órgãos fracionários), revelando a sua compreensão a respeito de questões jurídicas simples que possam ser resumidas em

²⁴⁹ “§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: (...) VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”.

²⁵⁰ “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II – os enunciados de súmula vinculante; III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados”.

²⁵¹ *Precedentes obrigatórios cit.*, pp. 480-481.

enunciado de poucas palavras, não se atingia o objetivo da padronização dada a descentralização decisória da qual elas nascem.

19.3. As ações de controle concentrado de constitucionalidade

Outro instrumento processual com potencial de uniformização, mas que possui alcance reduzido na gestão de processos são as ações de controle concentrado de constitucionalidade. Elas são ferramenta para o Supremo Tribunal Federal exercer a função de guardião da Constituição frente a outros textos normativos e, por regra, a respectiva decisão vincula *erga omnes*. Mas essa eficácia é questionável no atual cenário e pode-se utilizar um exemplo de macrolitígio recentemente surgido para demonstrar o subaproveitamento de referido instrumento como técnica de racionalização do trabalho do Judiciário.

O macrolitígio tomado de exemplo surgiu com o julgamento realizado pelo STF no sentido da inconstitucionalidade da aplicação da Taxa Referencial (TR) para correção monetária de débitos das fazendas públicas sujeitos ao regime de precatórios, na sistemática imposta pela Emenda Constitucional nº 62/2009. No julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade n. 4357, 4372, 4400 e 4425, o STF declarou a inconstitucionalidade por arrastamento do art. 5º da Lei nº 11.960/2009 que se inspirava na redação da EC nº 62/2009.

Em seguida, foi proposta a ADI n. 5090/DF pelo Partido Solidariedade, pretendendo a declaração da inconstitucionalidade do art. 13, *caput*²⁵², da Lei Federal nº 8.036/1990 e do art. 17, *caput*²⁵³, da Lei Federal nº 8.177/1991 que determinam, no âmbito de regulamentação do FGTS, a aplicação do mesmo indexador previsto para correção dos depósitos das cadernetas de poupança, que consiste na TR sabidamente aquém dos índices de inflação a partir de 1999. O pedido formulado na ADI n. 5090 é de afastamento da TR como índice de correção monetária sobre os depósitos de FGTS, na medida em que a taxas

²⁵² “Art. 13. Os depósitos efetuados nas contas vinculadas serão corrigidos monetariamente com base nos parâmetros fixados para atualização dos saldos dos depósitos de poupança e capitalização juros de (três) por cento ao ano”.

²⁵³ “Art. 17. A partir de fevereiro de 1991, os saldos das contas do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) passam a ser remunerados pela taxa aplicável à remuneração básica dos depósitos de poupança com data de aniversário no dia 1º, observada a periodicidade mensal para remuneração”.

inferiores à inflação, aquele índice não promoveria uma justa recomposição do valor da moeda dos depósitos dos trabalhadores. Até o momento, já foi autorizado o ingresso nos autos da referida ADI, como *amicus curiae*, do Banco Central do Brasil, da Defensoria Pública da União e da Caixa Econômica Federal. Também foi deferido o trâmite da ADI segundo o rito expedito do art. 12 da Lei nº 9.868/1999.

Contudo, não é só a ADI que representa o macrolitígio: há um quadro a compor o caso e que é representado pelas ações individuais diluídas por todo o país nas quais os titulares ou ex-titulares de depósitos de FGTS reclamam diferenças de correção monetária perante a Caixa Econômica Federal. Há dados da CEF de que, segundo seu último levantamento, encontram-se em trâmite por todo o território mais de 50 mil ações individuais propostas sobre o tema²⁵⁴. Em função disto, perante o STJ, em sede de recurso especial repetitivo, fora proferida decisão determinando “a suspensão de tramitação das correlatas ações a todas as instâncias da Justiça comum, estadual e federal, inclusive Juizados Especiais Cíveis e as respectivas Turmas ou Colégios Recursais”²⁵⁵.

Em realidade, o macrolitígio pode ser até anterior ao julgamento das ADIs 4357, 4372, 4400 e 4425 pelo STF, porque é possível encontrar alusão a processos julgados favoravelmente já em 2013²⁵⁶. Contudo, a repercussão das decisões do STF sobre a inconstitucionalidade da aplicação da TR como índice de correção dos débitos judiciais das fazendas públicas pode ser considerada como fator a influenciar ao crescimento do conflito, tornando-o hoje possivelmente um dos grandes litígios de massa conhecidos, de ampla divulgação da mídia²⁵⁷.

²⁵⁴ <http://economia.ig.com.br/financas/2014-06-02/mpf-se-opoe-a-correcao-do-fgts-pela-inflacao.html>; acesso em 8/6/2014.

²⁵⁵ RESP 1.381.683-PE, decisão de 25/2/2014.

²⁵⁶ “Sobreleva notar que o Poder Judiciário não está alheio à problemática da baixa rentabilidade do FGTS. Está nítido para todos os segmentos da sociedade que o FGTS sofreu impactos negativos com a piora do mercado, principalmente após 1999, época em que houve uma redução importante no patamar da taxa de juros SELIC, a taxa básica da economia brasileira, resultando na diminuição de um dos principais componentes da TR, utilizados pelo BACEN para ajustá-la. Também não foge ao Judiciário a informação de que as modificações operadas pelo BACEN não resolveu de forma adequada a correção da TR, o que levou a resultados negativos e correção nula, sendo necessário ou modificar o redutor ou a fórmula de cálculo da TR ou até mesmo eleger outra forma de atualização dos saldos do FGTS, a qual deve possibilitar sua valorização’ (03º Juizado Especial Federal de São Gonçalo, Processo nº 0131406-20.2013.4.02.5167 (2013.51.67.131406-7) – Juizado/Cível Juiz (a) Federal Titular: Stelly Gomes Leal Da Cruz Pacheco, publicado em 18 de outubro de 2013”. Disponível em <http://www.temadvocacia.com.br/artigos/detalhes-do-artigo/13/decisao+do+stf+possibilita+aumento+na+correcao+do+fgts+desde+1999>; acesso em 8/6/2014.

²⁵⁷ <http://economia.ig.com.br/financas/2014-06-02/mpf-se-opoe-a-correcao-do-fgts-pela-inflacao.html>; acesso em 8/6/2014; <http://www.fetiesc.org.br/site/2014/04/agu-entrega-ao-stf-parecer-favoravel-a-correcao-dos-depositos-do-fgts-pelo-indice-tr/>; acesso em 8/6/2014; <http://exame.abril.com.br/economia/noticias/dilma-rechaca-acao-para-correcao-do-fgts-pela-inflacao>; acesso em 8/6/2014

Até o momento, em sede da ADI n. 5090/DF, nenhuma questão de mérito foi apreciada, a despeito da aplicação do rito do art. 12 da Lei 9.868/1999. Aguarda-se a análise de pedido cautelar, e o relator já está atento à importância do assunto vertente: “A questão debatida no presente feito interessa a milhões de trabalhadores celetistas brasileiros, cujos depósitos nas contas do FGTS vêm sendo remunerados na forma da legislação impugnada. De forma sintomática, há notícia de mais de 50.000 (cinquenta mil) processos judiciais sobre a matéria – fato que, inclusive, motivou decisão do Ministro Benedito Gonçalves, do Superior Tribunal de Justiça, suspendendo a sua tramitação. Também impressiona o tamanho do prejuízo alegado pelo requerente, que superaria anualmente as dezenas de bilhões de reais, em desfavor dos trabalhadores” (Min. Luís Roberto Barroso, Brasília, 19 de março de 2014).

O Judiciário, consciente da importância da jurisdição constitucional, vem se “armando” de elementos para apreciar o mérito da causa oportunamente, em especial obtendo a contribuição de *amicus curiae*.

Essa postura é diferente no tratamento das ações individuais que o Judiciário é chamado a julgar. Não se quer afirmar que haja descuido sobre a importância do tema. Mas o processo individual não faculta ao juiz a pluralização do debate, tal como se realiza em um processo de índole coletiva ou objetiva.

De fato, ao menos em primeiro grau de jurisdição e em juízo de revisão em tribunais locais ou turmas recursais, não é possível a oitiva de *amicus curiae* em ações individuais sobre a correção monetária do FGTS; a Caixa Econômica Federal fala por si como agente operador do FGTS, não possui legitimidade para defender políticas monetárias do Governo Federal e, com atuação em diversos segmentos do setor bancário, deve perder força no discurso sobre a importância dos programas sociais relacionados à habitação e que dependem dos depósitos em contas vinculadas ao FGTS.

Assim, há dois tipos de atuação do Judiciário de forma paralela, com atores munidos de forças e instrumentos diferentes, tudo a alimentar objetivos diversos; isto é: a declaração de (in)constitucionalidade de normas ou a condenação da Caixa Econômica Federal ao pagamento de diferenças decorrentes dos índices de correção monetária em descompasso com a inflação nas contas vinculadas ao FGTS.

Os atores de cada vertente do conflito possuem condições próprias para o seu enfrentamento. Os autores de ações individuais são sujeitos que acionam o Judiciário com

pouco ou nenhum esclarecimento sobre a complexidade global do conflito²⁵⁸ (que, como será visto no item n. 24, pode influenciar na decisão final) e suas chances de êxito ou de derrota; possuem provavelmente contato mínimo com os advogados que patrocinam os seus processos, seja porque a técnica de captação de clientes dessa modalidade de litígio em geral não viabiliza o estreitamento da relação com o profissional da advocacia, seja porque a estrutura e a forma de remuneração dos escritórios de advocacia voltados a esse mercado não acomodam uma ligação intensa e de efetiva confiança entre cliente-advogado.

Do outro lado do conflito, a Caixa Econômica Federal na posição de ré das demandas individuais, logo no início da disputa judicial, tem a possibilidade concreta de contingenciar o litígio, calcular os custos aceitáveis de sua defesa; ela ainda se alia aos seus advogados para definirem estrategicamente os locais ou juízos onde é mais vantajoso realizar acordos, diante do risco de decisão judicial desfavorável.

Além disso, sendo de seu conhecimento a decisão de sobrestamento determinada em sede de recurso especial repetitivo, a eles é possível em qualquer grau ordinário da jurisdição postular a suspensão do processo ou do recurso para, de um lado, quiçá, adiar a concretização de um passivo, e, de outro, cessar as despesas com a condução do processo. Sob esse ângulo, eventual vantagem que os autores das demandas tivessem ficaria reduzida a quase nada diante da eliminação da autonomia das pretensões individuais, no rito de recursos especiais repetitivos.

É certo também que, perante o Superior Tribunal de Justiça ou o Supremo Tribunal Federal, a Caixa Econômica Federal exhibe possibilidades econômicas bem maiores na condução da defesa de sua tese, contratando advogados especializados ou com notória credibilidade perante aquela Corte.

De outro lado, as vantagens da Caixa Econômica Federal devem se diluir ou se equalizar com vantagens análogas dos demais atores perante o STF na ADI n. 5090/DF. É o caso do partido político autor da ação direta, da União Federal, do Ministério Público

²⁵⁸ Basta observar que no RESP n. 1.381.683/PE, que hoje representa a controvérsia perante o STJ, a decisão do TJPE foi favorável à Caixa Econômica Federal. Os fundamentos do ali recorrente Sindicato dos Trabalhadores na Indústria do Petróleo de Pernambuco e Paraíba – Sindipetro – PE/PB são no sentido de que estariam violados os arts. 3º, §1º, da Lei 5.107/66, “uma vez que, com a aplicação de índices que não compõem as perdas geradas pela inflação, não existe a correção monetária garantida por lei”; ainda, segundo o recorrente, “também restaram violados os artigos 11 da Lei 7.839/89, 13 da Lei 8.036/90 e 19 do Decreto 99.684/90, uma vez que a utilização da TR como índice de correção monetária das contas vinculadas não reflete a vontade do legislador, haja visto que a TR é índice que compõe a REMUNERAÇÃO das cadernetas de poupança enquanto que os referidos dispositivos estabelecem que será utilizado o índice usado para a ATUALIZAÇÃO dos seus saldos”.

Federal e da Defensoria Pública. A presença de todos eles tende a eliminar vantagens das quais a Caixa Econômica Federal desfruta quando ocupa o polo passivo de processo de natureza individual.

Mas saber qual seria a ferramenta mais apropriada para lidar com esse macrolitígio não se esgota nesses questionamentos porque a ação direta de inconstitucionalidade deixa a desejar no seu alcance a respeito do que poderia se tornar uma solução adequada.

Já se viu que o julgamento de demandas repetitivas por meio da gestão originária (com o sobrestamento de processos pendentes) e da gestão derivada (com o encurtamento do procedimento de outros processos), não produz eficácia extraprocessual capaz de solucionar o litígio independentemente da judicialização das pretensões. Pelo contrário, o interessado em se beneficiar da perspectiva de um índice mais favorável nos depósitos de FGTS é levado a demandar.

Já a ação direta de inconstitucionalidade, seja no caso em questão ou em outras hipóteses, não opera também efeitos para fora do processo, embora pudesse. Enquanto o processo objetivo proporciona amplo debate e equiparação de poderes para todos os atores envolvidos na controvérsia, seu escopo é muito reduzido porque consiste em proclamar “a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da disposição ou da norma impugnada” (art. 23 da Lei 9.868/1999), embora haja possibilidade de medida cautelar “dotada de eficácia contra todos” (art. 11, §1º, da Lei 9.868/1999) que “torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário” (art. 11, §2º, da Lei 9.868/1999).

Sobre a medida cautelar, especificamente, a regra para a ação direta de inconstitucionalidade é menos sofisticada do que a regra para a ação declaratória de constitucionalidade, que permite a “determinação de que os juízes e os Tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo” (art. 21 da Lei 9.868/1999).

Mas, no caso em questão, seria muito eficaz que, *de lege ferenda*, o STF pudesse manusear o instrumento de controle de constitucionalidade não só para declarar a inconstitucionalidade dos arts. 13, *caput*, da Lei Federal nº 8.036/1990 e 17, *caput*, da Lei Federal nº 8.177/1991, mas também para emitir provimento cominatório, determinando aos atores envolvidos no conflito a observância concreta do que se decidir a respeito, fora do

ambiente judiciário, isto é, independentemente da judicialização de eventuais pretensões individuais. Todavia, a providência não parece ser possível no desenho normativo atual da ação direta de inconstitucionalidade.

Essa solução *de lege ferenda* atenderia ao sentido de dotar a ADI de uma decisão com eficácia verdadeiramente *erga omnes*; afinal, o conceito de limites subjetivos da coisa julgada, que caminha entre os extremos *inter partes* e *erga omnes*, não deve existir para carrear apenas aos demais órgãos judiciários a determinação de observância do que se decidiu em caráter vinculante na ADI (ou aos órgãos da Administração Pública); o correto sentido de eficácia *erga omnes*, quando se pensa nos limites subjetivos da decisão judicial proferida em controle abstrato de constitucionalidade, corresponde a impor a decisão do STF a toda e qualquer parte a quem possa interessar a norma tida por (in)constitucional.

Essa postura pode caminhar ao lado da orientação assumida pelo STF a respeito dos efeitos da decisão em mandado de injunção, especialmente a partir do julgamento do MI nº 708/DF que tratou do direito de greve dos servidores públicos civis. Como se sabe, hoje prevalece a *posição concretista geral* no que se refere à natureza do provimento exarado no mandado de injunção, já que “o Poder Judiciário, no exercício da atividade jurisdicional, deverá evitar a ameaça ou a lesão a direitos, liberdades ou prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, decorrentes da omissão do Poder competente, declarando a existência da omissão e permitindo que o prejudicado usufrua da norma constitucional, nos moldes previstos na decisão, enquanto não for colmatada a lacuna legislativa ou administrativa”²⁵⁹.

No julgamento daquele MI nº 708/DF, o STF assim se pronunciou, atento à necessidade de adequação do mandado de injunção ao seu papel constitucional: “o STF possui competência constitucional para, na ação de mandado de injunção, determinar a suspensão de processos administrativos ou judiciais, com o intuito de assegurar ao interessado a possibilidade de ser contemplado por norma mais benéfica, ou que lhe assegure o direito constitucional invocado; v) por fim, esse plexo de poderes institucionais legitima que o STF determine a edição de outras medidas que garantam a posição do impetrante até a oportuna expedição de normas pelo legislado” (MI n. 708/DF).

²⁵⁹ Alexandre de Moraes, *Direito constitucional cit.*, p. 187.

Não há preceito constitucional que hoje impeça essa ampliação dos objetivos da ação direta (ADI). Talvez se pudesse argumentar com o 3º do art. 103 da CF²⁶⁰; mas o dispositivo apenas prevê que a declaração da inconstitucionalidade ocorre em tese. Em confronto com a atipicidade do direito de ação previsto no art. 5º, XXXV, da CF, a ideia aqui preconizada contempla interpretação mais afinada com a efetividade do processo. Então, *de lege ferenda* ao contido no art. 23 da Lei 9.868/1999, seria conveniente expandir a potencialidade da ação direta para que, ao lado do pedido de declaração de inconstitucionalidade, fosse possível ao autor requerer e ao STF ordenar a observância concreta de sua orientação sobre o ato normativo impugnado.

Para lidar com a indesejável pendência concomitante de ações individuais, não seria preciso inovar tanto. Admitindo-se a possibilidade de mitigação da autonomia das pretensões individuais, sem que se possa cogitar de limitação de direito de acesso à justiça, bastaria empregar *de lege lata* a técnica da medida cautelar prevista para a ação declaratória de constitucionalidade (art. 21 da Lei 9.868/1999). Assim, tanto que recebida a ADI 5090/DF, seria possível e razoável ao STF ordenar a suspensão de todos os processos individuais contendo a pretensão já deduzida em controle abstrato de constitucionalidade.

Quanto à posição da Caixa Econômica Federal, não soa impossível que ela pudesse ser transposta para o polo passivo da demanda²⁶¹, desde que preservado seu direito de defesa – quiçá já iniciado com a apresentação de manifestação na qualidade de *amicus curiae*; também deveriam ser oportunizadas à Caixa as demais prerrogativas que como *amicus curiae* ainda não tenha (como produção de prova, por exemplo).

Sobre a representação dos interesses dos titulares do FGTS, a resposta está no convite a entidades que possam atuar ao lado da Defensoria Pública da União, hoje já em

²⁶⁰ “Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado”.

²⁶¹ Essa transposição não seria novidade no sistema porque, conforme art. 6º, §3º, da Lei 4.717/1965, “A pessoa jurídica de direito público ou de direito privado, cujo ato seja objeto de impugnação, poderá abster-se de contestar o pedido, ou poderá atuar ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente” e a jurisprudência entende que o interesse público que guia o procedimento da ação popular permite essa flexibilização: “Em se tratando de Ação Popular, é permitido ao ente público migrar do polo passivo para o ativo a qualquer tempo, a juízo de seu representante legal, a fim de defender o interesse público. Precedentes” (REsp 1185928/SP, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 15/06/2010, DJe 28/06/2010).

defesa de tese favorável aos trabalhadores. É uma tendência de que a figura do *amicus curiae* seja reforçada²⁶².

Então, em conclusão, o incremento da ação direta de constitucionalidade pode dispor de forças suficientes e adequadas à solução de macrolitígios com dimensão constitucional objeto de ações diretas, em desenho normativo que possa ser aproveitado para outros litígios repetitivos.

²⁶² Cassio Scarpinella Bueno, *Amicus Curiae e a evolução do direito processual civil*, in “O Processo em perspectiva: Jornadas Brasileiras de Direito Processual”, org. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, pp. 105-129.

CAPÍTULO III – GESTÃO DE PROCESSOS JUDICIAIS E OS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS CIVIS

20. Inafastabilidade da jurisdição e a sua relação com a inércia ou princípio da demanda

Pode-se afirmar que o mais primário dos postulados da ciência processual é o princípio da inafastabilidade da jurisdição²⁶³, que dá origem a todos os demais porque congrega a um só tempo o conteúdo do direito ou do poder de ação dos cidadãos voltado contra o Estado, do ponto de vista jurídico, e o fundamento da jurisdição, do ponto de vista social, que é a existência de conflitos a serem pacificados.

O princípio da inafastabilidade é, assim, a mais básica ligação entre o Estado-juiz e o jurisdicionado (nacional ou estrangeiro, na redação do art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal) e por isso é o alicerce de todos os demais princípios que constituem em conjunto o conteúdo mínimo da jurisdição, face aos seus escopos²⁶⁴.

O direito de ação é uma opção política tomada pela Carta de 1988 que propicia, em contrapartida à vedação da autotutela, que toda insatisfação jurídica (ou *crise jurídica*²⁶⁵) possa ser submetida, processada e julgada pelo Poder Judiciário, ainda que ela receba algum condicionamento pelas normas infraconstitucionais (*condições da ação*) diante do caráter instrumental que o processo deve observar em face do direito material. Assim, fala-se no plano constitucional do direito (ou poder, dada a sua inevitabilidade pelo

²⁶³ Flávio Luiz Yarshell afirma que isso ocorre ao menos do ponto de vista lógico porque “o mesmo Estado que impede a autotutela – salvo casos excepcionais – é aquele que deve garantir que nenhuma alegação de lesão ou ameaça de lesão a direito pode ser subtraída do conhecimento do Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV). Sem essa garantia não haveria como verdadeiramente chegar-se às demais porque o processo nasce pelo exercício do poder ou do direito de provocar o exercício da jurisdição” (*Curso de direito processual civil cit.*, p. 78). Na mesma linha: Mauro Cappelletti e Bryant Garth, *Acesso à justiça*, trad. Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 12.

²⁶⁴ Adotamos neste ponto a ideia de que os princípios são o alicerce da ciência processual, isto é, nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco, “as *premissas* que determinam o seu próprio modo-de-ser e dão-lhe individualidade perante outras ciências, constituindo-se em raízes alimentadoras de seus conceitos e de suas propostas. Até etimologicamente compreende-se que os princípios científicos constituem verdadeiros *pontos de partida* de uma ciência (Miguel Reale), ou elementos de sua inserção na grande árvore do conhecimento humano (são os pontos em que a ciência *principia*)” (*Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, *cit.*, n. 75, p. 211).

²⁶⁵ Na conhecida designação de Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de Direito Processual*, vol. I, *cit.*, n. 79, p. 218.

Estado) e também no plano processual do direito de ação (considerando a sua natureza instrumental à relação jurídica material).

Sobre a garantia constitucional do acesso à justiça, que é um sinônimo para a inafastabilidade da jurisdição, tema ainda palpitante na ciência processual tanto nacional quanto estrangeira é o da *universalização*, que correspondente à ampliação de sua abrangência, na direção de romper barreiras que levam pessoas a não judicializarem algumas situações litigiosas²⁶⁶. Para lembrar a assertiva de Mauro Cappelletti, sobre o acesso: “Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos”²⁶⁷, o que significa ser apto a romper aquelas barreiras (de ordem individual ou social), daí porque hoje se alude, a respeito da inafastabilidade, ao “acesso efetivo à ordem jurídica justa”²⁶⁸.

Nesse movimento político e acadêmico de universalização da jurisdição, apareceram as chamadas ondas renovatórias do direito processual, que são linhas de pensamento em defesa da superação das barreiras para o efetivo acesso à justiça²⁶⁹. Como estratégia para tanto deve-se pensar inevitavelmente: nos custos do processo (barreiras financeiras), com especial atenção para as chamadas “pequenas causas” (que consubstanciam um desestímulo ao acesso quanto menor for a valoração econômica do bem jurídico envolvido) e para a pressão que o tempo de duração do processo exerce sobre as partes mais vulneráveis; nas possibilidades das partes dentro do processo, de acordo com a presença ou ausência de vantagens estratégicas sobre a percepção dos direitos e a pendência dos processos (barreiras jurídicas); e também nos direitos difusos, cujos titulares estão

²⁶⁶ Para Boaventura Santos e Conceição Gomes, a “reafirmação e promoção do princípio do acesso à justiça e ao direito (...) é um dos princípios centrais do sistema de administração da justiça que qualquer reforma, não só não deve restringir, como, pelo contrário, deve procurar aprofundar” (*Geografia e democracia para uma nova justiça cit.*, pp. 116-117).

²⁶⁷ Mauro Cappelletti e Bryant Garth, *Acesso à justiça cit.*, p. 8. E com alusão ao que parece se relacionar com o fenômeno da litigância de massa: “Nem o movimento considerável e contínuo em defesa dos interesses difusos, nem as técnicas gerais de diversificação podem atacar as barreiras à efetividade desses importantes novos direitos, ao nível individual. A grande tarefa dos reformadores do acesso à justiça é, portanto, preservar os tribunais ao mesmo tempo em que afeioam uma área especial do sistema judiciário que deverá alcançar esses indivíduos, atrair suas demandas e capacitá-los a desfrutar das vantagens que a legislação substantiva recente bem tentando conferir-lhes” (*op. cit.*, p. 92).

²⁶⁸ “Acesso à ordem jurídica justa” é expressão de Kazuo Watanabe em texto de 1988: “a problemática do acesso à Justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata de apenas possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal e sim de viabilizar o *acesso à ordem jurídica justa*” (*Acesso à justiça e sociedade moderna*, in “Participação e processo”, coord. Ada Pellegrini Grinover, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1988, p. 128).

²⁶⁹ Mauro Cappelletti e Bryant Garth, *Acesso à justiça cit.*, pp. 15-29 e 31-73.

dispersos e enfrentam dificuldades para que os seus interesses sejam adequadamente tratados (barreiras organizacionais).

As ondas serviriam para a amenização das barreiras financeiras do processo (primeira onda), a disciplina dos interesses difusos em juízo (segunda onda), e a possibilidade de adaptar o processo ao tipo de litígio, conforme o caso, aperfeiçoando-o tecnicamente, incluindo o recurso a mecanismos autocompositivos de solução de controvérsias (terceira onda).

A implementação de mecanismos processuais ajustados a essas ondas renovatórias do processo civil, no Brasil, foi bem sucedida no sentido de que despertou a população para uma litigiosidade que antes não chegava a ser endereçada ao Judiciário em virtude das barreiras financeiras ou sociais antes tratadas. Para tanto, basta verificar que o resultado da primeira e da segunda onda criaram no Brasil forte impacto na demanda pelos serviços judiciários²⁷⁰, gerando a atual preocupação com o tratamento da litigiosidade.

A pendência de 74 milhões de processos judiciais na Justiça brasileira até o final de 2015²⁷¹ e o congestionamento dos Juizados Especiais Cíveis, da Fazenda Pública e da Justiça Federal – que sacrificam até mesmo os seus ideais de celeridade e informalidade dispostos no art. 2º da Lei 9.099/95²⁷² – são ao menos, em princípio, uma demonstração de que se avançou no objetivo de universalização da jurisdição, ainda que se possa perquirir a respeito de ainda resistentes barreiras ao acesso efetivamente universal.

Existe uma nova classe consumidora dos serviços judiciários, nos últimos anos, que é representada pela parcela da população que passou a ter acesso ao crédito²⁷³.

²⁷⁰ “O cenário mais amplo por detrás disso é o processo de reabertura política ou redemocratização da sociedade brasileira – acompanhando movimento de toda a América Latina após o declínio de governos totalitários do final do século XX; representado no Brasil pela Constituição Federal de 1988. Nessa Carta, o papel de Estado Assistencialista é intensificado e, tanto em função da transição para o regime democrático, quanto pela falência de outros mecanismos de busca do bem estar social, a Constituição Federal de 1988 é exaustiva no rol de direitos e garantias individuais, coletivos e sociais, presentes nos arts. 5º a 11 daquele diploma fundamental, e que cada vez mais despontam no cenário judicial. Nesse contexto, também tem relevância a inclusão de parcela da população antes distante ou excluída do consumo. Então, em tempos mais recentes, cresceu o acesso a serviços fornecidos por instituições financeiras, companhias aéreas, agências de viagens, ou a produtos que não se referem a bens de primeira necessidade; o que acaba por gerar uma nova classe consumidora dos serviços judiciários” (Flávio Luiz Yarshell e Viviane Siqueira Rodrigues, *Processos coletivos e direitos individuais homogêneos: uma visão crítica sobre a sua eficiência*, no prelo).

²⁷¹ *Justiça em números 2016: ano-base 2015 cit.*, p. 383.

²⁷² “O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação”.

²⁷³ Fabiana Luci de Oliveira e Ricardo Morishita Wada elucidam por dados que, em 2005, 34% da população brasileira ocupava a faixa média da pirâmide social; mas, em 2010, esse segmento passou a representar 53% da população brasileira, refletindo-se inevitavelmente na busca por atendimento na Justiça (*O comportamento da nova classe média brasileira nas relações de consumo*, in “Direito do consumidor: os 22 anos de vigência

Sob tal ponto de vista, o princípio da inafastabilidade da jurisdição e a superação de barreiras ilegítimas ao acesso guardam relação com o princípio da demanda e, para o objetivo do presente trabalho, devem ser pensados em conjunto. Porque as questões repetitivas surgem no contexto em que o Estado se compromete a outorgar tutela jurisdicional a todos e, por outro lado, depende da iniciativa dos interessados que, em tema de litigância repetitiva, produz uma massa de processos com a qual o próprio Estado não é capaz de lidar.

Dessa forma, parece ocorrer um choque irresistível entre o princípio da inafastabilidade e o princípio da demanda, em tema de controvérsias repetitivas, enquanto carecer o sistema de mecanismos idôneos a compor um equilíbrio ideal entre a possibilidade de perseguir tutela jurisdicional do Estado e o modo de provocá-lo de maneira eficaz.

O princípio da demanda valoriza a liberdade das partes e o escopo social da jurisdição pois, antes de impingir imperativamente a sua decisão de mérito sobre dada controvérsia, atuando em substituição à vontade das partes, espera-se que o Estado seja provocado por iniciativa de algum interessado. Assim, o Estado é alertado da existência de um conflito, a ser processado perante o Judiciário, legitimando a sua atuação imperativa, que decorre da já referida inafastabilidade.

Com a iniciativa do interessado, e rompida a inércia estatal, a jurisdição torna-se inevitável às partes (a não ser que, posteriormente, optem por uma solução autocompositiva que justifique o retorno ao domínio da liberdade das partes). A inevitabilidade, portanto, como um passo seguinte à iniciativa do interessado, é o poder de ação da parte adicionado ao poder jurisdicional devidamente provocado.

O poder de o interessado livremente dar início ao processo é uma faceta processual da garantia da liberdade, que integra o regime político democrático escolhido pela Constituição Federal de 1988. Também guarda lógica com o liberalismo na medida em que impõe limites ao poder jurisdicional, que só fica autorizado a se realizar quando e na medida em que provocado o órgão estatal. Desse ponto de vista, o princípio da demanda é um dos mecanismos de preservação da imparcialidade²⁷⁴ (outro princípio fundamental do

do CDC”, coord. Ricardo Morishita Wada e Fabiana Luci de Oliveira, Rio de Janeiro, Elsevier/FGV, 2012, p. 31).

²⁷⁴ Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. II, *cit.*, n. 398, p. 42; Flávio Luiz Yarshell, *Curso de Direito Processual Civil*, vol. I, *cit.*, n. 99, p. 131. Segundo este último: “se o juiz instaurasse o processo de ofício haveria o risco de se vincular, ainda que de forma inconsciente, ao resultado. Prevalece, portanto, o modelo *acusatório*, que se opõe ao *inquisitivo*: no primeiro, quem dá início ao processo não julga

processo civil, do qual se tratará em capítulo próprio, item n. 22), pois assegura que seja do interesse do jurisdicionado o acionamento da jurisdição, e não do interesse do Estado, ou do Poder Judiciário.

Em suma: iniciativa (*liberdade*) mais inafastabilidade (*direito e poder*) é igual à inevitabilidade (*poder*). Assim constitui-se uma equação em que a presença do Estado-juiz, no exercício de um poder, é potencialmente mais intensa do que a presença da liberdade.

E isso é ainda mais verdadeiro quando se pensa na massa de processos repetitivos em que a iniciativa do interessado, quando se tratar de uma parcela vulnerável da população (do ponto de vista social, organizacional ou financeiro²⁷⁵), torna-se menos uma liberdade do que em qualquer outra hipótese. Isso porque, se não for por intermédio do processo – e nas condições impostas pelo Estado para que o processo se instrumentalize –, dificilmente aquelas pessoas mais vulneráveis usufruirão de direitos essenciais ou mesmo daqueles de fruição de um conforto, dadas as diversas desvantagens que tanto a passividade quanto o acionamento do Judiciário podem lhes representar.

Um exemplo disso extrai-se do fato de que há uma quantidade alarmante de processos repetitivos em que litigam o cidadão e o Estado (ou a Fazenda Pública), porque ele próprio é um grande fornecedor de serviços (saúde, educação, segurança etc.) com índices de satisfação em geral muito baixos. Dessa forma, há uma quantidade enorme de litígios que se repetem contra o Estado, em que o retardamento do processo torna-se uma proteção paliativa ao erário, diante de potenciais e quase certas condenações, e um reflexo da baixíssima qualidade dos serviços por ele prestados e também do seu interesse próprio em adiar a conclusão dos litígios.

Não é por menos que na pesquisa do Conselho Nacional de Justiça que procurou apurar, em 2011 os “100 maiores litigantes”, o poder público no plano federal, e no universo dos 100 maiores litigantes, representa 77% dos processos perante a Justiça Federal e 27% dos litígios perante a Justiça do Trabalho, ocupando o polo passivo em 67% daquelas causas; por sua vez, na Justiça dos Estados, o poder público perde apenas para as instituições financeiras no *ranking*.

Outra constatação importante é a de que boa parte dos litígios numerosos – que envolvem relação de consumo – são inerentes a serviços ou produtos passíveis de algum

porque não tem a necessária isenção para tanto. E, dessa forma, a atribuição ao interessado do ônus de ruptura da inércia da jurisdição é forma de garantir a imparcialidade do juiz”.

²⁷⁵ Típico exemplo dessa vulnerabilidade é a classe dos consumidores.

tipo de controle ou de regulação estatal (por exemplo: os serviços bancários ou de telefonia, os planos de saúde), que se mostram deficientes ou simplesmente inexistentes, exigindo dos consumidores uma iniciativa que decorre da ineficiência do poder regulatório. Não é preciso um levantamento empírico para afirmar que, quando adotada alguma conduta abusiva por fornecedor privado de produto ou de serviço, independentemente de a controvérsia ser repetitiva ou não, alguma agência estatal fracassou na disciplina, na composição de conflitos, ou na repreensão do comportamento indevido do agente regulado. Há então uma litigiosidade que decorre da fragilidade da regulação e do controle feito pelas agências estatais, que acaba por sufocar os consumidores em direção ao Judiciário²⁷⁶⁻²⁷⁷.

Assim, chega ao Judiciário uma litigiosidade que é fruto da inoperância de muitos dos compromissos estatais, de regular, mediar, fiscalizar e até sancionar fornecedores de produtos ou serviços, enquanto o acesso à “ordem jurídica justa” poderia ser concretizada em favor de eventuais prejudicados muito antes do derradeiro acesso ao Judiciário. Mais uma vez, verifica-se aquele choque entre o princípio da inafastabilidade e o princípio da demanda, pois com a abertura da jurisdição para todas as causas em que alguma tarefa estatal for mal desempenhada, o ciclo torna-se vicioso acarretando que a função jurisdicional também será potencialmente falha, no mínimo, do ponto de vista do tempo necessário para o processo ser concluído.

Por outro lado, é possível identificar ao menos algum alinhamento entre o princípio da demanda e o princípio da inafastabilidade da jurisdição em tema de gestão de controvérsias repetitivas. Para o exercício da gestão da massa de processos ou recursos, depende-se primariamente de que o processo tenha sido instaurado ou o recurso tenha sido

²⁷⁶ Esse é o ponto de vista, também, de Andrew Higgins e Adrian Zuckerman, segundo os quais “Where regulation works there is no need for going to lawyers. But it does not follow from this that we do not need an effective private class action procedure at all. Public regulation is not always available to provide redress and even if it is available it is not always effective”. A citação extrai-se do texto *Class action in England? Efficacy, autonomy and proportionality in collective redress*, Legal Research paper series n° 93/2013, novembro de 2013, University of Oxford, disponível em <http://ssrn.com/abstract=2350141>; acesso em 2/4/2014. No mesmo sentido: Strong, S.I., *Regulatory Litigation in the European Union: Does the U.S. Class Action Have a New Analogue?*, Notre Dame Law Review, vol. 88, 2013, pp. 899-972.

²⁷⁷ Para mencionar uma impressão de autor brasileiro, cite-se Luis Roberto Proença, para quem, em primeiro lugar, a massificação das relações do Estado é fenômeno natural: “as relações do Estado com os seus cidadãos, via de regra, são relações massificadas, como ocorre com as relações tributárias, as relativas a direitos previdenciários, aos serviços públicos etc. Ademais, há um elevado déficit de exercício do princípio da proibidade administrativa, o que dá ensejo a outra fonte fértil para conflitos. Em terceiro lugar, opera o Estado múltiplas fontes de poluição e de degradação ambiental, atraindo contra si o movimento preservacionista e a atividade ambiental repressiva. Em quarto lugar, omite-se o Estado, pelas mais diversas razões (como falta de recursos, de vontade política, de aptidão etc.), de sua função de poder de polícia, deixando à sua própria sorte a sociedade, incentivada a encontrar outros canais para a efetivação da legislação. Enfim, diversas são as razões para encontrar-se o Estado (em todos os seus níveis) na desconfortável posição de infrator contumaz da ordem jurídica” (*Inquérito civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, p. 144).

interposto, a depender da técnica empregada para a gestão, o que depende, assim, da iniciativa do interessado, o que não significa que, em razão disso, a gestão seja a única e escolha para lidar com essa realidade.

Mas, com outra perspectiva, secundariamente, há técnicas de gestão que pressupõem a mera potencialidade de um macrolitígio, contentam-se com uma estimativa de repetitividade que sequer é definida em lei (conforme exposto *supra*) ou mesmo dirigem-se não só aos processos presentes, mas às controvérsias futuras (de numerosidade impossível de ser estimada). Nestas hipóteses, novamente, vislumbra-se o princípio da demanda comprometido pela garantia de acesso à jurisdição e tentativa de concretização de uma ordem jurídica justa, independentemente da provocação de potenciais interessados.

Ainda ponderando a respeito do princípio da demanda (para alcançar suas repercussões no que se entende por gestão de processos), é oportuno também mencionar a distinção entre *Dispositionsprinzip* (princípio da demanda) e *Verhandlungsmaxime* (princípio dispositivo), que surgiu na doutrina alemã, com amplo acolhimento na Itália – e também no Brasil posteriormente. O princípio dispositivo ou *Verhandlungsmaxime* possui dimensão interna ao processo, assim que rompida a inércia da jurisdição, explicando a quem competiria a condução do processo, enquanto o *Dispositionsprinzip* justificaria a necessidade de provocação da parte para o exercício da jurisdição pelo Estado e a liberdade para definição do objeto do processo, de acordo com a vontade das partes²⁷⁸.

No contexto da gestão de processos, o princípio dispositivo é menos acentuado, porque as técnicas desenhadas para o tratamento da litigiosidade em geral são pouco representativas²⁷⁹ e também são menos propensas à tônica do consensualismo, dada a

²⁷⁸ A respeito dessa distinção, costuma-se mencionar: Mauro Cappelletti, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, in “Contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile”, Milano, Giuffrè, 1962, v. 1, pp. 303-338; Tito Carnacini, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, in “Studi in Onore di Enrico Redenti nel XL Anno del suo insegnamento”, Milano, Giuffrè, 1951, v. 2, pp. 693-772. Consultamos: Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, *Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 1º a 69*, vol. I, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016, pp. 103-106; Antônio Janyr Dall’Agnol Júnior, *O princípio dispositivo no pensamento de Mauro Cappelletti*, Revista da Ajuris, Porto Alegre, AJURIS, n. 46, jul./1989, pp. 97-115; Sérgio Cruz Arenhart, *Reflexões sobre o princípio da demanda*, in “Processo e Constituição. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira”, coord. Luiz Fux, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, pp. 587-603.

²⁷⁹ Técnicas representativas, como visto anteriormente, são aquelas baseadas na noção de que alguém “ausente” de determinado julgamento pode se vincular a ele desde que lhe seja assegurado que a parte “presente” tenha os mesmos interesses que os seus, e que os defenda adequadamente, além de lhe ser assegurada a possibilidade de escolher não ter seus interesses representados por aquela parte “presente”. É técnica usual das ações coletivas, especialmente as *class actions for damages* norte-americanas.

tendência de padronização que afasta a atenção dos sujeitos processuais (juiz, partes, advogados etc.) das práticas autocompositivas.

O controle sobre a condução do processo tende a ser menos da disponibilidade da parte, quando o seu processo for considerado repetitivo (como visto quando da alusão às técnicas processuais de gestão, no item n. 18), do que em condições naturais de processamento de uma demanda, em razão da regra do impulso oficial que define o dever do juiz de dar andamento ao processo. Dessa forma, admitir que princípio da demanda seja, diferente de um verdadeiro “princípio”, uma regra²⁸⁰ pode significar que a gestão muitas vezes agride a regra segunda a qual “o processo começa por iniciativa do interessado” (hoje atualmente prevista no art. 2º do Código de Processo Civil²⁸¹).

21. Isonomia e o seu “satélite” segurança jurídica

A doutrina em geral classifica tradicionalmente a isonomia como princípio autônomo da ciência processual, garantidor da igualdade das partes no processo ou da paridade de armas, como consequência do preceito constitucional que impõe o tratamento igualitário de todos perante a lei, na medida das suas desigualdades²⁸², o que se explica tanto para o processo civil quanto para o processo penal.

O conteúdo desse princípio é decomposto entre a igualdade formal e a igualdade substancial, na medida em que não só a lei deve ser generalista (formal), como também o processo deve munir sujeitos potencialmente desiguais de mecanismos idôneos para a equalização das posições jurídicas emergentes da relação processual (substancial).

Dessa ótica, a igualdade torna-se bastante associada à noção de contraditório, pois enaltece a necessidade de participação equilibrada das partes no processo, ou de

²⁸⁰ Nessa linha: Yarshell, *Curso de direito processual civil cit.*, p. 130; Fredie Didier Jr., *Curso de direito processual civil cit.*, vol. I, pp. 146-147, obra na qual defende que tanto a iniciativa pela parte quanto o impulso oficial são regras.

²⁸¹ E presente no CPC/73 (art. 2º: “Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais”) e também no CPC/39 (art. 4º: “O juiz não poderá pronunciar-se sobre o que não constitua objeto do pedido, nem considerar exceções não propostas para as quais seja por lei reclamada a iniciativa da parte”).

²⁸² Cintra, Grinover e Dinamarco, *Teoria geral do processo cit.*, n. 22, pp. 77-79; Nelson Nery Junior, *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1996, p. 42.

obrigatória simetria de suas posições processuais²⁸³: “As partes e os procuradores devem merecer tratamento igualitário, para que tenham as mesmas oportunidades de fazer valer em juízo as suas razões”²⁸⁴. José Carlos Barbosa Moreira²⁸⁵ divisou nessa faceta a “igualdade de oportunidades”, no sentido de se assegurar às partes o mesmo poder de influir na marcha e no resultado do processo, sem distinção entre demandante e demandado²⁸⁶.

Exceções ao preceito da igualdade, no processo civil, são frequentes em favor das pessoas jurídicas de direito público (as chamadas prerrogativas processuais da Fazenda Pública), com o argumento de que a desequiparação estaria legitimada pelo interesse público e pela estrutura burocrática estatal com a qual os representantes judiciais do Estado devem lidar²⁸⁷.

²⁸³ Sobre a simetria de posições processuais e no sentido de que a paridade de armas “inevitavelmente se confunde com o direito ao contraditório”: Rafael Sirangelo de Abreu, *Igualdade e processo: posições processuais equilibradas e unidade do direito*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015, pp. 73-75.

²⁸⁴ Cintra, Grinover e Dinamarco, *Teoria geral do processo cit.*, n. 22, p. 77. Citando como exemplo de realização da igualdade, regra que capacita o sujeito teoricamente em situação mais vulnerável de instrumentos que assegurem o devido processo legal: “ao incapaz e ao réu preso, bem como ao revel citado por edital ou como hora certa, será dado curador especial, para resguardar exatamente a igualdade real” (Ada Pellegrini Grinover, *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*, São Paulo, Bushatsky, 1975, p. 29). Sob aquela dupla perspectiva acima tratada (de igualdade formal e substancial), Flávio Luiz Yarshell observa que: “o resultado justo deve ser considerado como aquele que é fruto da observância dos princípios regentes do direito processual, conforme aqui examinado, e que, tanto quanto possível, seja fiel aos fatos efetivamente ocorridos e aos desígnios do direito material. Não é missão do Poder Judiciário o restabelecimento de desigualdades reais, salvo se isso decorrer do direito material a ser aplicado pelo juiz e for o objeto do processo, em concreto. Por isso é que o conceito de tutela jurisdicional (supra n. 39) não se limita ao resultado do processo, mas envolve os meios empregados para tanto: o caráter «justo e equo» do processo reside primeiramente nos meios e, apenas indiretamente, no resultado, que apenas surge como consequência da observância dos princípios que regem o exercício do poder na esfera jurisdicional. Só assim se pode qualificar de «equo» o resultado do processo” (*Curso de Direito Processual Civil cit.*, p. 123).

²⁸⁵ “Sería totalmente incompatible con la exigencia de igualdad, por ejemplo, reservar para uno de ellos, con exclusividad, la utilización de determinados medios de prueba o la interposición de recursos. Va de suyo que algunas diferencias de régimen derivan necesariamente de la diferencia de posiciones: es natural, por ejemplo, que la carga de impulsar el proceso sea más intensa para el actor, cuyo interés en la continuidad de la marcha procesal es mayor, por regla, que el del demandado” (*La igualdad de las partes en el proceso civil*, Revista de Processo, vol. 44/1986, out.-dez./1986, p. 176-185, DTR\1986\149).

²⁸⁶ Em sentido semelhante, Paula Costa e Silva assevera: “o princípio de igualdade não impõe nem que as sequências processuais sejam rigidamente pré-ordenadas pelo legislador, nem que a decisão de pretensões idênticas resulte de estruturas processuais exactamente iguais. A igualdade não há-de ser vista a partir de uma perspectiva atômica, acto de sequência a acto de sequência. Ela há-de ser prefigurada a partir das finalidades que presidem ao processo. Se se concluir que, apesar da diversidade de estruturas, as partes tiveram idênticas faculdades de persuasão do decisor e de demonstração dos factos que fundamentam a acção e a defesa, a igualdade estará preservada” (*Legalidade das formas de processo e gestão processual ou as duas faces de Janus cit.*, p. 147). E também: Fernando da Fonseca Gajardoni, *O princípio da adequação formal do direito processual civil português*, Revista do Instituto do Direito Brasileiro, ano 1, nº 11, 2012, pp. 6665-6685.

²⁸⁷ Com severas críticas a essas prerrogativas, na medida em que forem excessivamente incentivadoras de uma “macrocefalia burocrática”: Ada Pellegrini Grinover, *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil cit.*, pp. 32-34. Também com críticas à desigualdade que se provoca com certas prerrogativas da Fazenda (que podem ser denominadas de privilégios): Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. II, *cit.*, p. 580; Cássio Scarpinella Bueno, *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*, vol. I, São Paulo, Saraiva, 2007, pp. 128-129 e 435; Paulo Henrique dos Santos Lucon, *Eficiência das decisões e execução provisória*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 264.

Também ocorre de o princípio da igualdade ser situado dentre os elementos do devido processo legal, o qual é composto pelo enfeixe dos demais princípios do processo civil e é considerado fator de justiça da decisão: “O processo é equo, ou processo justo, de que fala a doutrina, é aquele feito segundo legítimos parâmetros legais e constitucionais e que ao fim produza resultados exteriores justos”²⁸⁸. Assim, deve haver repreensão judicial a decisões que sacrifiquem a igualdade substancial e, conseqüentemente, o devido processo legal.

A partir dessas ideias, é de se indagar se o princípio da igualdade se realiza, no processo, apenas nas dimensões formal e substancial tradicionalmente mencionadas pela doutrina ou se a ideia de *processo justo*, à luz da igualdade, ganha magnitude diversa atualmente.

A isonomia que hoje se persegue pelas reformas do processo civil no Brasil, notadamente aquelas voltadas ao tratamento das controvérsias repetitivas, não é uma isonomia vista de forma isolada em um dado processo²⁸⁹, ainda que de ambas as perspectivas acima aludidas: formal e substancial. A isonomia concretamente buscada para as causas repetitivas é a que realiza *igualdade de resultados*.

Assim, a isonomia está pautada hoje pelo princípio da segurança jurídica, tornando a primeira instrumento da última. Se fosse possível identificar centros de gravidade representados pelos princípios processuais que integram o devido processo legal (*inafastabilidade da jurisdição, imparcialidade, igualdade, contraditório e publicidade*), seria correto afirmar que a segurança jurídica em tema de causas repetitivas torna-se um “satélite” da igualdade.

Na direção contrária, apoiando as prerrogativas processuais da Fazenda Pública: Vicente Greco Filho, *Direito processual civil brasileiro*, vol. I, 20ª ed., São Paulo, Saraiva, 2008, p. 66; Marcelo José Magalhães Bonicio, *Princípios do processo no Novo Código de Processo Civil cit.*, pp. 141-143; Nelson Nery Junior, *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, 10ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010, p. 120.

²⁸⁸ Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de Direito Processual Civil cit.*, vol. I, pp. 229-230; Fredie Didier Jr., *Curso de direito processual civil cit.*, p. 100. Também nessa linha, ao falar do “processo justo” e sua relação com a técnica processual: José Roberto dos Santos Bedaque, *Efetividade do processo e técnica processual cit.*, p. 26. A respeito do “justo processo”: Luigi Paolo Comoglio, *Etica e tecnica del “giusto processo”*, Torino, G. Giappichelli, 2004.

²⁸⁹ Exemplos de visão restrita a um dado processo são as seguintes ilustrações do princípio da igualdade: “Se o juiz determina a *correção monetária* do crédito de uma das partes segundo determinado índice, pelo mesmo índice deve fazer atualizar as parcelas a deduzir. Ao condenar autor e réu por *honorários de sucumbência* em caso de procedência parcial da demanda inicial (...), deve fixar o mesmo percentual com relação à parte do litígio em que cada um ficou vencido. Se julga improcedente a demanda do autor, deve condená-lo a *reembolsar ao réu pelo mesmo valor que teria sido imposto a este caso de procedência*” (Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de Direito Processual Civil cit.*, vol. I, n. 82, p. 230).

E esta é a mudança de paradigma que ocorre nos últimos anos no ordenamento brasileiro. Não há muito tempo admitia-se ser tolerável – embora indesejado – no sistema a quebra de isonomia provocada pela existência de decisões diferentes para situações semelhantes. Uma grande ilustração daquela perspectiva anterior é o voto do Ministro Teori Zavascki, quando compunha o Superior Tribunal de Justiça, proferido em sede de conflito de competência entre os juízos de demanda e de ações individuais de consumidores em face de agência reguladora e concessionárias de serviços de telefonia.

Segundo o referido voto, datado de 2005, naquela ocasião, não existia “nem mesmo em matéria constitucional, o instrumento da avocação, que permita concentrar o julgamento de múltiplos processos a respeito da mesma questão jurídica perante um mesmo tribunal e, muito menos, perante juiz de primeiro grau. Assim, a possibilidade de decisões divergentes a respeito da interpretação de atos normativos, primários ou secundários, ou a respeito de cláusulas de contrato de adesão, embora indesejável, é evento previsível, cujos efeitos o sistema busca minimizar com os instrumentos da uniformização de jurisprudência (CPC, art. 476), dos embargos de divergência (CPC, art. 546) e da afetação do julgamento a órgão colegiado uniformizador (CPC, art. 555, § 1º), dando ensejo, inclusive, à edição de súmulas (CPC, art. 479) e à fixação de precedente destinado a dar tratamento jurídico uniforme aos casos semelhantes”²⁹⁰.

Outra demonstração da tolerância do sistema processual a decisões que frustrassem o princípio da igualdade, mesmo que em nome de outros valores, é o art. 104 do Código de Defesa do Consumidor²⁹¹ que, em tema de direitos individuais homogêneos, admite a convivência entre a ação coletiva e as ações individuais, sem que a situação importasse em litispendência. Em contexto um tanto diverso, mas com observações que convergem para esta ideia, Flávio Luiz Yarshell ressaltou que, mesmo atualmente, “a potencial desigualdade na resolução de controvérsias por decisões judiciais é um fenômeno quiçá inevitável, a começar pela circunstância de que o acesso ao Judiciário não é igual para

²⁹⁰ STJ, CC 47731/DF, Rel. Ministro Francisco Falcão, Rel. p/ acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 14/09/2005, DJ 05/06/2006, p. 231.

²⁹¹ “Art. 104. As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada erga omnes ou ultra partes a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva”.

todos; não apenas por impossibilidade de se ir a juízo, mas pela eventual opção de não se ir”²⁹².

Essa é a situação que hoje se repudia e foi pauta do Código de Processo Civil de 2015, embora nenhuma mutação tenha ocorrido no preceito constitucional da igualdade. A preleção de Luiz Fux, que integrou a comissão responsável pela redação do anteprojeto do Código, é bastante emblemática a esse respeito: “O ideário da comissão passou a ser a celeridade. Mas, evidentemente, a celeridade com a manutenção das garantias processuais constitucionais, do devido processo legal, da ampla defesa, do respeito ao contraditório e, acima de tudo, do respeito à igualdade de todos perante a Justiça”²⁹³.

Como referido, o princípio da isonomia não se alterou na dimensão constitucional, mas ganhou com o tempo uma nova densificação²⁹⁴, ditada pela segurança jurídica²⁹⁵, que trabalha em prol da sensação de justiça.

Sobre essa sensação, oriunda da percepção de atendimento do princípio da igualdade, Adrian Zuckerman, Professor da Universidade de Oxford, já afirmou que: “the appearance of justice is also important (...). This objective lies behind the entire procedural organization. (...) Being treated as equals is a basic requirement of justice. It is not suggested that plaintiffs and defendants are treated equally vis-à-vis each other. The requirement of treating litigants as equals means that one litigant is not subjected to a higher risk of error compared with others. In short, it means that all are equal before the law in the sense that the rules of procedure will not distort the correct application of the law to the true facts in favour of one litigant”²⁹⁶.

²⁹² *A coisa julgada na pauta do Supremo Tribunal Federal*, Migalhas de 21/3/2016; <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI236154,71043-A+coisa+julgada+na+pauta+do+Supremo+Tribunal+Federal>; acesso em 28/4/2016.

²⁹³ “Na avaliação de Fux, as medidas propostas pela comissão poderão diminuir as demandas judiciais em cerca de 70%. Já a apresentação de recursos poderá diminuir em 50%. Ele informou que palestras e audiências públicas em diversas capitais brasileiras discutem o anteprojeto de CPC com a sociedade. Após as discussões, o grupo apresentará ao Senado um anteprojeto do novo CPC, que tramitará como projeto de lei, a ser votado nas duas casas do Congresso” (<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2010/04/07/novo-cpc-vai-garantir-celeridade-processual-afirma-luiz-fux>; acesso em 25/5/2015).

²⁹⁴ Arruda Alvim, *Aspectos principiológicos no Projeto de Novo Código de Processo Civil*, in “O processo em perspectiva – Jornadas Brasileiras de Direito Processual”, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, p. 82. Com ideais semelhantes: Ricardo de Barros Leonel, *Reclamação constitucional*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, pp. 49 e 75.

²⁹⁵ A segurança jurídica, por sua vez, foi protegida quando se previu no art. 103-A, §1º, da CF, que a súmula vinculante “terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica”.

²⁹⁶ Adrian Zuckerman, *Civil Justice in Crisis – Comparative perspectives of Civil Procedure*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 5.

É oportuna a advertência de Zuckerman de que a justiça não só deve ser justa, como também deve ter aparência de justa. Deduzimos desse tipo de assertiva que, em uma sociedade globalizada, de comunicações intensificadas e difundidas pela internet, a aparência de justiça também atua no fortalecimento do escopo da jurisdição. Isso não quer dizer que são esperadas decisões falsamente (ou “aparentemente”) justas. Impossível de negar hoje é que uma decisão judicial, dada sob determinado caso concreto, pode ter influência sobre situações jurídicas semelhantes ou idênticas, o que marca a aparência de realização de justiça como fator de segurança jurídica.

Em geral, o princípio da segurança jurídica, internalizado para o sistema de justiça²⁹⁷, é representado: a) pela confiança dos cidadãos no funcionamento da máquina judiciária, b) mais concretamente, pela crença de que os poderes do Estado serão exercidos de acordo com a ordem constitucional e os procedimentos estipulados em lei, tornando-se imutáveis as decisões judiciais assim produzidas e acobertadas pela imutabilidade da coisa julgada; e, por último, mas não menos importante c) pela previsibilidade a respeito das consequências jurídicas derivadas de suas próprias ações ou das condutas de um terceiro²⁹⁸, atribuindo coesão ao sistema jurídico e reafirmando o senso de cidadania.

Assim, não só a coisa julgada, mas também a predisposição legal dos meios pelos quais os conflitos são solucionados pelo Judiciário veiculam no direito processual o valor segurança jurídica. A previsibilidade, por sua vez, não se conforma apenas com a predisposição de procedimentos, mas também depende da possibilidade de antever os resultados, como mecanismo de prevenção de condutas²⁹⁹.

²⁹⁷ Porque ele em si não é um princípio estritamente processual (Flávio Luiz Yarshell, *Curso de direito processual civil cit.*, p. 84; André Ramos Taraves, *Curso de direito constitucional*, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 2007, p. 672; Ricardo de Barros Leonel, *Reclamação constitucional cit.*, p. 65; Marcelo José Magalhães Bonicio, *Princípios do processo no Novo Código de Processo Civil cit.*, p. 59), o que não o destaca dos valores fundamentais da Constituição Federal e também do escopo de pacificação do processo.

²⁹⁸ Algumas dessas ideias são extraídas da construção de Jorge W. Peyrano, sobre o princípio da segurança jurídica: *La seguridad jurídica y el efectivo reconocimiento de derechos: valores de la escala axiológica del proceso civil*, Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Católica Andrés Bello, n. 57, Caracas, 2002, pp. 406-408. Em sentido análogo são as lições de Massimo Corsale, *Certeza del diritto e crisi di legittimità*, Milano, Giuffrè, 1979, pp. 31/34. Para Guilherme Rizzo Amaral, trata-se do complexo valorativo da segurança jurídica que “engloba a previsibilidade, a confiança legítima nos atos da administração e atos estatais em geral, o respeito ao direito positivo, a dignidade da legislação e a estabilidade das relações jurídicas” (*Incidente de resolução de demandas repetitivas*, Revista de Processo, vol. 196/2011, jun./2011, pp. 237-274, DTR\2011\1616).

²⁹⁹ Sobre a segurança jurídica ser ligada à previsão de condutas, Ricardo de Barros Leonel acentua que a segurança “revela-se na aptidão do sistema normativo para influir positivamente no comportamento dos integrantes da comunidade organizada, desestimulando o desrespeito à lei, naquilo que se poderia chamar de prevenção geral. Em perspectiva concreta, de outro lado, tem-se a aplicação das sanções previstas no ordenamento para as hipóteses de desrespeito, o que se constitui em verdadeira prevenção específica, com

Com acerto, porém, a doutrina já identificara que o conteúdo da segurança jurídica é “*cambiante*” e está se acomodando em todas as partes. Conforme observa Jorge W. Peyrano³⁰⁰, pertencem atualmente ao conceito de segurança jurídica, além dos anteriormente indicados, os seguintes elementos: “funcionamento adecuado, confiable y constitucional de los Poderes del Estado” e “expedito conocimiento del derecho aplicable en cada caso concreto”³⁰¹; ou seja, acredita o autor que no conceito de segurança jurídica estão implícitas as exigências de resolução do conflito em tempo razoável e de maneira adequada.

Sobre a previsibilidade, Jorge Peyrano aponta que a atuação do poder judicial confere aos jurisdicionados condições de saber de antemão como se sucederá uma situação jurídica, como se fosse possível “abrir uma janela para dar uma olhada no futuro”³⁰², produzindo de um lado um estímulo para condutas em determinado sentido e de outro um efeito dissuasório na atividade humana que pudesse se realizar na contramão das normas jurídicas; além disso, adiciona o autor a lembrança das lições de James Goldschmidt, segundo o qual “el momento en que la seguridad jurídica adquiere su máxima plenitude es el en de la decisión judicial”.

O conceito de segurança jurídica, assim, aproxima-se cada vez mais do ideal de isonomia no processo civil. Basta pensar que a previsibilidade de um ordenamento jurídico repousa não só na completude de seus diplomas legais, mas também na potencialidade de que, em caso de lacuna das leis, a aplicação do direito ao caso concreto esteja em conformidade com um padrão de conduta já antes exigível de outros cidadãos em situações antecedentes e similares.

A previsibilidade, desta forma, também se conforta com o funcionamento do serviço judiciário de forma que, pensado como unidade, possa interferir nos padrões de comportamento da sociedade por dele emanarem decisões coesas entre si, isto é, similares para casos semelhantes e que determinam condutas futuras, como modo de prevenção de conflitos. Na doutrina italiana, coesão pode ser apontada como sinônimo de *univocità*; o

pretensão de educar para evitar a reiteração o ilícito, e fornecer solução de exemplo para os demais integrantes da comunidade envolvida, desestimulando atitudes análogas” (*op. cit.*, p. 55).

³⁰⁰ *Op. cit.*, p. 408.

³⁰¹ *Op. cit.*, p. 408.

³⁰² A imagem, segundo Peyrano informa (*op. cit.*, p. 407), foi empregada por Afílio Aníbal Alterini, *La inseguridad jurídica*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 17.

ordenamento promoverá segurança enquanto puder produzir “uma única voz”, a respeito de conflitos de interesses que apresentem alguma semelhança³⁰³.

E, hoje, não mais se questiona o fato de que um sistema jurídico é tanto confiável quanto também for segura a atuação do seu sistema judiciário; não há dúvida de que a coerência e a previsibilidade são hoje qualidades cada vez mais exigidas daquele último³⁰⁴, especialmente em tema de ações repetitivas em que a “loteria judiciária” trabalha contra a segurança³⁰⁵.

Nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco, de lembrança oportuna para o contexto aqui tratado, “Toda ordem jurídica tem a missão e a responsabilidade de definir situações e gerar clima de confiança das pessoas e grupos quanto aos seus direitos, deveres e obrigações, seja para exercê-los e cumpri-los adequadamente, seja para poderem prever conseqüências do descumprimento próprio ou alheio. Tal é o valor da *segurança*, indispensável ao convívio social harmonioso e civilizado. Ora a divergência de julgados é elemento extremamente comprometedor dessa segurança e desagregador da harmonia social. A servidão do juiz à lei, a exaltação do caráter impessoal do exercício da jurisdição e a limitação do poder de interpretação judiciária são expressões da necessidade de oferecer *segurança*”³⁰⁶.

³⁰³ “univocità della qualificazione delle situazioni giuridiche” é, na doutrina de Massimo Corsale, reflexo de segurança jurídica: *Certezza del diritto e crisi di legittimità*, citado por Gianmarco Gometz, *La certezza giuridica come prevedibilità*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2000, pp. 104-105.

³⁰⁴ Para trazer novamente importantes observações de Peyrano, as principais ocorrências que comprometem a segurança de um sistema judiciário são as seguintes: “a) declaraciones judiciales de inconstitucionalidad de las leyes demasiado frecuentes y no suficientemente meditadas; b) interpretaciones pretorianas de textos legales, que evidentemente los desvirtúan o tergiversan; c) el dictado de pronunciamientos judiciales incoherentes o contradictorios. Así, por ejemplo, cuando un mismo tribunal resuelve sucesivamente causas análogas, dirimiéndose de forma diversa o cuando distintos órganos judiciales, correspondientes al mismo sistema, sustentan enfoques decisorios claramente opuestos en relación a un mismo asunto; d) el quiebre abrupto de líneas jurisprudenciales consolidadas, sin que se aporten motivos suficientes y razonables que avalen el cambio de criterio; e) la emisión de fallos oscuros imprecisos o ambiguos” (*op. cit.*, pp. 408-409). Em sentido análogo, são as palavras de Gianmarco Gometz, que procura estabelecer uma “relazione tra prevedibilità e giustizia sostanziale, due esigenze tradizionalmente considerate di ben difficile accostamento, quando non addirittura in conflitto tra loro” na medida em que a certeza é mais um meio do que necessariamente um valor, de modo que “bensì è un mezzo per il conseguimento della giustizia e del bene comune” pois “Sicurezza sulla effettiva attuazione della giustizia e prevedibilità delle conseguenze giuridiche dell’azione sono dunque, secondo Corsale, aspetti coesenziali al concetto di certezza del diritto” (*op. cit.*, p. 103).

³⁰⁵ Ruy Zoch Rodrigues acentua: “se se tratar de questões muito recorrentes, a segurança jurídica e a legitimidade do Judiciário restam comprometidas no sentimento daqueles que, indo a juízo, tendem a imputar o resultado menos ao direito do que à sorte da distribuição do processo para este ou aquele juiz” (*Ações repetitivas cit.*, p. 145). Para críticas à “loteria judiciária”: Eduardo Cambi, *Jurisimprudência - a independência do juiz ante os precedentes judiciais como obstáculo à igualdade e a segurança jurídicas*, Revista de Processo, vol. 231/2014, mai./2014, pp. 349-363, DTR\2014\1796).

³⁰⁶ Cândido Rangel Dinamarco, *Efeito vinculante das decisões judiciais*, in “Fundamentos do Processo Civil Moderno”, 3ª ed., vol. II, São Paulo, Malheiros, 2000, p. 1145.

A igualdade, nesse contexto da litigância repetitiva, é alcançada não só na lei e no processo, mas também *pelo processo*, o que, portanto, desafia um questionamento de resultados obtidos pelos mecanismos de resolução judicial desse tipo de litígio. Por isso é que, segundo Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, “não há justiça se não há igualdade – unidade – na aplicação do Direito pelo processo”³⁰⁷.

Então, pode-se reconhecer que a isonomia é um objetivo justo das medidas de gestão dos processos e recursos repetitivos, e alinhado com o poder jurisdicional, embora se possa questionar se tal objetivo é perseguido de forma equilibrada e efetivamente em paridade de armas pelas partes entre si e diante do Poder Judiciário.

22. Imparcialidade e os interesses perseguidos pelas práticas de gestão de processos

A imparcialidade é tida como princípio comum ao processo tanto de índole civil quanto penal, pois ainda é atual a lição clássica de teoria geral de que a “imparcialidade é inseparável dos órgãos exercentes da jurisdição”³⁰⁸.

Ela é necessária para legitimar a substitutividade (imposição da autoridade da decisão do órgão jurisdicional a respeito do conflito), que igualmente é qualificativo inseparável da função jurisdicional. Não é possível conceber, por princípio, a jurisdição exercida por um sujeito norteado por interesses pessoais na causa, pois isso violaria a paridade de armas, concedendo a uma das partes mais ferramentas de convicção do que a outra, de forma desigual e injusta. Dessa forma, a imparcialidade legitima o poder jurisdicional, tornando-se pressuposto de validade de todo e qualquer processo³⁰⁹.

³⁰⁷ *Comentários ao Código de Processo Civil cit.*, vol. I, p. 157. Em outra obra, Luiz Guilherme Marinoni ainda observa que a observância da igualdade a partir do resultado do processo é medida de legitimação da jurisdição: “é evidente que a jurisdição não encontra legitimação ao oferecer decisões diversas para casos iguais ou ao gerar decisão distinta da que foi formada no tribunal competente para a definição do sentido e do significado das normas constitucionais e dos direitos fundamentais. Na verdade, é pouco mais do que absurdo pensar que o Poder Judiciário, caracterizado por um déficit de legitimidade democrática em relação ao Legislativo, possa ter várias concepções acerca de um mesmo direito fundamental, para num momento admitir e em outro negar a constitucionalidade do produto da Casa habitada pelos representantes eleitos pela maioria” (*Precedentes obrigatórios cit.*, p. 146). Rafael Sirangelo de Abreu também enaltece essa nova dimensão da igualdade: *Igualdade e processo cit.*, pp. 217-218.

³⁰⁸ Cintra, Grinover e Dinamarco, *Teoria geral do processo cit.*, n. 21, p. 76.

³⁰⁹ Cintra, Grinover e Dinamarco, *Teoria geral do processo cit.*, n. 21, p. 76; Teresa Arruda Alvim Wambier, *Nulidades do processo e da sentença*, 6ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 374. Com a ressalva de que, na opinião esboçada por parte da doutrina processual penal, a imparcialidade é pressuposto de existência do processo (Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, *As nulidades no processo penal*, 6ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, p. 44). De outro lado,

Para ser imparcial, o juiz estatal ou privado deve também em regra ser independente, decidindo segundo sua convicção, pautada apenas por normas jurídicas e pela Constituição, e não por interesses pessoais ou estranhos àqueles interesses jurídicos legitimamente expostos no processo; exercendo em concreto a jurisdição em um processo, deve o juiz ser alheio às interferências de forças externas ao processo; e as garantias da magistratura dispostas no art. 95 da Constituição Federal servem a esse objetivo³¹⁰.

Não é correto, porém, restringir a exigência de imparcialidade apenas ao exercício da função jurisdicional, porque ela legitima qualquer tipo de resolução de controvérsia, ainda que na esfera administrativa. Assim, mesmo que o julgamento esteja a cargo de um órgão da administração, espera-se que interesses pessoais da autoridade estatal não interfiram no desfecho do processo. Nessa esfera fala-se da impessoalidade, que é um conceito mais amplo para definir que, pessoalmente, nenhum agente público praticará atos oficiais em atenção aos seus próprios interesses, ainda que esteja em debate um interesse da entidade da administração da qual ele mesmo faça parte. Assim, exige-se atuação com impessoalidade do promotor, em sede de inquérito, dos membros de comissão disciplinar responsáveis pela instrução e/ou julgamento de processos administrativos tendentes à aplicação de sanção funcional, etc.).

A validade do processo, no que diz respeito à capacidade subjetiva do órgão julgador para atuar segundo sua convicção e não por interesses pessoais, é corriqueiramente associada, pela doutrina, ao atendimento de um duplo significado, que na verdade é o conteúdo (positivo e negativo) da garantia do *juiz natural*. Esse conteúdo consistente na necessidade de investidura de poderes jurisdicionais (positivo) e de vedação de tribunais de exceção (negativo), constituídos *ad hoc*, após ou simplesmente em função dos fatos objeto do processo, ou ainda de alternativas de competência relegadas a critérios de discricionariedade.

Todavia, a garantia do juiz natural não deve se confundir com o princípio da imparcialidade e não esgota o conteúdo ou o modo de ser deste último. Antes do juiz natural,

há opiniões de que “o indivíduo envolvido numa *persecutio criminis* só pode ser validamente processado e julgado por agente do Poder Judiciário – juiz ou tribunal – dito ‘autêntico’”, ao tratar da imparcialidade do juiz da ação penal (Rogério Lauria Tucci, *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*, 4ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, p. 101).

³¹⁰ “Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias: I – vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado; II – inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII; III – irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I”.

deve vir a preocupação com a imparcialidade do órgão julgador, a despeito da curiosa omissão constitucional a respeito desse princípio³¹¹, e, por outro lado, textual referência ao juiz natural no art. 5º, inciso XXXVII.

O correto é qualificar a *garantia* (e não o princípio, tampouco o direito³¹²) do juiz natural como um instrumento tendente a realizar em concreto a imparcialidade do juiz ou, ao menos, amenizar o risco de pessoalidade ou de parcialidade³¹³, evitando-se “juízos de exceção ou instituídos para contingências particulares”³¹⁴. Mas, como instrumento apto a assegurar a imparcialidade do julgador, não existe apenas a garantia do juiz natural.

A garantia da independência – que, assim como a do juiz natural, não é princípio³¹⁵ – é outro mecanismo a serviço da imparcialidade do julgador e tem tanto uma vertente interna ao processo quanto externa a ele.

Sob o ponto de vista de dentro do processo, a independência assegura que não haja influências sobre o convencimento do julgador que não sejam baseadas no direito; já do ponto de vista externo ao processo, a independência teoricamente mantém o julgador insuscetível de ameaças em sua convicção por forças advindas de outros poderes da República³¹⁶. De qualquer forma, assim como a *garantia* do juiz natural, a garantia da independência possui assento constitucional (art. 95 da CF).

³¹¹ Gustavo Badaró registra que, embora princípio implícito, a imparcialidade é direito constitucionalmente assegurado, como “*conditio sine quae non*” de qualquer juiz (Gustavo Henrique Badaró, *Juiz natural no processo penal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014, p. 30).

³¹² Sobre o dualismo, na nossa visão correto, entre direitos e garantias (bem marcado na distinção entre direito ao juiz imparcial e garantia do juiz natural), e mais precisamente a qualificação do juiz natural como garantia: Rogério Lauria Tucci, *Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, pp. 197 e 218. Ao contrário, qualificando a concepção de juiz natural como *direito*: Leonardo Ferres da Silva Ribeiro, Maria Lúcia Lins Conceição de Medeiros, Rogerio Licastro Torres de Mello e Teresa Arruda Alvim Wambier, *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015, p. 55.

³¹³ Assim: Gustavo Henrique Badaró, *Juiz natural no processo penal cit.*, p. 36; Guilherme de Souza Nucci, *Princípios constitucionais penais e processuais penais*, 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2015, p. 421. Ou, de acordo com Roberto Romboli, a garantia do juiz natural é a certeza de um juiz não seguramente parcial (Roberto Romboli, *Il giudice naturale*, apud Badaró *cit.*, p. 43).

³¹⁴ José Frederico Marques, *Elementos de direito processual penal*, 2ª ed., vol. I, Campinas, Millennium, 2000, p. 216.

³¹⁵ Flávio Luiz Yarshell, *Curso de direito processual civil cit.*, p. 72, em que o autor preconiza um rol conciso de princípios processuais, especialmente aqueles estudados em sede de teoria geral, dado que os verdadeiros princípios processuais devem estar diretamente relacionados com a função jurisdicional.

³¹⁶ Sobre a distinção entre independência e imparcialidade, Paulo Henrique dos Santos Lucon aponta que “a doutrina costuma convergir para entender que ‘independência’ seria uma situação de fato ou de direito, verificável objetivamente, enquanto que ‘imparcialidade’ corresponde a um estado de mente ou de espírito, portanto necessariamente subjetivo” (*Imparcialidade na arbitragem e impugnação aos árbitros*, Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 39/2013, out.-dez./2013, pp. 39-51, DTR\2013\10439). A ligação com o ânimo pessoal e, portanto, com a subjetividade do magistrado, se explicaria, na quebra da imparcialidade porque “o termo imparcialidade está intimamente ligado à isenção de ânimo para o julgamento, o afastamento do sujeito em relação aos interesses materiais em disputa: imparcialidade, portanto, é alheação, indiferença à vitória de

Porém, as garantias do juiz natural e da independência não esgotam os instrumentos válidos e potencialmente eficazes de segurança da imparcialidade.

Muito raramente a doutrina se ocupou do exame da garantia do juiz natural em sede de arbitragem, por exemplo. E o Supremo Tribunal Federal, ao declarar a constitucionalidade da Lei 9.307/96 (Lei da Arbitragem), não a examinou à luz da garantia do juiz natural (SE 5.206, julgado em 2001). Perante o Superior Tribunal de Justiça, a questão foi até ventilada mas foram suscitados pontos de vista que pouco explicam a associação entre arbitragem e juiz natural. Declarou aquela Corte que: o juízo arbitral obedeceria e realizaria o juiz natural porque há consentimento na assunção de “risco” de derrota na arbitragem; com o compromisso arbitral, o árbitro se torna juiz de fato e de direito; e, por fim, invoca-se o princípio da Kompetenz-Kompetenz³¹⁷.

Nelson Nery³¹⁸ explicitamente enfrenta o tema, afirmando que não há ofensa nem renúncia à garantia do juiz natural no processo arbitral, pois haveria simples deslocamento da jurisdição para um órgão privado. Na sequência, ele ainda alude que “o princípio do juiz natural aplica-se apenas aos órgãos estatais da jurisdição (Poder Judiciário, Senado Federal nos casos do art. 52, n. I, CF, e.g.) e não aos juízes instituídos por compromisso arbitral”³¹⁹. Ao mencionar o motivo para tal posição, o autor explicita a autonomia da vontade e o caráter jurisdicional da arbitragem.

As justificativas para se afirmar a imparcialidade do árbitro, no entanto, precisam ir além. Tanto a doutrina quanto a jurisprudência não superam o fato de que o árbitro ou a Câmara Arbitral são verdadeiros tribunais de exceção – constituídos *após e em função* dos fatos articulados na demanda –, o que é explicitamente vedado pela Constituição Federal no inciso XXXVII do art. 5º, muito embora seja inquestionável o caráter jurisdicional da arbitragem e a regra pudesse vincular os juízes privados. Portanto, o

um ou outro” (Antonio do Passo Cabral, *Imparcialidade e imparcialidade. Por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal*, Revista de Processo, vol. 149/2007, jul./2007, pp. 339-364, DTR\2007\794). E também: “Indipendenza individuale del giudice significa, prima di tutto, affrancamento, nel momento in cui giudica, da tutti gli stimoli psicologici di natura egoistica. Si è detto che il giudice, nell’applicare la legge, deve farla rivivere nel calore della sua coscienza; ma in questo ripensamento della legge, che non è fatto di pura logica, il giudice deve sentirsi unicamente uomo sociale, partecipe ed interprete della società in cui vive, e non spinto a giudicare in un senso piuttosto che in altro da moventi di parzialità privata, di natura personale o familiare: amicizie o favori, parentele o gelosie, timori di pericolo o ambizioni di guadagno o di onori, tutto quello, insomma, che il Guicciardini avrebbe chiamato il ‘suo particolare’” (Piero Calamandrei, *Processo e democrazia*, Padova, Cedam, 1954, pp. 71-72).

³¹⁷ MS 11.308/DF, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 09/04/2008, DJe 19/05/2008.

³¹⁸ Nelson Nery Júnior, *Princípios do processo civil na Constituição Federal cit.*, pp. 70-86.

³¹⁹ *Op. cit.*, p. 84.

consenso obtido pelas partes para a instituição da arbitragem e o seu caráter jurisdicional não explicam de maneira adequada a presença ou não de um juiz natural naquele âmbito.

O tema pode ser enriquecido com um raciocínio que perquire a respeito da função da garantia do juiz natural e sua imprescindibilidade para assegurar a imparcialidade – e, assim, sua utilidade na arbitragem e em formas não estatais de exercício de poder. O juiz natural, em realidade, não é uma questão que se coloca na arbitragem, pois a lei elege outros mecanismos de controle da imparcialidade do julgador. A escolha livre das partes sobre as pessoas dos árbitros, ou submissão voluntária aos Estatutos dos Centros de Arbitragem que disciplinam o tratamento das partes pelos árbitros e a relação deles com elas, ao lado das hipóteses de impedimento previstas no art. 14 da Lei 9.307/96, são todos preceitos baseados no valor *confiança*, que é enaltecida na arbitragem como exercício privado da jurisdição.

Assim, a independência com relação a outros poderes estatais também não se coloca na arbitragem por sua própria natureza paraestatal (novamente sem colocar em dúvida o seu caráter jurisdicional). Igualmente por essa razão, as facetas da garantia do juiz natural são impraticáveis na jurisdição exercida em arbitragem, sendo compatíveis quando muito com organizações estatais, que dependem de um legítimo controle da função pública e de relações harmônicas entre os poderes.

Esse controle é realizado caso a caso mediante os mecanismos de apuração de suspeição ou impedimento dos magistrados, em hipóteses de riscos ou de efetivos desvios de consciência hoje mais amplas do que ocorria no passado³²⁰ e que podem, inclusive, incidir sobre o juiz natural. Apurada a suspeição ou o impedimento de um magistrado, a quebra da imparcialidade é resolvida individualmente, em cada processo no qual se possa reconhecer a irregularidade.

De tal forma, não é preciso sempre lançar mão da garantia intitulada *juiz natural* para assegurar imparcialidade de um juiz – embora seja um mecanismo bastante bem assimilado às estruturas burocráticas estatais, como afirmado –, mas esta constatação já nos parece suficiente para destituir o juiz natural da posição de elemento inerente e indispensável à imparcialidade. Então, a imparcialidade, por sua vez, é o verdadeiro princípio inerente à

³²⁰ Os arts. 144 e 145 do CPC atual possuem hipóteses além daquelas que o Código anterior previa para a quebra da imparcialidade do magistrado, o que representa um reforço do compromisso com a moralidade no processo. Sobre a relação entre imparcialidade e moralidade, v. Renato Beneduzi, *Comentários ao Código de Processo Civil. Arts. 70 ao 187*, vol. II, coord. Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016, p. 307.

jurisdição, pois ela é intrínseca a qualquer modalidade de resolução de conflito (seja de natureza civil, penal, administrativa, mista, por meios consensuais, estatais ou não etc.)³²¹.

Dessa forma, com respeito aos procedimentos previstos para o incidente de resolução de demandas repetitivas e o julgamento de recursos especiais e extraordinários por amostragem, acredita-se que não haja um problemático desvio de juiz natural com a centralização decisória (e o deslocamento da questão a ser decidida para outro órgão judiciário, diferente daquele originariamente competente). Como dito, a garantia do juiz natural é instrumental. Mas é imprescindível fortalecer outros mecanismos de garantia da imparcialidade nesse âmbito da gestão.

É que as considerações acima a respeito da imparcialidade e da ausência de interesses pessoais interferindo na convicção para o julgamento se ajustam em regra ao paradigma de causas que podemos chamar de “convencionais” (ou não repetitivos), para aludir àqueles processos da “jurisdição convencional” antes já tratada. Mas no âmbito da “jurisdição de massa”, não deverá bastar apenas a falta de interesse pessoal do agente estatal que tenha contato com o processo, porque “a massa de processos” forma um centro autônomo de interesses passível de ser apropriado também por outros “interessados”.

Dada a busca por padronização decisória, quando ela é obtida a partir de decisões originadas de órgãos judiciários de maior hierarquia – como ocorre em geral com as técnicas de gestão –, ainda vale a exigência de impessoalidade, mas também é preciso considerar que o próprio Judiciário possui *interesse* na solução eficiente de uma massa de processos. E também é verdade que, como enunciado precedentemente, uma massa de processos repetitivos também pode se encontrar na esfera patrimonial de um grande litigante habitual, com um interesse também autônomo em sua solução (autônomo com relação ao interesse individualmente considerado em cada processo do qual ele seja parte).

Para ilustrar essa autonomia: um litigante habitual pode ter interesse em encerrar um litígio firmando um acordo porque, de acordo com o seu balanceamento de riscos, aquela causa específica representa um processo cujo resultado adjudicatório seja indesejável; por outro lado, no mesmo segmento de litígios, é possível existir uma massa de

³²¹ Neste ponto, a propósito, ousamos discordar da Professora Ada Pellegrini Grinover, segundo quem “o princípio do juiz natural” seria “erigido em núcleo essencial do exercício da função jurisdicional” ou “sua qualificação substancial” (Ada Pellegrini Grinover, *O Processo – III Série: Estudos e pareceres de processo penal*, Brasília, Gazeta Jurídica, 2013, p. 36), já que a imparcialidade ocupa melhor posição principiológica no conceito de jurisdição.

processos em que ao litigante habitual interessa a definição de uma tese que lhe antecipe de maneira global vantagens jurídicas, do ponto de vista estratégico ou comercial.

Por sua vez, da perspectiva do Judiciário, cada tribunal é um ente público dotado de autonomia financeira e administrativa, que depende para o seu bom desempenho de uma adequada alocação de recursos dentro do “processo produtivo” que ele oferece aos jurisdicionados, cujo “produto” é tanto a tutela jurisdicional final, quanto o caminho predisposto até ele³²².

Portanto, a resolução de uma massa de processos de forma mais eficiente – o que, sem a gestão, só seria alcançado em cada processo, tomado um a um – não pode ser tratada como um dado indiferente aos tribunais, pois interfere no seu desempenho frente à escassez de recursos financeiros e humanos³²³. Assim, deve ser colocada em dúvida a legitimidade e a eficiência de instrumentos de gestão que não sejam elaborados e programados de acordo com realidades locais, regionais ou, então, nacionais, pois colocam-se acima do federalismo e desconsideram a capacidade de cada tribunal de gerir o seu acervo de processos³²⁴. O respeito à capacidade de cada tribunal é uma agenda reivindicada com

³²² Na linha de que o processo também se insere no conteúdo da tutela jurisdicional: Flávio Luiz Yarshell, *Tutela jurisdicional*, 2ª ed., São Paulo, DPJ, 2006, pp. 27-32.

³²³ Provocando também a perspectiva de que a utilização do processo pelo Judiciário envolve, além de garantias constitucionais, a gestão de interesses estatais, Ricardo Fioreze acentua: “Como organização integrante da Administração Pública, o Poder Judiciário e todos os órgãos que o compõem também são ambientes propícios ao exercício da gestão pública (...). Entre os recursos disponíveis, o principal deles – e para o qual convergem os demais, em especial os recursos humanos, por meio das atividades deles resultantes – é o processo, meio do qual se vale o Estado para empreender a atividade jurisdicional, que consiste em uma série de atos interligados e coordenados com o objetivo de prestar a tutela jurisdicional justa, cuja exteriorização, por sua vez, se faz por meio do procedimento. O processo, seja por uma perspectiva estática, como método, seja por uma perspectiva dinâmica, como sucessão de atos, também deve ser alvo de gestão. Aliás, na concepção de processo organizacional ou processo de trabalho, o processo (judicial) pode ser visualizado como entrada (insumo) – pois corresponde a um método, uma disciplina procedimental –, transformação (execução de atividades) – os vários atos praticados no curso do procedimento transformam entradas em saídas – e saída (produto ou serviço) – vários atos que compõem o procedimento representam resultados das transformações, como, por exemplo, a sentença, que, em apertada síntese, é o produto de certificação do direito que resulta da transformação, por meio de atividade intelectual do juiz, das alegações formuladas pelas partes” (*Gestão processual – mecanismo de efetividade e celeridade da atividade jurisdicional cit.*, pp. 262-263).

³²⁴ Exemplo de uma descoordenação que pode se aparelhar em tema de gestão é a hipótese em que o processamento do incidente de resolução de demandas repetitivas seja impedido pela existência de recurso extraordinário ou recurso especial repetitivo, de acordo com o §4º do art. 976 do CPC: “É incabível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva”.

mais força apenas pelas Cortes Superiores³²⁵, deixando os órgãos judiciais de base exclusivamente com mecanismos transversos de tratamento de seu acervo³²⁶.

Essa ideia fora defendida por Rainer Sprung, em texto publicado no Brasil em 1980, no qual expressou que “O pensamento econômico exige também um processamento rápido. Processos vagarosos paralisam a economia porque o processo detém valores aguardados e já tidos em conta ou transforma capital considerado para investimentos, em reserva para exigências incertas (= desfecho de processos). O comércio está, portanto, especialmente interessado num processamento rápido, pelo que deve ser impedido que o culpado consiga, através duma simples contestação, em processo, um adiamento barato. Não menos interessada num processamento rápido, está, por fim, a própria Administração do Estado. O aparelho da Justiça teria ou de aceitar dimensões grotescas ou cair em paralisação”³²⁷.

Sendo assim, é preciso atribuir nova dimensão ao princípio da imparcialidade, resgatando a pergunta sobre quais mecanismos podem assegurá-la no âmbito da gestão de processos judiciais, desde que sabido a quem esses instrumentos de gestão efetivamente interessam.

Mesmo sem sugerir a ideia de um centro autônomo de interesses surgido de uma massa de processos, que pode ser apropriado pelo próprio Poder Judiciário na medida em que interfere na sua eficiência, Heitor Sica assim ressaltou em estudo sobre o congestionamento do Judiciário: “quando eclodem macrolitígios particularmente relevantes – que geram enxurradas de demandas individuais, como por exemplo aquelas decorrentes dos expurgos inflacionários nas contas-poupança e nos depósitos de FGTS ou aquelas movidas para questionar a cobrança de taxa básica de assinatura de telefonia fixa – o sistema judiciário tende, de fato, a operar em ritmo ainda mais incompatível com suas capacidades, com prejuízo à solução de todos os litígios que lhe são submetidos” e concluiu que alguns

³²⁵ Para exemplificar, o Ministro do STF Luis Roberto Barroso defende que ao STF seja reservada quantidade de causas cujo tema seja relevante, mas sempre “dentro de sua capacidade para julgá-las”: *Barroso defende redução de 80 mil para 500 processos novos por ano no Supremo*, disponível em <http://oglobo.globo.com/brasil/barroso-defende-reducao-de-80-mil-para-500-processos-novos-por-ano-no-supremo-19842199>, acesso em 10/1/2017.

³²⁶ Mecanismos transversos são aqueles que se realizam notoriamente *contra legem* e que respeitam a uma ordem de eficiência, ou mesmo se sujeitam a uma situação de ineficiência estatal. Uma ilustração é o caso dos juízos da Comarca da Capital de São Paulo – a qual, tão só pelo tamanho, já possui grande expressão no Judiciário nacional – em que se observa que rotineiramente é desprezada a regra do art. 334 do CPC, que determina a designação de audiência de conciliação ou de mediação, ao fundamento de que os fóruns não possuem aparato necessário para que ela seja realizada em setor próprio no tempo adequado.

³²⁷ *Os fundamentos do direito processual civil austríaco cit., loc. cit.*

“instrumentos de gerenciamento de processos repetitivos estão mais preocupados em resolver o problema do Poder Judiciário, assoberbado com um elevado número de processos similares, do que com a solução do macrolitígio”³²⁸.

Nesse contexto, não abandonamos a consciência de que a massa de processos atrai o zelo e o entusiasmo de muitos magistrados comprometidos com a justa solução do macrolitígio. Mas não se pode desprezar, ao mesmo tempo, que a massa também constrói aquele centro autônomo de interesses responsável por envolver os tribunais e outros agentes como *partes* dos mecanismos de gestão.

O vocábulo *partes* é agora utilizado de forma mais substancial do que formal, sendo evidente que o Judiciário não se apresenta como parte de uma controvérsia repetitiva tampouco é representado por advogado, nem defende “parcialmente” a posição de um dos lados do litígio (assim se espera). Certamente o Judiciário não é um litigante. Mas se o Estado-juiz é sujeito passivo da posição de vantagem que emerge do direito de ação, ele é *parte* nessa relação jurídica que, em estado de massificação, desafia o exercício de sua função em sintonia com o compromisso de acesso à ordem jurídica justa.

Os tribunais e os litigantes habituais certamente não são os únicos com interesses atraídos por esse estado de massificação de processos. Há também o interesse de advogados que são seduzidos por uma economia de escala que existe precisamente na repetitividade, podendo repercutir em vantajosos honorários na medida em que os processos judiciais repetitivos sejam julgados com mais rapidez³²⁹. Mas o problema da imparcialidade

³²⁸ Heitor Vitor Mendonça Sica, *Congestionamento viário e congestionamento judiciário cit., loc. cit.* Vale acrescentar também outro trecho do mesmo artigo, em que o autor declara ser preocupante a falta de apreensão sobre as dimensões diversas entre as técnicas de funcionamento interno do processo e as interações entre a massa de processos: “A exemplo dos engenheiros mecânicos, os estudiosos do processo civil também são responsáveis pela criação e aperfeiçoamento das mais sofisticadas técnicas de funcionamento interno do processo (seja individual, seja coletivo), às quais se dedica a maior parte do tempo da cadeira de direito processual civil no curso de bacharelado. Contudo, ainda se acha num plano nitidamente secundário a análise do sistema judiciário como um todo, fruto das interações entre a massa de processos que nele tramitam. A rigor, embora confiadas ao mesmo ramo do conhecimento – a ciência processual civil – as duas perspectivas de análise são sensivelmente diferentes entre si. E a falta de consciência para tal fenômeno pode trazer consequências indesejáveis como, notadamente, a injusta e genérica demonização do formalismo processual – consubstanciado em complexas técnicas de funcionamento do mecanismo processual impostas legitimamente em homenagem a valores constitucionais – como uma das causas para o mau funcionamento do sistema. Que sempre haverá a necessidade de aprimoramentos quanto à técnica de funcionamento interno do mecanismo processual, especialmente para escoimá-lo de exacerbações formalistas, não há dúvida. Contudo, tais evoluções hão de caminhar, em grande medida, de maneira independente em relação ao progresso dos mecanismos destinados ao gerenciamento do funcionamento do sistema judiciário como um todo”.

³²⁹ Ruy Zoch Rodrigues fez o alerta: “Outro fator da realidade contemporânea que pressiona no sentido da veiculação atomizada das demandas que poderiam ser objeto de ações coletivas tem natureza econômica e remete ao mercado da advocacia. Muitos escritórios se organizam como empresas para tratar justamente de temas massificados, construindo verdadeiras linhas de montagem que seguem a lógica do ganho da escala. O mesmo produto é replicado com alto grau de automatização e, assim, o volume dilui os custos e maximiza os

não se coloca frente à participação dos advogados, pois eles são sujeitos genuinamente parciais.

Por outro lado, caminho possível, em tese, de realização da imparcialidade no âmbito de gestão de processos seria mediante o reforço do elemento *confiança*, sem se dispensar, naturalmente, a exigência de isenção subjetiva de cada um dos magistrados com as partes e a causa. Deve-se agregar ao Judiciário a imparcialidade que decorre da confiança, objetivo principal da declaração de desimpedimento dos árbitros de uma arbitragem. Para o reforço da *confiança*, o Judiciário brasileiro tem muito a melhorar, pois foi identificado em pesquisa datada de 2013, em “declaração espontânea sobre o quanto os entrevistados confiam no Poder Judiciário, o percentual de confiança chegou a 34%”, que “diminuiu se comparado ao segundo semestre de 2012, passando de 39% para 34%”³³⁰.

Contudo, se a gestão dos processos repetitivos se tornou um discurso para vencer esse grau de desconfiança – na medida em que tende a produzir ao menos isonomia em sentido material e, por consequência, segurança jurídica –, é preciso admitir que a confiança é antes um resultado da gestão de processos e não um instrumento dela e torna-se um caminho muito frágil para assegurar a imparcialidade frente à litigiosidade repetitiva.

Assim, e se de acordo com o discurso dominante, as controvérsias repetitivas mal geridas frustram o objetivo da jurisdição de pacificação social (com a solução e a prevenção de litígios), não se pode apartar os tribunais do interesse na gestão eficiente dos processos.

Com essa concepção, o princípio da imparcialidade torna-se potencialmente abalado, quando se admite que a confiança é o ponto de chegada das técnicas de gestão e não o seu ponto de partida.

lucros. Ainda nesse contexto, em alguns casos os honorários em cada unidade do conjunto são ajustados nos patamares do modelo tradicional da prestação de serviço de advocacia, em percentual sobre o êxito e/ou honorários sucumbenciais. E como os percentuais *tradicionais* (10% a 20%, art. 20, §3º, do CPC) pressupõem o processo individual, com ampla defesa, dedicação do advogado ao longo de muito tempo, trabalhos redobrados na via recursal etc., opera-se uma certa distorção ao transferir tais critérios percentuais para o universo da advocacia de massa, em que o trabalho é racionalizado pela repetição” (*Ações repetitivas cit.*, p. 95).

³³⁰ Relatório Índice de Confiança na Justiça (ICJ) Brasil, Direito GV, 1º semestre de 2013, disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/11220>; pp. 13-14: “Comparando-se a confiabilidade no Poder Judiciário com a confiabilidade nas outras instituições no primeiro semestre e em trimestres anteriores, o Judiciário subiu da oitava para a sexta posição. Dentre as 11 instituições avaliadas, o Judiciário ficou atrás, em ordem decrescente, das Forças Armadas, da Igreja Católica, do Ministério Público, da Imprensa Escrita e das Grandes Empresas. Nesse primeiro semestre de 2013, o Judiciário ultrapassou o Governo Federal e a Polícia, e se manteve à frente das emissoras de TV, do Congresso Nacional e dos partidos políticos (estes sempre na última posição)”.

O abalo ocorre, antes de mais nada, se não for assegurada a transparência quanto aos reais interesses que movem as práticas de gestão de processos (não só, mas inclusive, os interesses estatais), do que resulta que cada vez mais depende-se da publicidade e da exigência de motivação dos atos do Judiciário para que sejam prestadas contas à população dos mecanismos eleitos para a solução de controvérsias repetitivas e sobre a forma pela qual tais mecanismos são aplicados na prática.

Por tudo isso, o abalo à imparcialidade não pode ficar restrito ao âmago subjetivo dos magistrados. A balança da paridade de armas (que é o valor escudado pela imparcialidade, em última análise³³¹) pode ser desequilibrada nos macrolitígios pela interferência de outros interesses que são atraídos pelos centros de gravidade formados pelas controvérsias repetitivas.

Nessa dimensão dos macrolitígios, mesmo a ideia de “imparcialidade”³³² (ou de *terzietà* do juiz, como se traduz na doutrina italiana), não soluciona o choque da gestão com a imparcialidade. Não se verifica a isenção do Judiciário, ou do Estado-juiz, frente ao objetivo de lidar de maneira eficiente com processos que dia após dia o congestionam e sacrificam a confiança que nele deposita a população, independentemente de quem sejam as partes dessas controvérsias.

A “imparcialidade” apenas explicaria o descasamento entre as funções do Estado como julgador e do Estado enquanto parte (quando o litigante é uma pessoa jurídica de direito público). Porém, uma boa parte dos macrolitígios não envolvem o Estado e mesmo assim é formado o centro autônomo de interesses na solução eficiente das disputas, do que decorre que a noção de “imparcialidade” não é suficiente para tornar a posição do Judiciário como “indiferente jurídico” no tratamento daqueles conflitos.

Desse ponto de vista, não é possível afirmar que haja atualmente instrumental para equilibrar os poderes das partes com os poderes do Judiciário em tema de controvérsias repetitivas, ao contrário do que se vislumbrou para os mecanismos de *case management*, por

³³¹ Assim: Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de Direito Processual Civil cit.*, vol. I, p. 220; Renato Beneduzi, *Comentários ao Código de Processo Civil cit.*, pp. 278-279.

³³² Pode-se citar Antonio do Passo Cabral, mais uma vez, que assevera ser a imparcialidade “a condição do Estado-juiz, típico status de um terceiro, não no sentido das intervenções de terceiro, mas significante da figura de um tertium ao qual é atribuída a solução do litígio quando vedada a autotutela, substituída pela justiça estatal (*terzietà* na nomenclatura italiana, que já foi utilizada também no Brasil). O monopólio estatal da jurisdição e a proibição da justiça privada impõem a existência de um sujeito com esta característica, investido da função de julgamento e que seja estranho ao conflito. (...) Dizer, por conseguinte, que o juiz deve ter imparcialidade (*Unbeteiligtheit*), é apontar um divisor de águas que exclua do seu atuar qualquer função que seja típica das partes” (*Imparcialidade e imparcialidade cit., loc. cit.*).

exemplo, que valorizaram a contribuição das partes na condução dos seus processos. Enquanto o poder estiver mais pendente para o lado de uma figura do processo (Estado-juiz), que é legitimamente interessada na solução da massa de processos, haverá desequilíbrio, e pouco controle sobre a sua isenção no tratamento dos macrolitígios.

Demonstrando isso, mais uma vez, o art. 12 do Código de Processo Civil de 2015³³³ possibilita que seja dada prioridade a casos repetitivos em pauta de julgamentos pelos juízes e tribunais do país, o que se justifica apenas na premissa de que há um interesse público no tratamento célere de referidas demandas.

Restaria, então, refletir sobre a existência de mais mecanismos para garantir a imparcialidade na dimensão mais ampla aventada para os macrolitígios, com a consciência de que é indeclinável o papel do Judiciário na solução das demandas repetitivas, ao lado do compromisso constitucional de desempenho eficiente em prazo razoável.

E uma das possibilidades é o fortalecimento do poder de participação de todas as partes, o que se faz, via de regra, por meio do contraditório – que será tratado adiante, no item n. 24 – e também por incentivos tangíveis para a autocomposição em uma dimensão também massificada (em que os poderes de negociação das partes estejam em nível de igualdade entre si³³⁴), respeitado também o seu caráter voluntário.

Como já acenado, o consensualismo é um instrumento de atenuação do poder estatal que pode e deve servir de legítimo contrapeso ao fortalecimento do papel do Judiciário em controvérsias repetitivas. Mas o incentivo às técnicas consensuais só é legítimo

³³³ “Art. 12. Os juízes e os tribunais atenderão, preferencialmente, à ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acórdão. § 1º A lista de processos aptos a julgamento deverá estar permanentemente à disposição para consulta pública em cartório e na rede mundial de computadores. § 2º Estão excluídos da regra do caput: I – as sentenças proferidas em audiência, homologatórias de acordo ou de improcedência liminar do pedido; II – o julgamento de processos em bloco para aplicação de tese jurídica firmada em julgamento de casos repetitivos; III – o julgamento de recursos repetitivos ou de incidente de resolução de demandas repetitivas (...)”.

³³⁴ Autocomposição em uma dimensão massificada é a possibilidade de extinção de inúmeros processos nos denominados “mutirões” (normalmente de conciliação), mas desde que cada parte possua as mesmas condições de compreender a controvérsia, as suas chances de êxito e os custos envolvidos no prosseguimento do processo, o que depende de verdadeira capacitação dos litigantes eventuais frente aos grandes litigantes habituais que são, normalmente, os protagonistas nas ocasiões de mutirões. Ademais, não se pode olvidar da presença de advogados para a efetiva representação dos interesses de ambas as partes. A propósito disso, assevera-se que: “*Contraditório e ampla defesa* nos mecanismos de autocomposição são princípios ainda mais amplos, significam *participação*. Os envolvidos iniciam optando por participar do mecanismo, escolhendo-o especificamente entre todas as possibilidades. (...) todas as pessoas são livres para dispor de seus bens e interesses sem a participação de advogado, podendo, portanto, sem qualquer auxílio profissional, resolver seus conflitos pela autocomposição. Mas quando o Estado promove, coordena ou fiscaliza qualquer mecanismo para a obtenção da autocomposição, é obrigatória a participação de advogado para defender os interesses de cada envolvido” (Petronio Calmon, *Fundamentos da mediação e da conciliação cit.*, pp. 155 e 157).

quando os meios judiciais são equivalentes em eficiência, do que decorre que a possibilidade de composição sobre o direito material, ou mesmo sobre o direito processual (como ocorre nos negócios jurídicos processuais), não pode ser oferecida como um modo de evasão das partes da máquina estatal incapaz de pacificar³³⁵.

23. Independência em parcial choque com a confiança

Não se levanta dúvida acerca da necessidade de assegurar a independência dos magistrados em relação aos Poderes Legislativo e Executivo, pois disto depende a realização dos valores constitucionais republicanos. Mas a independência dos juízes, do ponto de vista hierárquico e jurisdicional³³⁶, ou seja, interno no Poder Judiciário e no que diz respeito ao livre convencimento, há muito vem sendo colocada à prova pois tem o potencial de colidir com a segurança jurídica e, assim, não proporciona a confiança que tanto se almeja do Judiciário.

Assim, se a garantia da independência não pode ser vista como um fim em si mesmo³³⁷, ao menos do ponto de vista interno do Poder Judiciário, é adequado perguntar a que objetivo ela vem servindo? E a resposta não pode ignorar a realidade, hoje tão fortemente enfrentada pelo Código de Processo Civil vigente, da chamada “loteria judiciária”, ou dispersão jurisprudencial³³⁸, que acarreta insegurança jurídica, como resultado da violação

³³⁵ Nesse sentido, Paula Costa e Silva argumenta: “Se a Justiça pública nem é eficiente, nem é acessível, para além da evidente violação de garantias constitucionais, os meios chamados de alternativos acabam por ser meios necessários e inevitáveis, minando-se a respectiva legitimidade com a supressão da liberdade de escolha efetiva. A alternatividade passa a ser termo retórico. No entanto, a sua manutenção no discurso é crucial enquanto salvaguarda formal da constitucionalidade dos novos modelos propostos” (*O acesso ao sistema judicial e os meios alternativos de resolução de controvérsias: alternatividade efetiva e complementariedade*, in “Justiça Multiportas”, coord. Hermes Zaneti Jr. e Trícia Navarro Xavier Cabral, Salvador, Juspodivm, 2016, pp. 773-774).

³³⁶ O que José Frederico Marques chama de “independência jurídica da magistratura”. Segundo ele, “O juiz atua segundo as regras do direito e inspirado em sua convicção. Os tribunais podem modificar, anular, revogar ou substituir os atos que ele praticar, mas não têm poderes para lhe impor *a priori* a orientação a seguir, e tampouco estabelecer sanções para forçá-lo a adotar determinada diretriz ou entendimento” (*Manual de direito processual civil*, vol. I, 10ª ed., São Paulo, Saraiva, 1983, pp. 108-109).

³³⁷ Alexandre de Moraes defende que “a independência judicial constitui um direito fundamental dos cidadãos, inclusive o direito à tutela judicial e o direito ao processo e julgamento por um Tribunal independente e imparcial” (*Direito constitucional cit.*, p. 513).

³³⁸ “Os números, evidentemente, embutem o fato de várias vezes decidir-se, em sentidos muitas vezes diversos, uma mesma questão jurídica, até consolidar-se uma única orientação, somente atingível nos Tribunais Superiores – o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça e, no âmbito trabalhista, o Tribunal Superior do Trabalho. Os juízos de primeiro grau e os tribunais recursais têm se transformado progressivamente em jurisdições de passagem para o julgamento dos tribunais superiores. Em verdade, a sentença de primeiro

à isonomia, na medida em que para situações semelhantes haja possibilidade de soluções desiguais.

Essa perspectiva se firma na medida em que a celeridade e a isonomia substancial consolidam-se cada vez mais na cláusula do devido processo legal, exigindo que técnicas de julgamento célere e uniforme sejam implementadas para que o processo não consuma tempo e recursos unicamente para corrigir desigualdades. A independência não pode mais ser uma garantia dos magistrados que, a respeito de questões repetitivas, transforme-se em ônus para as partes porque isso promove uma distorção; esse ônus é gerado em razão da necessidade de, muitas vezes, interpor recursos e aguardar a sua solução por muito tempo, em condições despropositadas frente aos escopos da jurisdição.

O processo não serve, prioritariamente, a assegurar a independência, porque do contrário nem o sistema recursal se legitimaria, já que o seu pressuposto é a possibilidade de o convencimento do magistrado prolator da decisão de grau inferior ser suplantado por decisão de órgão jurisdicional superior. O processo serve a assegurar tutela jurisdicional segundo o devido processo legal e se, no contexto de demandas repetitivas, entende-se que o justo processo se realiza com a garantia da isonomia substancial, não pode a independência por si ser um óbice de caráter amplo que obste os escopos da jurisdição de pacificação com justiça.

Então, sem embargo das demais prerrogativas dos magistrados, identifica-se que a garantia da independência, exclusivamente deste ponto de vista, também não vem servindo ao escopo desejado de conferir ao Judiciário coerência e confiança (escopo político). Com este ponto de vista, a doutrina já propõe uma leitura da garantia da independência ditada pela necessidade de submissão hierárquica dos órgãos inferiores às decisões dos tribunais superiores³³⁹.

grau tem assumido características de decisão intermediária, algo como que um despacho saneador qualificado, necessário apenas para ensejar a apelação. E o julgamento desta, por sua vez, vem se interlocutorizando como mero requisito de acesso aos recursos extraordinário e especial - com todos os males daí decorrentes, a começar pelo açambarcamento dos tribunais superiores, passando pela imensa produção de recursos intermediários, agravados ante a ansiedade da 'provisoriamente satisfativa' e da inserção de teses *ad cautelam* com vistas ao prequestionamento" (Sidnei Agostinho Beneti, *Doutrina de precedentes e organização judiciária*, Revista de Direito Administrativo, n. 246, set./dez. 2007, pp. 318-340, notadamente p. 331).

³³⁹ Lenio Luiz Streck, *O direito de obter respostas constitucionalmente adequadas em tempos de crise do direito: a necessária concretização dos direitos humanos*, *Hendu* 1(1), jul./2010, pp. 104-105, disponível em periodicos.ufpa.br/index.php/hendu/article/viewFile/374/601; acesso em 24/8/2016; Luiz Guilherme Marinoni, *Precedentes obrigatórios cit.*, pp. 202-208; Eduardo Cambi e Alencar Frederico Margraf, *Casuísmos judiciais e precedentes judiciais*, Revista de Processo, vol. 248/2015, out./2015, pp. 311-330, DTR\2015\15872; Eduardo Cambi e Renê Francisco Hellman, *Jurisprudência – a independência do juiz ante os precedentes judiciais como obstáculo à igualdade e a segurança jurídicas*, Revista de Processo, vol.

Assim, notadamente Christine Rothmayt Allison, na perspectiva dos instrumentos gerenciais na administração da justiça, acentua que “la légitimité et la crédibilité de la justice ne dependent pas seulement de son indépendance et de son impartialité, mais aussi de sa capacité à répondre à la demande en termos de nombre de cas et litiges. Les instruments de gestion couramment utilisés dans l’administration publique peuvent aider à répondre au défi du nombre croissant de cas et aux délais de traitement trop importants”³⁴⁰.

Segundo o pensamento de Norberto Bobbio³⁴¹, a coerência legitima o ordenamento jurídico como sistema justo, o que provoca a reflexão de que também ela é um interesse estatal, a ser realizada em função dos escopos jurídico e político da jurisdição. Enquanto a independência – do ponto de vista interno, jurisdicional e hierárquico – colidir com a coerência do ordenamento jurídico, não há como defendê-la a qualquer custo no contexto das controvérsias repetitivas.

Então, a gestão dos processos judiciais pode e deve começar desde os graus hierárquicos inferiores e ela acontece quando cada magistrado se propõe a integrar um ordenamento que aspira coerência. No sentido de que se trata de um mecanismo de gestão de processos enxergar a independência judicial do ponto de vista aqui enfrentado, ou seja, interno, hierárquico e exclusivamente jurisdicional, já se afirmou em doutrina que, no sistema norte-americano, “a independência do magistrado significa que as decisões judiciais têm que ser balanceadas com a confiabilidade em termos de se buscar os objetivos organizacionais internos do Judiciário. O juiz deve priorizar a resolução tempestiva dos processos fazendo prudente uso dos recursos públicos e atingindo os objetivos sem atrasos indevidos. (...) Contanto existam variações entre Tribunais e juízes quanto ao alcance desse ideal, isso tem sido adotado como a mais desejável interpretação da independência judicial e do funcionamento do Judiciário. No Brasil, a dinâmica da independência judicial desenvolveu-se de maneira completamente diferente”³⁴².

231/2014, pp. 349-363, mai./2014, DTR\2014\1796; Flávio Luiz Yarshell, *Curso de direito processual civil cit.*, p. 95.

³⁴⁰ *Le droit et l’administration de la justice face aux instruments managériaux cit.*, pp. 282-283.

³⁴¹ “A coerência não é condição de validade, mas é sempre condição para a justiça do ordenamento. (...) Onde existem duas normas antinômicas, ambas válidas, e portanto ambas aplicáveis, o ordenamento jurídico não consegue garantir nem a certeza, entendida como possibilidade, por parte do cidadão, de prever com exatidão as conseqüências jurídicas da própria conduta, nem a justiça, entendida como o igual tratamento das pessoas que pertencem à mesma categoria” (Norberto Bobbio, *Teoria do ordenamento jurídico*, 10ª ed., Brasília, Editora UNB, 1999, p. 113).

³⁴² “Colocando em perspectiva o conceito de independência, deve-se distinguir entre independência em julgar, que proscree interferências à imparcialidade do magistrado, e independência em administrar, que exige que

Essa distinção deve-se ao fato de que a garantia da independência da magistratura surgiu como reação a dois regimes de governos ditatoriais (Estado novo e período militar), reação esta que não se deve mesmo suprimir. Na relação entre Judiciário e os demais Poderes, não se vislumbra fundamento para que a independência seja diminuída ou revista, notadamente no alcance deste trabalho de estudo das massas de processos formada por controvérsias repetitivas.

A advertência se aproxima da posição do jurista norte-americano Frank Emmert no sentido de que “judges can hardly be too independent, if independence is properly understood as freedom from outside interference with the administration of justice”³⁴³; que significa não poder a independência superar a própria razão de ser do poder jurisdicional, que é a administração da justiça. Goodhart também enaltece que “The growth of case law involves the gradual elimination of that judicial liberty to which it owes its origin. In any system in which precedents are authoritative the Courts are engaged in forging fetters for their own feet”³⁴⁴.

As hesitações jurisprudenciais, sobre dada questão de direito ou de fato, contribuem para o Judiciário se afastar dos escopos da jurisdição. A cientista política Maria Tereza Sadek apresenta que, como justificativa desse cenário, encontra-se “a estrutura monocrática do Judiciário brasileiro – uma hierarquia na qual as relações de mando e obediência são constrangidas pela garantia de independência de cada juiz. Este tipo de organização estimula a diversidade de decisões, quer entre juízes, quer entre tribunais”³⁴⁵.

determinadas convenções e regras sejam obedecidas caso se queira alcançar objetivos institucionais. Um profícuo sistema de gestão processual, embora possa demandar certo sacrifício na independência administrativa, de nenhuma forma será capaz de interferir na autonomia do juiz em proferir decisões. Os magistrados devem responsabilizar-se pelos resultados que propiciam aos cidadãos e, para isso, a independência judicial, antes de servir como entrave ou como fim em si mesma, deve figurar como meio que assegura ao Judiciário atender essa finalidade” (Carlos Henrique Borlido Haddad, *As causas da morosidade processual*, Revista de Processo, vol. 229/2014, pp. 455-469, mar./2014, DTR\2014\701). Com crítica severa a esse ponto de vista, Dierle Nunes aponta que existe uma “defesa dessa ‘pseudo-igualdade’ para aumentar a eficiência (quantitativa), para fomentar uma previsibilidade pelo engessamento dos posicionamentos (em face do modo superficial que o sistema brasileiro impõe a aplicação do direito aos juízes), para favorecer uma concepção hierárquica (e não funcional da divisão das competências do Poder judiciário – com quebra da independência interna) e desestimular o acesso à justiça (que é fruto de uma luta histórica e se tornou um problema funcional, pela ausência de uma efetiva reforma do judiciário e de um aparato adequado)” (*Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva. A litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória*, Revista de Processo, vol. 199/2011, pp. 41-83, set./2011, DTR\2015\11096).

³⁴³ *Stare Decisis – A universally misunderstood idea?*, maio de 2012, disponível em <http://ssrn.com/abstract=2052660> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2052660>; acesso em 30/5/2014, p. 9.

³⁴⁴ Arthur Goodhart, *Precedent in English and Continental Law*, Law Quarterly Review, vol. 50, 1934, p. 61.

³⁴⁵ *Judiciário: mudanças e reformas*, in Estudos avançados (online), 2004, vol. 18, n. 51, p. 82, disponível em <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142004000200005>; acesso em 9/4/2014.

Mas em um sistema coeso, os conflitos de interesses se ajustem extrajudicialmente cada vez mais sem a intervenção judicial (em razão da previsibilidade que resulta da coerência e o incentivo a soluções autocompositivas) e os processos judiciais também podem ser um dado mais previsível de riscos e chances de sucesso para que os litigantes também procurem com mais frequência métodos de resolução dos conflitos, alternativamente à adjudicação estatal. Então, em controvérsias repetitivas, a coesão é um instrumento de gestão mais do que a independência, razão pela qual esta última não pode mais ser uma garantia em si mesma.

24. Contraditório

Dentre os preceitos fundamentais do processo, o contraditório encontra-se presente porque legitima o exercício do poder jurisdicional, assim como a participação do povo legitima qualquer ato de poder no regime democrático vigente³⁴⁶. É a participação que justifica politicamente a escolha pela dispensa de liberdades (como a autotutela) de forma que a vontade de um terceiro (juiz) sobreponha-se à das partes. Para os que aderem ao pensamento de Elio Fazzalari, o contraditório faz parte da definição do processo³⁴⁷, na medida em que aquele é um instrumento para o qual convergem posições antagônicas a fim de que o resultado do último seja aceitável do ponto de vista social e político³⁴⁸.

Essa aceitação social e política de que a participação legitima o poder também liga-se ao princípio da isonomia, conforme antes se aludiu, o que completa a tríade dos escopos da jurisdição em tema de contraditório. Afinal, é a paridade de armas que equilibra a participação das partes e afasta distorções no acesso à justiça, sob pena de o acesso tornar-se nocivo ao objetivo de solução das controvérsias conforme determina o ordenamento (escopo jurídico).

³⁴⁶ Flávio Luiz Yarshell, *Curso de direito processual civil cit.*, 103; Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil cit.*, vol. I, nn. 84 e 85, pp. 234-235.

³⁴⁷ Apresentando a ideia de que o processo é o procedimento realizado em contraditório: Elio Fazzalari, *Istituzioni di diritto processuale*, 8ª ed., Padova, Cedam, 1996, p. 87.

³⁴⁸ José Roberto dos Santos Bedaque, *Efetividade do processo e técnica processual cit.*, nn. 19-20, pp. 483-487; dentre outros na doutrina brasileira que acolhem o pensamento de Fazzalari.

O que tradicionalmente se resumia ao binômio *informação-reação* transformou-se no trinômio *informação-reação-participação*³⁴⁹, com a adição necessária, à noção de contraditório, da exigência de diálogo entre partes e juiz para que, na comunidade de trabalho formada entre os sujeitos do processo, haja para as partes efetivas condições de influenciar o julgador na tomada de decisão. Não se pode recusar a premissa de que a efetiva participação sempre foi compatível com o contraditório (o que é inerente ao fato de que a participação legitima o exercício do poder), mesmo antes de se cogitar em doutrina da aderência a um sistema “cooperativo”³⁵⁰, como um terceiro modelo em contraposição aos sistemas inquisitivo e adversarial.

Se novidade existe, ela reside nas exigências expressas de respeito ao contraditório pelo juiz, sob a ótica da participação (arts. 9º e 10³⁵¹ do Código de Processo Civil), e com a cominação de nulidades às decisões que desobedeçam àquele postulado. É o que se extrai, por exemplo, do art. 489, §1º, inciso IV³⁵², do mesmo diploma. São novos mecanismos para o ajuste da simetria das posições dos sujeitos no processo; um processo com contraditório comprometido tende a ser assimétrico³⁵³; e um processo simétrico só é efetivamente assegurado se houver mecanismos de controle da participação das partes.

³⁴⁹ Do ponto de vista do trinômio atual e com amplas referências bibliográficas: Gustavo Pacífico, *O contraditório e o efetivo diálogo no processo civil atual*, Dissertação de Mestrado apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, pp. 43-48.

³⁵⁰ Sobre o modelo cooperativo, Fredie Didier Jr. indica que ele “caracteriza-se pelo redimensionamento do princípio do contraditório, com a inclusão do órgão jurisdicional no rol dos sujeitos do diálogo processual, e não mais como um mero espectador do duelo das partes. O contraditório volta a ser valorizado como instrumento indispensável ao aprimoramento da decisão judicial, e não apenas como uma regra formal que deveria ser observada para que a decisão fosse válida. A condução do processo deixa de ser determinada pela vontade das partes (marca do processo liberal dispositivo). Também não se pode afirmar que há uma condução inquisitorial do processo pelo órgão jurisdicional, em posição assimétrica em relação às partes. Busca-se uma condução cooperativa do processo, sem destaques a algum dos sujeitos processuais” (*Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo*, Revista de Processo, vol. 198/2011, ago./2011, pp. 213-226, DTR\2011\2319).

³⁵¹ “Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida. Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica: I – à tutela provisória de urgência; II – às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III; III – à decisão prevista no art. 701. Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

³⁵² “§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador (...)”.

³⁵³ Daniel Mitidiero, *Colaboração no processo civil cit.*, p. 113: “O processo assimétrico conta para sua configuração com uma radical separação entre o indivíduo, a sociedade civil e o Estado, o que reflete diretamente na relação entretida entre o indivíduo e o poder político, que passa a ser absolutamente assimétrica (o Estado vai compreendido como um sujeito que se encontra acima de seu povo). O Estado apropria-se do direito, sendo seu o direito a aplicar no processo, tarefa de que se desincumbe utilizando-se de uma

Assim, a ênfase à participação não significa um novo conteúdo para o contraditório, mas sim um melhor ajuste das normas legais sobre os deveres do juiz com as escolhas ideológicas ligadas à democracia.

José Carlos Barbosa Moreira já admitira a ideia de que a participação no processo, isto é, o contraditório, pode e deve ser sempre pensada, diante das modificações do mundo contemporâneo: “há e continuará a haver espaço – provavelmente enquanto durar a história da humanidade – para aprofundar o exame das formas e da medida em que participam da atividade processual as pessoas mesmas sem as quais nem sequer se concebe a existência de um feito: o juiz e as partes”³⁵⁴. Mas isso não significa que as novas exigências sobre deveres do juiz quanto ao contraditório o coloquem em posição assimétrica com relação às partes. O que ocorreu foi uma equalização do conteúdo normativo, vez que antes do Código de 2015, a lei vigente resultava, na prática, em desequilíbrio em desfavor das partes, frente ao Estado-juiz.

Sobre a necessidade de simetria nas relações entre os sujeitos processuais, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira já defendia no início da vigência da Constituição de 1988 uma “equitativa distribuição dos respectivos poderes, faculdades e deveres, de modo a haver efetiva correspondência e equivalência entre as posições contrapostas. Por outro lado, tal estrutura, necessariamente dialética, deve condizer com a dinâmica dialética do processo: a simetria, mútua implicação e substancial paridade das posições subjetivas traduz-se, para cada um dos participantes, na possibilidade de intervir de forma não episódica e, sobretudo, de exercer um conjunto de controles, reações e escolhas, bem como a necessidade de se submeter aos controles e reações alheias”³⁵⁵, ideias que também se ajustam à posição do juiz na relação jurídica processual. Já nas palavras de Calamandrei, lembradas por Alvaro de Oliveira, o processo é “uma luta de persuasões e uma de disputa argumentativa”.

Deste ponto de vista, a capacidade de influência das partes sobre a convicção do julgador deve tocar tanto ao desfecho do processo (que, na melhor das hipóteses, definirá a solução para o mérito, ou o objeto do processo), quanto às posições na relação jurídica

racionalidade teórica, visando tornar segura e certa, tanto quanto possível, a realização do direito posto. O contraditório passa a ser encarado como mera bilateralidade da instância”. A respeito da concepção dinâmica do princípio da igualdade que potencializa a simetria entre os sujeitos processuais em contraditório, diferentemente da singeleza da igualdade em sentido estático: Rafael Sirangelo de Abreu, *Igualdade e processo cit.*, pp. 75 e 78-79.

³⁵⁴ Sobre a “participação” do juiz no processo civil, “Participação e processo”, coord. Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1988, p. 381.

³⁵⁵ *O juiz e o princípio do contraditório*, Revista de Processo, vol. 71/1993, jul.-set./1993, pp. 31-38, DTR\1993\334.

processual, e ao procedimento. Por isso, fala-se em processo participativo – isto é, que respeita o contraditório – não só quando as partes possuem o acesso à informação e estejam munidas das possibilidades de reação, mas também quando elas tenham verdadeiras condições de influir na técnica processual ou no procedimento³⁵⁶. Por exemplo: quando efetivamente dialogam com o juiz a respeito do alcance da atividade instrutória (objeto da prova), sobre os ônus de prova que podem recair sobre cada uma, ou quando anuem por negócio jurídico que dispensam, quando estiverem em juízo, a realização de audiência de conciliação e mediação prevista no art. 334 do CPC vigente.

Assim, para quem defende a flexibilidade procedimental como uma realidade aderente ao devido processo legal, o contraditório útil é inafastável: “o juiz participa em contraditório no processo pelo diálogo com as partes, sendo seu dever convidá-las ao debate quando pretenda inovar no processo, quando pretenda tomar alguma providência fora do padrão legal ou quando vá adotar oficiosamente solução até então não vislumbrada pelos litigantes ou expressada na lei. Dentro destas coordenadas, o princípio do contraditório não se esgota na ciência bilateral dos atos do processo e na possibilidade de influir nas decisões judiciais, mas faz também depender da participação das partes a própria formação dos procedimentos e dos provimentos judiciais”³⁵⁷.

A possibilidade de influir sobre o curso e o resultado do processo, quando pensada para a gestão dos processos repetitivos, tem o potencial de ser diminuída. Não só porque o consensualismo é bastante reduzido nos instrumentos de gestão, o que, ao menos desse ponto de vista, comprometeria a *participação* na flexibilização do procedimento, como *supra* exemplificado. Mas também porque os canais de *reação* das partes ganham uma dimensão diferenciada e mais sofisticada, a serem exercidos com o argumento da repetitividade que, a depender de sua posição material face ao macrolitígio, determinam uma vantagem ou uma desvantagem substancial que se incorpora à controvérsia, pelo simples fato da repetitividade.

³⁵⁶ Com essa perspectiva, Gustavo Gonçalves Gomes acentua: “A possibilidade de adaptação e de flexibilização dos procedimentos, pelos magistrados, aos casos concretos não representam perigo às garantias fundamentais, uma vez que toda e qualquer situação técnica em que for cabível e necessária a intervenção dos magistrados, com a adoção do melhor procedimento (técnica), deve ser acompanhada de medidas garantidoras dos princípios fundamentais, tal como o contraditório, a ampla defesa, a isonomia e o devido processo legal” (*Juiz participativo – meio democrático de condução do processo*, São Paulo, Saraiva, 2014, p. 136).

³⁵⁷ Fernando da Fonseca Gajardoni, *Os princípios da adequação e da adaptabilidade (flexibilidade) procedimental na teoria geral do processo cit.*, p. 319.

A afirmação explica-se da seguinte forma: a partir do momento em que é formado um centro autônomo de interesses em virtude da repetitividade (conforme itens n. 16 e 22), dele emergem interesses do Judiciário, como já se defendeu neste trabalho anteriormente, mas também de cada uma das partes do macrolitígio, que adquirem vantagens ou desvantagens em suas posições jurídicas substanciais em virtude daquela repetição. Isso quer dizer, como ilustração, que um consumidor, colocado ao lado de milhares de outros consumidores, em disputa com um fornecedor de produto ou serviço que tenha adotado prática abusiva, ostenta uma vantagem ao se contrapor à conduta abusiva reportando ao Judiciário que a abusividade é massiva; a necessidade de reparação do comportamento reiteradamente em desacordo com o direito tende a fortalecer a posição dos consumidores em um macrolitígio.

Por outro lado, pode ocorrer também de uma situação de “fragilidade” ser invocada pelo grande litigante enquanto parte do macrolitígio; e, assim, a repetitividade é um elemento que pode trabalhar em favor do grande litigante na relação jurídica substancial mantida com a outra parte³⁵⁸. O primeiro exemplo é o mais remoto parâmetro de repetitividade, que tem origem no efeito multiplicador, já referido neste trabalho (item n. 15), e que justifica mecanismos processuais exclusivos de proteção ao erário e a outros interesses públicos, evitando que uma decisão desfavorável ao Poder Público seja implementada antes do trânsito em julgado.

Outro exemplo se extrai de situações em que os tribunais superiores estabelecem que determinada conduta, mesmo que inaceitável juridicamente, pode ser tolerada por um determinado período de tempo até que as relações jurídicas se ajustem a ponto de elas incorporarem o comportamento correto, atual e esperado pelo direito.

Assim, tradicionalmente, a tolerância de comportamentos inaceitáveis já ocorria em sede de controle concentrado de constitucionalidade de atos normativos, da competência do Supremo Tribunal Federal (Lei nº 9.868/99, art. 27³⁵⁹). Agora, de acordo com o atual Código de Processo Civil (art. 927, §§ 3º e 4º³⁶⁰), ela se coloca também em sede

³⁵⁸ Também aludindo a essa preocupação, mais uma vez recorre-se ao texto de Susana Henriques da Costa, *STF e os filtros de acesso à Justiça: gestão processual ou vantagem ao grande litigante?*, conforme nota de rodapé n. 156.

³⁵⁹ “Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

³⁶⁰ “§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da

de julgamento de casos repetitivos, socorrendo interesse social que justifique a modulação, com a necessidade de preservação da segurança jurídica, da confiança e da isonomia.

Nessas situações, portanto, embora possam existir valores outros a legitimar a modulação dos efeitos da decisão de tribunal superior³⁶¹, é importante considerar que a modulação oriunda de instrumentos de gestão de processos – ou seja, de resolução de uma massa de controvérsias repetitivas por mecanismos de agregação – não garante que as armas das partes estejam equilibradas. As forças individuais da relação jurídica material cedem frente ao que o macrolitígio é capaz de proporcionar às partes como decorrência natural da repetitividade, criando situações de desequilíbrio.

Sob outro ponto de vista, e retomando a ideia de que o contraditório se apresenta atualmente como um trinômio (*informação-reação-participação*), torna-se ele dependente da simetria no desenho de poderes, deveres, faculdades e ônus dos sujeitos processuais. E essa simetria também deve ser vista de maneira triangular, assim como o contraditório hoje se realiza não só pela possibilidade de reação das partes em face delas mesmas, mas também pelo diálogo entre as partes e o juiz.

Em muitas das escolhas para o enfrentamento das controvérsias repetitivas, porém, aquela simetria não está assegurada, o que aponta para um desequilíbrio entre as posições das partes, entre si, comprometendo a paridade de armas (o que já foi aventado quando tratadas as vantagens dos grandes litigantes no sistema judicial), e também para um desequilíbrio entre as posições das partes e o poder jurisdicional (isto é, entre os poderes, deveres, faculdades e ônus das partes, de um lado, e os poderes do Judiciário, de outro).

alteração no interesse social e no da segurança jurídica. § 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia”.

³⁶¹ Apenas a título de exemplo, colhe-se de uma das diversas decisões do Supremo Tribunal Federal em que se tolerou a aplicação de norma declarada infraconstitucional, por um determinado período de tempo, que há fundamento constitucional para a modulação: “A modulação temporal das decisões em controle judicial de constitucionalidade decorre diretamente da Carta de 1988 ao consubstanciar instrumento voltado à acomodação otimizada entre o princípio da nulidade das leis inconstitucionais e outros valores constitucionais relevantes, notadamente a segurança jurídica e a proteção da confiança legítima, além de encontrar lastro também no plano infraconstitucional (Lei nº 9.868/99, art. 27). Precedentes do STF: ADI nº 2.240; ADI nº 2.501; ADI nº 2.904; ADI nº 2.907; ADI nº 3.022; ADI nº 3.315; ADI nº 3.316; ADI nº 3.430; ADI nº 3.458; ADI nº 3.489; ADI nº 3.660; ADI nº 3.682; ADI nº 3.689; ADI nº 3.819; ADI nº 4.001; ADI nº 4.009; ADI nº 4.029. In casu, a concessão de efeitos retroativos à decisão do STF implicaria o dever de devolução por parte do Estado de Minas Gerais de contribuições recolhidas por duradouro período de tempo, além de desconsiderar que os serviços médicos, hospitalares, odontológicos, sociais e farmacêuticos foram colocados à disposição dos servidores estaduais para utilização imediata quando necessária” (ADI 3106 ED, Relator Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 20/05/2015).

Isso ocorre a partir do momento em que é valorizada a eficiência no tratamento dos conflitos, como instrumento para a realização da isonomia substancial e por meio do processo, em detrimento da efetiva paridade de armas, o que é um potencial risco de mecanismos essencialmente gerenciais. A capacidade das partes de influenciar a convicção dos magistrados envolvidos em um julgamento de caso repetitivo também pode ficar comprometida, em detrimento dos poderes do Judiciário.

A redução da participação no processo, no entanto, pode ter como consequência a perda de credibilidade no Judiciário, situação que, como em um ciclo vicioso, compromete a confiança da instituição. Sobre isto, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira afirmara que o contraditório “encontra íntima conexão com o próprio interesse público, na medida em que qualquer surpresa, qualquer acontecimento inesperado, só faz diminuir a fé do cidadão na administração da Justiça”³⁶², situação que deve ser cada vez mais evitada no exercício da gestão como já referido. Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero também enfatizam que a falta de participação afeta o nível de confiança do cidadão no Judiciário, pois aquele “espera, legitimamente, que a decisão judicial leve em consideração apenas proposições sobre as quais pode exercer o seu direito a conformar o juízo”³⁶³.

No texto mencionado anteriormente, José Carlos Barbosa Moreira coloca em dúvida filosófica, com a costumeira assertividade, que as partes (elas próprias) exercitem um contraditório substancial pelo simples fato de serem representadas por advogados na grande parte dos atos processuais cuja linguagem técnica nem sempre viabiliza um contraditório para além do formal. Por outro lado, o mesmo processualista acentua que, normalmente, os atos praticados pelo juiz (ao menos os atos decisórios) devem, por regra, ser realizados pessoalmente por ele³⁶⁴.

Nessa medida, os instrumentos atuais de gestão de controvérsias repetitivas parecem aumentar a distância entre as partes e o magistrado, afetando a participação substancial de que falou Barbosa Moreira na medida em que os procedimentos desenhados para tanto prometem um procedimento mais abreviado, concentrado em tribunais, perante

³⁶² *O juiz e o princípio do contraditório, op. loc. cit.*

³⁶³ *Comentários ao Código de Processo Civil cit.*, vol. I, pp. 167-168.

³⁶⁴ “embora juridicamente seja verdade que as manifestações do advogado valem como manifestações da parte que ele representa, não é menos verdade que, vistas as coisas na substância, as expressões e o tom usados nas petições e nos arrazoados do procurador só excepcionalmente coincidirão com as expressões e o tom que o próprio litigante usaria, ainda quando se trate de mera descrição de fatos. Em tais condições, ou nos conformamos em atribuir ao termo ‘participação’ significado estritamente formal, sem qualquer compromisso com a realidade subjacente às fórmulas técnicas, ou então somos forçados a reconhecer que é mínima a participação dos litigantes no processo” (*Sobre a “participação” do juiz no processo civil cit.*, p. 382).

os quais a oralidade é naturalmente diminuída (excetuadas as sustentações orais em sessões de julgamento e debates orais em audiências públicas).

O referido postulado da oralidade nasceu em benefício do processo e do juiz, com o objetivo de otimizar a descoberta da verdade, na premissa de que a presença do juiz em audiência com as partes e o seu contato com as provas orais é positiva para que a verdade seja revelada. Mas ele não pode mais se resumir ao escopo jurídico da jurisdição, devendo servir ao escopo social de pacificação na medida em que a oralidade atue em benefício do contraditório e viabilize a participação das partes no convencimento do juiz, catalisando a percepção de solução do litígio, sentimento que é capaz de dissuadi-las na interposição de recursos³⁶⁵.

A propósito da ligação entre oralidade e contraditório, Flávio Luiz Yarshell indica que o postulado da oralidade “cria ambiente adequado à participação das partes e advogados – e, portanto, para mais amplo e adequado exercício do contraditório (colaboração)”³⁶⁶.

O mesmo processualista acrescenta que a massificação das relações jurídicas não é justificativa para a redução da oralidade, com o conseqüente impacto no contraditório: “Nem mesmo a massificação da Justiça justifica desprestigiar a oralidade. Pelo contrário, a oralidade se apresenta apta a impedir a injustiça de se julgar um caso em meio a outros que não guardam a necessária similitude. Julgar demandas com mesmo fundamento de forma concentrada é uma coisa; tratar demandas individuais ‘por atacado’ é outra, que não se compadece com a Justiça prometida e devida pelo Estado. Aliás, a sustentação oral nos tribunais – embora deva ser manejada com destreza e objetividade – é boa ilustração disso”³⁶⁷.

De fato, a oralidade que foi difundida a partir do Modelo de *Stuttgart*, no processo civil germânico – e que no Brasil foi a inspiração para a audiência de tentativa de conciliação inserida no Código de Processo Civil de 1973 na reforma de 1994 – é defendida como um envolvimento sadio entre as partes e o juiz, inclusive por Mauro Cappelletti e

³⁶⁵ Cappelletti acentua que a oralidade é capaz de incrementar a qualidade do serviço judiciário, o que também realiza o escopo social da jurisdição com a percepção indicada acima de pacificação: “Pesquisas até estatísticas levaram-me à convicção de que a oralidade – que de resto não significa total renúncia a esse meio essencial de comunicação que é a escrita – é instrumento importante para enfrentar não só o problema da duração excessiva, mas igualmente para melhorar a qualidade da justiça civil” (*Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas*, Revista de Processo, vol. 65/1992, jan.-mar./1992, pp. 127-143, DTR\1992\37).

³⁶⁶ *Curso de direito processual civil cit.*, vol. I, p. 309.

³⁶⁷ *Curso de direito processual civil cit.*, vol. I, pp. 309-310.

Bryant Garth em estudo de direito comparado voltado a modelos processuais participativos³⁶⁸.

Por outro lado, é verdade que muitas características das controvérsias repetitivas em geral realmente desafiam a oralidade como instrumento do contraditório, na medida em que a forma escrita pode ser útil à celeridade³⁶⁹.

A mesma constatação de que os atos decisórios que efetivamente prevalecem, nas controvérsias repetitivas, são emanados de tribunais de revisão ou de tribunais superiores, com a competência de realizar juízo de legalidade ou de constitucionalidade sobre decisões inferiores, também confirma que a relação entre partes e juiz da causa fica mais distante (seja em razão da distância física, ou em virtude da escassa imediação entre partes e órgãos colegiados de Tribunais). A situação enseja, assim, indagar também sobre a imediação como instrumento do contraditório e como ela se comportaria em instrumentos de gestão³⁷⁰.

³⁶⁸ Eles observam: “No continente europeu, por exemplo, podemos apontar os bem conhecidos movimentos de reforma que foram agrupados sob a designação de ‘oralidade’ e ocuparam-se essencialmente com ‘a livre apreciação da prova’, a ‘concentração’ do procedimento e o contato ‘imediato’ entre juízes, partes e testemunhas, bem como com a utilização dos juízos de instrução para investigar a verdade e auxiliar a colocar as partes em pé de igualdade. Quando levada a efeito, na Áustria, pela pioneira *Zivilprozessordnung* de 1895, tais reformas, no dizer do notável processualista Franz Klein, contribuíram para tornar o processo civil simples, rápido, barato e acessível aos pobres. (...) Outro tipo de reforma que poderia ser mencionado nesse contexto é o chamado ‘*Modelo de Stuttgart*’, do processo civil germânico, cada vez mais difundido. Esse método de procedimento envolve as partes, advogados e juízes, num diálogo oral e ativo sobre os fatos e sobre o direito. Ele não apenas acelera o procedimento, mas também tende a resultar em decisões que as partes compreendem e freqüentemente aceitam sem recorrer” (*Acesso à justiça cit.*, pp. 76-78).

³⁶⁹ Assim, o austríaco Hans Walter Fasching afirmou em texto de 1985: “Igualmente, tem-se mostrado, cada vez mais, que a oralidade não se revela especialmente apropriada para a solução de litígios em série sobre pretensões insignificantes economicamente (prêmios de seguros, contribuições a associações, assinaturas de periódicos etc.) e que contribui para procrastinação e para o agravamento de uma liquidação racional de tais pretensões” (*Posição dos princípios da oralidade e da imediação no processo civil moderno - descrita à luz de alguns ordenamentos processuais centro-europeus*, Revista de Processo, vol. 39/1985, jul.-set./1985, pp. 27-34, DTR\1985\26). E no mesmo sentido foi o que escrevemos a respeito da audiência de saneamento e organização do processo prevista no art. 357 do Código de Processo Civil, conforme nota de rodapé n. 181.

³⁷⁰ A mitigação da imediação também foi realçada pelo citado autor austríaco, com um tom realista: “Mais visíveis ainda foram as experiências com o princípio da imediação. De um lado, mostrou-se que os processos demoravam mais tempo do que presumia o legislador, e que principalmente os juízes mudavam com maior freqüência do que se supunha no princípio. Um manuseio rigoroso do princípio da imediação significava, no caso de mudança de juiz, que o novo juiz deveria repetir todo o processo até então, e também que as partes não poderiam renunciar a isto, uma vez que elas não poderiam amputar a possibilidade de conhecimento da questão que lhes assegura o ordenamento jurídico. O resultado de um manuseio tão estrito do princípio significa que os processos se tornam mais longos e mais caros e que, principalmente, as partes não conseguem entender o porquê de, justamente o seu processo, ter que se tornar mais demorado e mais caro, em razão de uma reviravolta intrajudicial. Em virtude disso, em todos os países a prática forense mudou sua postura, no sentido de permitir, tacitamente, o prosseguimento na condução do processo, em caso de mudança de juiz, através da simples leitura dos termos de coleta de provas. Na verdade, entretanto, não há uma diretriz uniforme, já que se recalitra, em parte, em se permitir às partes que, ao invés da simples leitura, possam elas exigir a repetição de todos os atos processuais” (*op. cit.*).

Não fosse apenas a distância entre partes e juiz, que pode ser tanto física e também simbólica (mas ambas com significados importantes no contexto do contraditório), há ainda que se debater a questão dos poderes do Judiciário face às posições processuais das partes.

É bastante acentuado o fortalecimento dos poderes do Judiciário nos instrumentos de gestão. Para começar, toma-se a premissa de que o Judiciário é a entidade interessada na alocação equilibrada de seus recursos e esforços e na melhora de seu desempenho, a fim de refletir no índice de confiabilidade da população na tarefa jurisdicional estatal. Segundo, os mecanismos de gestão até hoje desenhados potencializam poderes do juiz (e dos tribunais, isto é, do Judiciário em geral), procurando equilibrá-los com a participação das partes no processo, mas, no fundo, cria mais ônus para elas.

Assim, para exemplificar, utilizaremos o acórdão do Pleno do Supremo Tribunal Federal, proferido em 3/2/2016, na análise de recurso extraordinário (RE 669.069/MG) selecionado no regime de repercussão geral para representar a controvérsia a respeito da prescrição da pretensão de ressarcimento ao erário público (art. 37, § 5º, da CF). A admissão do recurso com repercussão geral ocorreu, perante o Supremo, em 2/8/2013, o que ensejou a suspensão de diversos recursos interpostos junto a todos os tribunais do país sobre essa relevante controvérsia. O julgamento do mérito do recurso só pode ser concluído em Plenário, efetivamente, em 2016, tendo ficado decidido que “É prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil”.

A leitura dos votos que integram o acórdão revela uma situação curiosa. A despeito da definição inicial do Tema 666 de repercussão geral ter sido assim enunciada: “Imprescritibilidade das ações de ressarcimento por danos causados ao erário, ainda que o prejuízo não decorra de ato de improbidade administrativa”, o debate entre os Ministros foi direcionado a identificar a controvérsia que se estabelecia no caso concreto, para então verificar a possível tese a ser formada como vinculante.

O voto do Min. Luís Roberto Barroso, em particular, aponta que “talvez, nós não estejamos ainda em condições de sistematizar o tema. Dentre outras razões, porque a questão da imprescritibilidade em matéria de improbidade, ou mesmo em matéria de crime, ela não foi objeto – eu diria – de um contraditório neste processo”, pois “o caso concreto envolve um acidente de automóvel”. Depois alerta que “Presidente, repercussão geral é para destrancar o que está preso lá embaixo. Eu posso garantir a Vossa Excelência que essa repercussão geral trava todas as ações de reparação em razão de improbidade

administrativa”. Afinal, votando pela necessidade de restringir a controvérsia objeto de julgamento – dados os limites do caso concreto – referido voto prevaleceu, o que levou àquela conclusão muito mais restrita do que se aventou inicialmente quando da elaboração do tema de repercussão geral.

Com esse contexto, problematiza-se o confronto entre, de um lado, a necessidade de gestão da massa de processos tratando sobre prescrição de pretensões de reparação de dano ao erário oriundo de ilícito administrativo e, de outro lado, a criação de ônus para as partes dos processos que se encontraram por mais de dois anos aguardando o desfecho de seu litígio, mas não tiveram a resposta esperada pois sequer a questão foi apreciada.

Neste momento, não se colocam em discussão eventuais impropriedades da técnica processual vigente nem mesmo eventual *error in iudicando* quando da definição do Tema de repercussão geral. Quer-se discutir o contraditório ainda, e as armas ou possibilidades de reação que esse modelo de julgamento oferece às partes, porque o exemplo é uma demonstração de que, a um só tempo, aqueles instrumentos podem sim preservar o contraditório, como também podem desprezá-lo, enfraquecendo a posição das partes frente aos poderes do Judiciário.

A realização do contraditório encontra-se justamente no momento em que a Corte dá um passo atrás na definição quanto ao que seria a repercussão geral e indica que estava sob julgamento apenas a prescritibilidade de pretensão de reparação baseada em ilícito civil. Nessa direção, além do voto do Min. Barroso, pode-se citar o voto do Min. Dias Toffoli³⁷¹, também atento ao contraditório, pelo menos formal, a respeito da tese que se aventava originalmente como tema de repercussão geral. Por outro lado, a possibilidade de reação das partes que se sujeitaram à suspensão de recursos – em maioria, interpostos em ações de improbidade – tiveram poucas chances de reação. Por acaso, quando da declaração de repercussão geral, o Código vigente não previa expressamente instrumentos que

³⁷¹ “Os debates travados pelas partes neste feito cingiram-se a averiguar se o direito do ente público à reparação de danos em decorrência de acidente de trânsito teria sido alcançado ou não pela prescrição. Em momento algum se discutiu, neste feito, a prescritibilidade – ou não – das pretensões sancionatórias pela prática de atos de improbidade administrativa, dos ilícitos penais que impliquem prejuízos ao erário, ou, ainda, das demais hipóteses de atingimento do patrimônio estatal, nas suas mais variadas formas, seja o inadimplemento contratual, sejam os ilícitos fiscais, não se podendo olvidar que o descumprimento de obrigações tributárias importam também em aviltamento dos cofres públicos. Portanto, data venia, não há como se debater sobre todo o conteúdo jurídico do art. 37, § 5º, da CF, inclusive porque tenho, para mim, que devemos aprofundar a análise desse e de outros temas durante o julgamento de recurso que esteja mais bem aparelhado, com o desenvolvimento de pontos de vista nas instâncias originárias”.

permitissem às partes alertar os tribunais, tampouco o Supremo Tribunal Federal, de que o seu caso não mereceria a suspensão por falta de semelhança ou outro motivo excepcional.

Mais do que isso, ainda que na época já fosse vigente o Código atual, que possui a previsão do *distinguishing* no art. 1.037, §9º³⁷², diferente do anterior que não possuía, o fato é que privilegiar a solução de questão repetitiva com a determinação de suspensão de todos os processos que tratem (aparentemente) sobre o mesmo tema, gera para as partes o ônus de aguardar decisão superior – que, ao final, pode não lhe aproveitar para o caso, como ocorreu com o exemplo citado para as milhares de ações de improbidade –, o ônus de reagir (o que envolve manter o relacionamento com um advogado, podendo gerar ônus financeiro, para alegar a distinção), e o ônus de provar e convencer que o seu caso merece um tratamento diferenciado.

Ao lado do ônus de suscitar a distinção, outro ônus criado para as partes com as ferramentas de gestão de processos judiciais foi o de alegar o descumprimento de decisão proferida em julgamento de casos repetitivos, por intermédio de um meio próprio de impugnação que é a reclamação (art. 988 do CPC³⁷³). A reclamação replica o desequilíbrio de armas já exposto anteriormente em razão da centralização decisória, porque ela é direcionada ao próprio tribunal do qual emanou a decisão alegadamente descumprida; e, ainda, ela depende do prévio esgotamento das instâncias ordinárias (conforme o art. 988, §5º, inciso II³⁷⁴), o que impõe também o ônus do tempo à parte reclamante que pretenda corrigir eventual distorção na aplicação dos mecanismos de gestão.

A ação rescisória fundada no §5º do art. 966 do CPC³⁷⁵ é mais um exemplo de pesado ônus criado às partes para que a gestão seja controlada em um dado processo no

³⁷² “Demonstrando distinção entre a questão a ser decidida no processo e aquela a ser julgada no recurso especial ou extraordinário afetado, a parte poderá requerer o prosseguimento do seu processo”.

³⁷³ “Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para: I – preservar a competência do tribunal; II – garantir a autoridade das decisões do tribunal; III – garantir a observância de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; III – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; IV – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência; IV – garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência”.

³⁷⁴ “§ 5º É inadmissível a reclamação: I – proposta após o trânsito em julgado da decisão reclamada; II – proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias”.

³⁷⁵ “§ 5º Cabe ação rescisória, com fundamento no inciso V do caput deste artigo, contra decisão baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento”.

qual não se tenha apurado a corretamente a distinção. A rescisória, por si, é uma medida excepcional e de conformação mais sofisticada do que outros tipos de demanda, que são mais corriqueiros. Assim, ajuizar uma ação rescisória pode corresponder a um novo dispêndio de honorários advocatícios pela parte que se viu prejudicada com a aplicação de decisão que não se ajusta ao seu caso.

Outrossim, o aforamento da ação rescisória impõe ônus financeiros adicionais ao demandante, em razão da necessidade de depósito de quantia equivalente a cinco por cento do valor atribuído à causa, que poderá ser converter em multa se a ação for julgada, por unanimidade de votos, inadmissível ou improcedente (art. 968, inciso II, do CPC).

Além disso, para o âmbito massificado, não foi previsto expressamente instrumento análogo de rescisão ou invalidação de todas as decisões dispersas que tenham se baseado em decisão de tribunal no julgamento de caso repetitivo; embora ele não possa ser descartado de plano como mecanismo útil à gestão; afinal, parece mais equilibrado e eficiente o julgamento de apenas uma ação rescisória, ao invés de repetitivas rescisórias que poderiam atrair, mais uma vez, a necessidade de ferramentas de gestão.

Por outro lado, não ocorre de todos esses ônus estarem equalizados com direitos das partes, em especial diante da obrigatoriedade de sujeitarem-se aos mecanismos de gestão, em sentido contrário ao normal funcionamento das ações representativas, reforçando que também sob o ponto de vista do contraditório há sobreposição do poder estatal.

Disso tudo decorre que na dimensão dos instrumentos de gestão voltados à resolução controvérsias repetitivas há um desequilíbrio entre as posições das partes e do Judiciário, merecendo aperfeiçoamento direcionado à realização do contraditório substancial.

25. Publicidade e sua relação com o dever de motivação das decisões judiciais em tema de gestão de processos judiciais. A importância do processo eletrônico e o papel do CNJ

Em geral não seria correto relacionar o princípio da publicidade com a exigência de motivação das decisões judiciais, pois em processos “convencionais” o

fundamento inspirador da motivação é o contraditório³⁷⁶. Portanto, o contraditório é alcançado, dentre outras providências, pela atenção ao dever de motivação das decisões judiciais porque a partir dela é que podem as partes do processo *conhecer* a resposta do Estado ao conflito e a ela *reagir*. Assim, o princípio da publicidade no processo descende do direito à informação, previsto no art. 5º, XIV, da CF (“é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”).

Nesse contexto ainda, a publicidade explicar-se-ia, unicamente, pela necessidade de que qualquer pessoa tenha acesso aos autos do processo ou assista pessoalmente ou por representação aos atos processuais, ressalvando esse acesso amplo apenas nas hipóteses de restrição justificadas no interesse social ou na defesa da intimidade (art. 5º, LX, da CF). Por isso, a publicidade, no que diz respeito a processos “convencionais”, não é vista como algo absoluto, podendo ser amenizada caso se verifiquem motivos suficientes para reservar o acesso aos atos do processo às partes e seus procuradores, além do juiz, servidores, e membros do Ministério Público.

As restrições à publicidade estão hoje previstas no art. 189 do Código de Processo Civil³⁷⁷, e concretizam a previsão do art. 93, IX da CF, com a redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional 45/2004, no sentido de que: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”.

No entanto, na gestão das massas de processos repetitivos da justiça civil, a publicidade ganha uma nova dimensão porque a administração da repetitividade pelo Judiciário não se realiza de forma legítima e eficiente se toda a sociedade não possuir

³⁷⁶ Este é o alerta de Flávio Luiz Yarshell (*Curso de direito processual civil cit.*, pp. 133-134). Também: Helena Abdo, *Mídia e processo*, São Paulo, Saraiva, 2011, pp. 41 e 44.

³⁷⁷ “Art. 189. Os atos processuais são públicos, todavia tramitam em segredo de justiça os processos: I – em que o exija o interesse público ou social; II – que versem sobre casamento, separação de corpos, divórcio, separação, união estável, filiação, alimentos e guarda de crianças e adolescentes; III – em que constem dados protegidos pelo direito constitucional à intimidade; IV – que versem sobre arbitragem, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo. § 1º O direito de consultar os autos de processo que tramite em segredo de justiça e de pedir certidões de seus atos é restrito às partes e aos seus procuradores. § 2º O terceiro que demonstrar interesse jurídico pode requerer ao juiz certidão do dispositivo da sentença, bem como de inventário e de partilha resultantes de divórcio ou separação”.

condições de conhecer dos atos públicos que se produzem no trâmite e nos julgamentos das questões relevantes e repetitivas.

A publicidade torna-se fator de eficiência e de legitimidade da gestão, porque sem que os atos sejam efetivamente públicos, não é possível realizar o objetivo de segurança jurídica. A previsibilidade que decorre da isonomia só pode resultar da adequada divulgação a todos dos resultados dos julgamentos das questões repetitivas, independentemente da qualidade de parte ou de interessado em disputa já instaurado.

Dessa forma, a publicidade – ainda ocupando um papel de garantia de outras garantias, como já disse Vicente Greco Filho³⁷⁸, e comumente associada ao contraditório e ao direito amplo à informação – torna-se hoje uma garantia da segurança jurídica e da isonomia, quando o assunto é controvérsia repetitiva. Superando o entendimento do aludido autor, com todo acatamento, hoje há um movimento contrário ao que ele referiu como abrandamento da garantia da publicidade³⁷⁹.

Impossível gerir satisfatoriamente a massa de processos, com vistas à isonomia, à segurança jurídica e à prevenção de litígios, sem reforçar a publicidade dos julgamentos de casos representativos de controvérsias e o respectivo dever de motivação. Conforme alertam Eduardo Cambi e Alencar Frederico Margraf, é “pelo dever de motivação das decisões judiciais que elas se tornam universalizáveis e institucionalizadas, ou seja, passíveis de serem considerados precedentes a serem aplicados pelas demais instâncias judiciais nos casos sucessivos”³⁸⁰.

Na gestão de uma massa de processos, também não há mais como admitir que prevaleça a distinção tradicional da doutrina entre a publicidade *interna* (aquela exigida para que as partes e os seus advogados adquiram a informação sobre os atos processuais) e a publicidade *externa* (destinada a terceiros). Os terceiros já não são mais absolutamente

³⁷⁸ *Direito processual civil brasileiro*, vol. I, 19ª ed., São Paulo, Saraiva, 2006, n. 9.1, p. 48.

³⁷⁹ “A garantia da publicidade é uma garantia das outras garantias e, inclusive, da reta aplicação da lei. Nada melhor que a fiscalização da opinião pública para que a atuação judicial seja feita corretamente. A publicidade acaba atuando como obstativa de eventual arbitrariedade judicial. A existência da publicidade originou-se da reação liberal, da mesma época das declarações de direitos, contra os processos secretos, em que os juízes atuavam sem a censura do povo, em geral. Sua finalidade, portanto, foi a de impedir uma fiscalização perene de todos os cidadãos que poderiam presenciar a distribuição da justiça. É fácil imaginar que o conteúdo da garantia mudou na atualidade e abrandou-se. Com a institucionalização e independência do Poder Judiciário e os outros mecanismos de proteção dos direitos de defesa, bem como o crescimento das cidades, a garantia diminuiu de importância, gerando, aliás, a preocupação oposta, a dos males do *strepitus processus*. Por esse motivo, quando a publicidade pode fazer mais mal do que bem, o processo corre em segredo de justiça” (*op. cit.*, pp. 48-49).

³⁸⁰ *Casuismos judiciários e precedentes judiciais cit.*, *loc. cit.*

indiferentes ao que se passa em um processo cujas questões controvertidas sejam repetitivas e por isso tenha alcance subjetivo mais amplo. Tais “terceiros”, ainda que não sejam parte atual de um macrolitígio envolvendo determinada questão jurídica sob julgamento, são potenciais litigantes – se vierem a propor demanda ou serem réus de processos versando sobre questão repetitiva –, ou quiçá nunca serão litigantes porque conduziram seu comportamento de acordo com o que for ditado judicialmente como correto em julgamento de um processo representativo da controvérsia. Mas mesmo aquele que não venha a ser litigante, torna-se legítimo interessado na resolução da questão repetitiva e titular do direito à informação sobre ela.

Pode-se, inclusive, fazer um paralelo com a tese amplamente admitida de que o direito autônomo à prova decorre do direito de ação e, assim, produz a possibilidade de produção antecipada da prova sem o requisito da urgência³⁸¹. De modo que o pretense litigante possa ter condições de avaliar suas chances e riscos em futuro e eventual processo judicial, pode-se afirmar que há interesse jurídico de toda uma comunidade jurídica na publicização dos atos processuais realizados para o julgamento das controvérsias representativas, bem como da fundamentação empregada para tais casos.

Neste ponto, não se coadunaria com os princípios da isonomia e da segurança jurídica, nas dimensões atuais, resumir a participação dessa comunidade à chamada “vigilância crítica”, que consiste, segundo Helena Abdo (em obra dedicada ao exame dos efeitos da comunicação em massa sobre a publicidade dos atos processuais), “[n]a participação popular no processo” que “acaba por se resumir à observação de fenômenos e à assimilação de informações para eventual formação posterior de um juízo crítico”³⁸².

Ainda tratando da publicidade, há uma distinção que igualmente fica prejudicada em macrolitígios: é a da publicidade mediata com a publicidade imediata. Entende-se, normalmente, que a publicidade imediata se contrapõe à mediata pois enquanto a primeira diz respeito ao contato direto e pessoal dos sujeitos interessados com o ato processual, a segunda é aquela que se realiza por intermédio de algum outro ato (que pode ser processual, como uma certidão preparada pelo Cartório, ou extraprocessual, como os

³⁸¹ Flávio Luiz Yarshell, *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*, São Paulo, Malheiros, 2009.

³⁸² Helena Abdo, *Mídia e processo cit.*, p. 52.

meios de comunicação de massa)³⁸³. A publicidade mediata, nos processos convencionais, atinge tanto as partes quanto terceiros, mas atinge seu escopo com os últimos.

Porém, na litigiosidade repetitiva, a publicidade mediata não mais se limita ao papel de reprodução dos atos processuais como corolário do direito à liberdade e da capacidade de todos os cidadãos fiscalizarem as atividades estatais, ainda que seja observada toda a cautela inerente à *regra da objetividade*³⁸⁴. Como já referido, a publicidade encontra-se também a serviço de outros princípios, hoje não se conformando exclusivamente em servir de “instrumento psicológico de controle para a garantia de decisões imparciais”³⁸⁵.

A publicidade não esgota uma escolha político-liberal³⁸⁶, mas também se constrói a partir de um sentido jurídico de pertinência e interesse da comunidade em geral com as questões jurídicas repetitivas e com a adequada motivação na medida em que forem solucionadas. Nesse sentido, Fredie Didier Jr. pondera que em um sistema de precedentes obrigatórios “a publicidade ganha contornos ainda mais peculiares e importantes. Todo processo passa a ser de interesse de várias pessoas, pois dele pode resultar um precedente aplicável a casos atuais e futuros. É por que isso que o §5º do art. 927 impõe aos tribunais o dever de dar publicidade aos seus precedentes”³⁸⁷.

Assim, confirma-se que a gestão de processos repetitivos tem mais alinhamento com o processo adjudicatório do que com o consensualismo, uma vez que este

³⁸³ Helena Abdo, *Mídia e processo cit.*, pp. 47-48.

³⁸⁴ Segundo Helena Abdo, a regra da objetividade é um “método de trabalho”, que consiste em “(a) selecionar o que deve ser objeto de publicidade mediata em consonância com o *interesse público*, (b) cuidar para que o conteúdo da mensagem seja rigorosamente *verdadeiro* e (c) transmitir ou comunicar o fato tal como ele se apresenta na realidade, *sem juízos de valor* ou *distorções* controláveis, despojado de qualquer elemento subjetivo” (*op. cit.*, p. 218).

³⁸⁵ Paulo Issamu Nagao, *Do controle judicial da sentença arbitral*, Brasília, Gazeta Jurídica, 2013, p. 103. Em sentido análogo, Ada Pellegrini Grinover acentuara, mesmo antes da CF de 1988, aquele papel restrito da publicidade, recusado para o objeto de estudo deste trabalho: “Realmente, o sistema de publicidade dos atos processuais representa uma das maiores garantias de independência, imparcialidade, autoridade e responsabilidade do juiz” (*Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil cit.*, p. 132). Também sobre o cuidado com a exasperação da publicidade, no tocante aos canais de comunicação de massa, Cintra, Grinover e Dinamarco, *Teoria geral do processo cit.*, n. 31, pp. 96-97. Igualmente com ponderações sobre os limites dos meios de comunicação face ao princípio da publicidade: José Carlos Barbosa Moreira, *La publicité des actes de procédure comme garantie constitutionnelle en droit brésilien*, in “Temas de direito processual – Oitava Série”, São Paulo, Saraiva, 2004, pp. 69-76.

³⁸⁶ No sentido de que se trata de um princípio de índole liberal, porém sem identificar que tenha havido algum acréscimo jurídico ao seu fundamento: Milton Paulo de Carvalho, *Os princípios e um Novo Código de Processo Civil*, in “Bases Científicas para um renovado Direito Processual”, vol. 1, org. Athos Gusmão Carneiro e Petrônio Calmon, Brasília, IBDP – Instituto Brasileiro de Direito Processual, 2008, p. 211; José Rogério Cruz e Tucci, *Garantias constitucionais da publicidade dos atos processuais e da motivação das decisões no Novo CPC*, in “I Colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil”, coords. Camilo Zufelato, Giovanni Bonato, Heitor Vitor Mendonça Sica e Lia Carolina Batista Cintra, Salvador, Juspodivm, 2015, pp. 90-92.

³⁸⁷ *Curso de direito processual civil*, vol. 1, 18ª ed., Salvador Juspodivm, 2016, p. 91.

se afeioa com o sigilo, que muitas vezes é determinante para a viabilidade da composição (seja do ponto de vista estratégico, para os grandes litigantes, ou do ponto de vista psicológico, que costuma guiar o comportamento dos litigantes eventuais em processos autocompositivos).

E nesse contexto tanto os tribunais quanto o Conselho Nacional de Justiça, e especialmente o processo eletrônico ocupam em conjunto um papel relevantíssimo de publicização dos atos praticados com a gestão de processos repetitivos e com a motivação ali declinada.

Todos os tribunais do país devem manter em suas bases de dados, disponíveis na internet, informação a respeito do trâmite de causas repetitivas em regime de gestão, seu objeto e órgão responsável pelo julgamento, tudo seguindo a regra da objetividade. Não só isto: a regra da objetividade é importante, mas deve-se ir além com recurso ao processo eletrônico porque somente ele potencializa ao máximo a informação e torna a publicidade a mais próxima possível daquela que se diz ser imediata (conforme classificação acima enunciada).

Nesse sentido, a Resolução n. 235/2016, editada pelo Conselho Nacional de Justiça, atribui aos tribunais a incumbência de gerir aquela base de dados. E então, dispõe: “Art. 2º. O STJ e o TST são os gestores dos recursos repetitivos, de acordo com a competência constitucionalmente definida, sendo responsáveis pela criação de temas e pela divulgação das informações nos termos definidos no CPC e nesta Resolução” e “Art. 3º. Os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho e os Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal são os gestores do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) instaurados no âmbito de sua competência, observadas as determinações legais e o disposto nesta Resolução”.

O Conselho Nacional de Justiça, por sua vez, para além de suas atribuições administrativas e financeiras de promover integração e uniformização entre os dados dos tribunais (é o que hoje dispõe o art. 196 do Código de Processo Civil³⁸⁸, como decorrência do art. 103-B, §4º e seus incisos³⁸⁹ da Constituição Federal), também apresenta pontos de

³⁸⁸ “Art. 196. Compete ao Conselho Nacional de Justiça e, supletivamente, aos tribunais, regulamentar a prática e a comunicação oficial de atos processuais por meio eletrônico e velar pela compatibilidade dos sistemas, disciplinando a incorporação progressiva de novos avanços tecnológicos e editando, para esse fim, os atos que forem necessários, respeitadas as normas fundamentais deste Código”.

³⁸⁹ “§ 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura: I – zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do

contato com a publicidade no âmbito da jurisdição exercida por juízes e pelos tribunais nas controvérsias repetitivas.

O primeiro contato que se pode identificar está no rol de incisos do art. 12 do Código de Processo Civil, que elenca as possíveis exceções à observância preferencial da ordem cronológica de conclusão de processos para proferir sentença ou acórdão. Os incisos indicam em quais hipóteses o legislador pressupôs que a quebra da ordem cronológica é o meio mais eficiente de prestar tutela jurisdicional, o que não se fez em face de dados particulares de cada caso concreto, mas sim com uma estratégia de gestão que enxerga cada processo em um universo de tantos outros, o que legitimaria os privilégios ali enumerados.

O inciso VII daquele dispositivo refere-se às metas estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça. Tais metas, se observadas a legalidade e a impessoalidade, podem ser dispostas de modo a privilegiar determinada questão controvertida que acarrete multiplicação de processos e que comprometa a eficiência do funcionamento do sistema de justiça; afinal, estipular metas é mecanismo de gestão, no interesse do Judiciário, que se submete ao regime da publicidade³⁹⁰.

Mais evidente é a interação do Conselho Nacional de Justiça – órgão de gestão, como mencionado – com o incidente de resolução de demandas repetitivas

Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências; II – zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União; III – receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa; IV – representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade; V – rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano; VI – elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário; VII – elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa”.

³⁹⁰ Sobre este aspecto inerente ao art. 12 do Código, que em um misto de jurisdição e gestão estabelece a possibilidade de o CNJ ditar metas gerais a serem observadas pelos tribunais, já afirmamos em texto elaborado em coautoria com Flávio Luiz Yarshell: “Fundamental parece ser preservar a legalidade, a impessoalidade e a eficiência na prestação jurisdicional – além da observância do princípio de solução em tempo razoável. Se a quebra da cronologia se apresentar como a forma mais racional e justificada de administração dos feitos a cargo de dado órgão judicial, parece lícito dizer que não haverá nada a censurar. Aliás, o próprio art. 12 do CPC já contém um rol – que não deve ser entendido como taxativo – de circunstâncias que mostram a relatividade da regra. Ademais, o conceito de produtividade quando se trata de fazer justiça deve ser visto com um grão de sal: por trás dos ‘estoques’ a dissipar há pessoas de carne, osso e alma” (*O Conselho Nacional de Justiça no Código de Processo Civil*, no prelo).

inaugurado pelo Código de Processo Civil de 2015. Nele, o *caput* do art. 979 prevê que: “A instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça”, enquanto o §1º determina que “Os tribunais manterão banco eletrônico de dados atualizados com informações específicas sobre questões de direito submetidas ao incidente, comunicando-o imediatamente ao Conselho Nacional de Justiça para inclusão no cadastro”.

O CNJ, como órgão de gestão, deve exercer importante papel na concretização da publicidade com relação aos processos repetitivos, registrando em particular a existência de incidentes que tramitem perante todos os tribunais do país, para que os legítimos interessados sejam destinatários da publicidade mediata e objetiva, e então a partir disso possam perseguir a publicidade imediata inerente a tais causas.

Assim, os tribunais e o CNJ passam a exercer o papel que antes era mais frequentemente praticado pela mídia.

Segundo o Código atual também compete ao Conselho Nacional de Justiça, realizar “pesquisas estatísticas para avaliação da efetividade das normas previstas”, do que depende também que seja enxergado o princípio da publicidade com uma nova dimensão. Tal dimensão guarda relação com as atribuições dos tribunais e do CNJ relacionadas à gestão das massas de processos (e não só das controvérsias repetitivas).

Para uma eficiente gestão, é preciso que os tribunais se equipem de pessoal e de instrumentos inerentes à coleta e ao armazenamento de dados sobre os processos que tramitem em sua respectiva área de abrangência. Esses dados atualmente são essenciais para que tanto os administradores dos tribunais quanto o Conselho consigam diagnosticar deficiências e modelar soluções, pensadas para cada tribunal, no universo do estoque de processos pendentes, a ponto de também preverem as condições de serviço jurisdicional para uma possível estimativa de processos futuros. Porém, somente com a criação do CNJ é que se tornou possível a reunião de dados locais e nacionais para análise.

Foi despertado também, felizmente, o interesse de juristas para a análise empírica sobre a quantidade de processos judiciais que tramitam nos tribunais, bem como sobre aspectos qualitativos desse trâmite, o que se revela inevitável para práticas de gestão de massas de processos. Sem dados, não há avaliação confiável, não se definem corretamente diagnósticos e, em consequência, não há garantias de que as soluções vislumbradas podem

ser eficazes³⁹¹. Assim, muitos discursos – como o de falta de recursos financeiros ou humanos – são desmentidos quando confrontados com dados e apresentados os diagnósticos de pesquisas empíricas³⁹².

Sobre a incipiência dos dados, as pesquisadoras Maria Tereza Aina Sadek e Fabiana Luci de Oliveira defendem “a necessidade de produção de dados para conhecer as instituições da Justiça e fundamentar a produção de políticas públicas de aperfeiçoamento dessas instituições”, reconhecendo que, “nos últimos anos houve considerável avanço nessa área. No entanto, há ainda grandes lacunas tanto na produção quanto na análise, divulgação e compartilhamento desses dados. No que se refere à produção, é preciso avançar na forma de coleta, no grau de especificidade e detalhamento das informações e, mais ainda, na compatibilidade das bases de dados das diferentes instituições e órgãos do sistema de Justiça. (...) Por fim, não há ainda consolidada no Brasil uma cultura de compartilhamento de banco de dados. Existem algumas iniciativas isoladas que procuram estimular essa prática (...). O significado que as instituições do sistema de Justiça têm para o fortalecimento da democracia no país é mais do que suficiente para justificar um maior empenho, tanto por parte da academia quanto das próprias instituições e do poder público, na efetivação de estudos, pesquisa de dados em Justiça”³⁹³.

³⁹¹ Luciana Luk-Tai Yeung e Paulo Furquim de Azevedo já acentuaram que: “A ineficiência judicial tem sido amplamente discutida e unanimemente aceita. No entanto, uma avaliação objetiva e quantitativa deste problema raramente tem sido feita. Como mostra o Banco Mundial (2004), sem dados empíricos críveis não se pode fazer uma boa avaliação e, muito menos, chegar a soluções eficazes. Infelizmente, quase toda pesquisa jurídica feita no Brasil é baseada em análises qualitativas, ‘achismos’, e muitas vezes sujeitas a juízos de valor. Isso não é surpreendente, visto que as discussões sobre o Judiciário são normalmente limitadas a círculos de juristas e que, dada a ausência de cursos quantitativos nas escolas de Direito do país, não há nesses círculos expertise apropriada para pesquisas empíricas. (...) De uma forma geral, o desempenho do Judiciário brasileiro é considerado bastante ruim. As estatísticas não oficiais (dado que as oficiais não existem) divergem, mas estima-se que um processo judicial leve, em média, 1.000 a 1.500 dias para ser concluído. Não é raro um processo ficar até 14 anos somente no STF (Supremo Tribunal Federal). Esta morosidade é causada pela grande quantidade de casos que qualquer juiz tem em mãos para resolver: uma média de 10.000 por juiz, em qualquer momento do tempo (Sherwood 2007)” (*Além dos “achismos” e das evidências anedóticas: medindo a eficiência dos tribunais brasileiros*, Economia Aplicada, vol. 16, n. 4, Ribeirão Preto, out./dez. 2012, disponível em <http://ref.scielo.org/ssgfwd>).

³⁹² “Funcionários do Judiciário normalmente acusam a falta de recursos humanos e materiais pela ineficiência judicial. Alguns especialistas, contudo, apontam para outras explicações, em particular a gestão dos recursos existentes. Em sua opinião, saber como geri-los é mais importante do que obter recursos adicionais (Dakolias 1999). Alguns magistrados de alto escalão também concordam com este argumento (Mendes 2008). É de conhecimento comum que o setor público brasileiro, em particular o judiciário, por sua composição e modo de funcionamento, é menos permeável às técnicas de gestão e avanços das ciências administrativas. Alguns especialistas acreditam que esta falta de gestão profissional é um dos maiores problemas no Judiciário brasileiro” (Luciana Luk-Tai Yeung e Paulo Furquim de Azevedo, *op. cit.*).

³⁹³ *Estudos, pesquisas e dados em Justiça*, in “Justiça em foco: estudos empíricos”, org. Fabiana Luci de Oliveira, Rio de Janeiro, Editora FGV, 2012, pp. 50-51.

Outra utilidade para esses dados é apreender as deficiências que o exercício das atribuições pelos Poderes Executivo e Legislativo impactam na litigiosidade e, conseqüentemente, no serviço prestado pelo Judiciário. Assim, planos econômicos ou escolhas políticas que interferem nos direitos individuais ou de uma coletividade não tardam a desaguar no Judiciário; textos normativos mal elaborados, excessivos, ou com defeito de inconstitucionalidade também dependem de medidas corretivas ordenadas pelo Judiciário (com o preenchimento de lacunas ou a declaração de inconstitucionalidade), para que em cada caso concreto seja corrigida a conduta que se desvia da ordem jurídica.

A percepção desse impacto costuma ser premissa para reformas processuais baseadas na tentativa de ampliação de mecanismos sobre o alcance subjetivo dos precedentes judiciais, por exemplo, ou daquelas que procuram implementar mecanismos de aceleração de procedimento a fim de enfrentar gargalos processuais.

Enquanto em condições mais corriqueiras os demais Poderes atuam no plano da generalidade (editando leis e implementando políticas públicas que se aplicam em caráter geral para todos os cidadãos), o Judiciário tradicionalmente atua no caso concreto. Isso o coloca em desvantagem de desempenho face à “produção” política e legislativa, que é ascendente e acompanha o dinamismo da vida atual, tanto na perspectiva de um mundo globalizado, como na do Brasil, como um Estado social. Nada mais correto então do que ser possível ao Judiciário – que tem por missão a realização da justiça e não somente a outorga de uma decisão imperativa – avaliar se o caminho para outorgar a justiça perseguida pelos milhões de demandantes que lhe procuram é efetivamente o processo adjudicatório estatal, o que se alinha às atribuições do CNJ de organização administrativa e de proposição de providências sobre a situação do Poder Judiciário no país (CF, art. 103-B, §4º, inciso VII)

A formação de dados, para a primeira ou a segunda finalidades acima indicadas, pode acontecer na perspectiva de que os tribunais e o Conselho Nacional de Justiça devem obediência ao princípio da publicidade no que tange à gestão de processos judiciais, o que se confirma também com o direito à informação, de índole fundamental, individual e coletivamente, previsto nos incisos XIV³⁹⁴ e XXXIII³⁹⁵ do art. 5º da Constituição Federal. Nesse sentido, Bruno Dantas, ex-Conselheiro do CNJ, já destacou que

³⁹⁴ “XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”.

³⁹⁵ “XXXIII – todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”.

“a atuação constitucional do CNJ visa, na verdade, ao interesse coletivo do Poder Judiciário e de toda a sociedade, não sendo (...) mera instância recursal ou originária para questões administrativas, de caráter individual, nem tampouco órgão de consulta, apto a responder a situações concretas vivenciadas pelos postulantes (CNJ, PCA nº 0007753-18.2012.2.00.0000, j. 2/4/2013)”³⁹⁶.

Por sua vez, o paradigma de processo eletrônico, ainda que possa ser questionado quanto à efetiva realização do acesso à justiça³⁹⁷, também pode ser colocado a serviço da publicização dos atos processuais ou dos mecanismos de gestão dos processos, pois possibilita o acesso à documentação dos processos de qualquer lugar do mundo.

Mas não é só este o aspecto essencial do processo eletrônico. Como já foi enfatizado por Marcelo Guedes Nunes, a importância do avanço que se alcança com o processo eletrônico também reside na formação dos aludidos bancos de dados, com o impacto já destacado na formulação de políticas públicas adequadas para o tratamento dos macrolitígios. Comenta-se que: “A informatização da Administração Pública teve como consequência o acúmulo involuntário de amplas bases contendo dados a respeito de diversas instâncias governamentais, em especial dos tribunais brasileiros. O processo eletrônico, em especial, faz com que todas as manifestações e andamentos estejam disponibilizados em bases de dados eletrônicas públicas, permitindo a sua exploração por meio de ferramentas de *text mining* e outras técnicas estatísticas apropriadas”³⁹⁸.

³⁹⁶ Citado por José Norberto Lopes Campelo, com o destaque de que é presumido o interesse geral quando a matéria posta ao exame do CNJ for disciplinar: *Racionalização de procedimentos e acesso à justiça: o interesse geral como instrumento de afirmação da competência do Conselho Nacional de Justiça*, Revista do Advogado, ano XXXV, dez./2015, nº 128, pp. 52-53.

³⁹⁷ “Os modos pelos quais o processo eletrônico é capaz de afetar negativamente o acesso à justiça se manifestam em dois sentidos intrinsecamente conectados. O primeiro deles é essencialmente quantitativo e preocupa-se fundamentalmente com o número de jurisdicionados e operadores que conseguem manejar satisfatoriamente o processo em meio eletrônico. Um exemplo de tal manifestação é o fato de que embora a população brasileira seja de mais de 200 milhões de pessoas, de acordo com projeção do IBGE, apenas 105 milhões possuem acesso à internet. (...) Outro aspecto do acesso à justiça é qualitativo: ele envolve a análise da qualidade do acesso oferecido ao jurisdicionado e depende fundamentalmente de como a relação deste com o Poder Judiciário é estabelecida” (Flávio Luiz Yarshell e Adriano Camargo Gomes, *Processo judicial eletrônico e acesso à justiça*, in “Processo judicial eletrônico”, coord. Marcus Vinicius Furtado Coêlho e Luiz Cláudio Allemand, Brasília, OAB, Conselho Federal, Comissão Especial de Direito da Tecnologia e Informação, 2014, p. 285).

³⁹⁸ E prossegue: “Essas bases integram uma espécie de ‘pré-sal sociológico’, ou seja, um seixo de dados brutos de larga escala e alto valor científico, esperando ser minerado por pesquisadores tecnicamente habilitados. Como resultado, a sociedade está aos poucos tomando consciência de que o sucesso de reformas legislativas depende de bons diagnósticos a respeito dos problemas reais que são resolvidos pelos tribunais. Se as leis são os medicamentos para os males da convivência social, temos de estar atentos para os tribunais, que são os hospitais onde elas se manifestam” (*Os relatórios estatísticos do CNJ e o aperfeiçoamento da democracia*, Revista do Advogado, ano XXXV, dez./2015, nº 128, pp. 64-54).

Dessa forma, além de responder legitimamente às funções tipicamente jurisdicionais, o princípio da publicidade serve aos objetivos da gestão de processos, remetendo também ao dever de transparência que é inerente a qualquer atividade estatal.

CAPÍTULO IV – OS INSTRUMENTOS TÉCNICO-PROCESSUAIS DE GESTÃO FRENTE AO PODER JURISDICIONAL ESTATAL

26. A resolução de controvérsias repetitivas por instrumentos de gestão: análise de sua pertinência com o conteúdo mínimo da jurisdição

Pelo que se avançou até aqui na análise da gestão realizada pelo Judiciário sobre o volume de processos ou recursos considerados repetitivos ou de massa, é possível compreender como práticas de gestão as estratégias efetivadas pelo Poder Judiciário para racionalização do trabalho e o tempo dedicados às demandas judiciais ou recursos repetitivos. As estratégias estudadas neste trabalho são aquelas concretizadas por intermédio do processo e, portanto, no exercício do poder praticado pelo Judiciário, apropriando-se de uma racionalidade de eficiência com atributos mais coesos com o Poder Executivo (com orientação das ciências da Administração).

Isso se afirma porque a visão estratégica do Judiciário sobre as causas repetitivas, que reflete no âmbito normativo que foi examinado, é uma opção realizada dentre as possíveis a respeito do tratamento do volume de processos que assoberba as nossas Cortes. Como opção que se efetuou diante da escassez dos recursos e da capacidade de trabalho do Judiciário frente àquele volume de processos, as técnicas de gestão são resultado da eleição de prioridades, que como referido anteriormente, são prioridades em boa parte alinhadas com os escopos da jurisdição (pacificação com celeridade e com justiça, tratando os iguais na medida de sua igualdade).

Mas o valor que está ínsito também nessa perspectiva de gerencialismo, sobre a massa de processos judiciais, como referido também, é um valor quantitativo menos ligado à qualidade do serviço jurisdicional e mais à eficiência numérica. Na visão de Lenio Streck, esse fenômeno é resultado de uma “pós-modernidade quantitativa”, criticada por aquele autor por representar um retrocesso no movimento do neo-constitucionalismo³⁹⁹.

³⁹⁹ “Com efeito, o princípio do due process of law, sob o seu viés substantivo, garante ao cidadão a procura do poder judiciário para que lhe proporcione uma proteção jurídica individual. Esse âmbito de proteção individual necessita a apreciação de todas as circunstâncias do caso concreto, aquilo alegado e provado em juízo, não se podendo tomar como base um esquema de representação fraca do fenômeno individual, muito menos do contexto histórico factual que tal processo envolve. A grande evolução do neo-constitucionalismo em garantir a recuperação do ideal de justiça ao dotar normativamente os princípios (e a inclusão da faticidade do mundo no direito) sofre, assim, um retrocesso pelo qual se procura estabelecer uma regra, geral e universalizante, que permita um julgamento massivo de todos os processos pressupostos como iguais. É a plenitude do princípio

Evidentemente que a eficiência não é incompatível com o Poder Judiciário. Há outros mecanismos (não processuais) de gestão dos serviços judiciários sobre os quais os gestores de unidades judiciais começam a se preocupar, o que é fruto de importantes pesquisas empíricas; apenas para exemplificar, podem ser citados: aquele a que já se fez menção neste trabalho, realizado por Paulo Eduardo Alves da Silva⁴⁰⁰ em análise de cartórios judiciais, entrevistas com servidores e verificação de práticas de manuseio de processos nas unidades administrativas, e outro visando apurar o “Custo Unitário do Processo de Execução Fiscal na Justiça Federal”, realizado em parceria do CNJ com o IPEA, a fim de desvendar o funcionamento das atividades realizadas nos processos de execuções fiscais que, na ocasião, representavam 34% do volume total de processos em tramitação⁴⁰¹.

Essa é a gestão que em geral não entra em choque com o conteúdo mínimo da jurisdição porque ela é realizada para fins de divisão e organização administrativa dos serviços judiciais (e nem é objeto desta investigação). Há menor intersecção daquela gestão com a atividade jurisdicional propriamente dita, embora se realize no âmbito do Poder Judiciário⁴⁰².

A outra gestão, que é realizada por mecanismos processuais, é aquela que depende de reflexão sobre ter ou não um espaço legitimamente praticável na jurisdição. Nesse caminho, sobre a possibilidade de o processo ser alvo de gestão, Mauro Oddo

universalizante, ignorando a (im)própria dicotomia dos discursos de fundamentação e aplicação, transformando os segundos em primeiros” (*O direito de obter respostas constitucionalmente adequadas em tempos de crise do direito: a necessária concretização dos direitos humanos cit.*, p. 101). Essa perplexidade é compartilhada por Boaventura de Sousa Santos: “Um dos principais é que iremos passar de uma preocupação da quantidade da justiça para a qualidade da justiça. Ninguém fala hoje na qualidade das sentenças, das decisões, de como o valor da vida e do corpo dos cidadãos portugueses é processado nos tribunais, porque a qualidade da justiça não está na agenda política. Está apenas a quantidade, a morosidade, a ineficácia, as prescrições. São sempre indicadores quantitativos” (*Que formação para os magistrados nos dias de hoje?*, Revista do Ministério Público (Portugal), n. 0, 3º trimestre de 2000, acesso em 17/12/2016; disponível em <http://www.crise-da-justica.com/Que%20forma%C3%A7%C3%A3o%20para%20os%20magistrados.htm>).

⁴⁰⁰ *Gerenciamento de processos judiciais cit.*

⁴⁰¹ *Gestão e jurisdição: o caso da execução fiscal da União*, org. Alexandre dos Santos Cunha e Paulo Eduardo Alves da Silva, Brasília, IPEA, 2013.

⁴⁰² Uma das conclusões extraídas da pesquisa anteriormente mencionada foi de que: “a constatação de que o processo judicial é composto majoritariamente por rotinas de servidores da Justiça, de natureza supostamente administrativa, abre caminho para que estas rotinas sejam racionalizadas sob a premissa da eficiência. As premissas da justiça, das garantias de contraditório e ampla defesa das partes, da formação do livre convencimento do juiz etc. são fundamentais, e seu comprometimento é um risco maior nas atividades judiciais de conhecimento e declaração de direitos. Nas rotinas meramente administrativas, de organização, processamento e arquivamento de documentos, deslocamento de autos entre locais e pessoas, cumprimento de procedimentos formais etc., as premissas de justiça e garantias processuais das partes têm igual ou, inclusive, menor importância que a premissa da eficiência. Nestes casos, o que deveria pautar a condução dos procedimentos seria, por este raciocínio, a eficiência, o enxugamento de procedimentos, a eliminação de rotinas meramente burocráticas e a drástica eliminação de operações formais” (Mauro Oddo Nogueira e Paulo Eduardo Alves da Silva, *O “processo” como “processo”: a relação jurídica processual e o processo produtivo de um serviço público*, in “Gestão e jurisdição: o caso da execução fiscal da União”, *cit.*, pp. 251-252).

Nogueira e Paulo Eduardo Alves da Silva asseveram: “A perspectiva metodológica de que os problemas de eficiência e de acesso à justiça têm fundo nas práticas de gestão e no precário funcionamento do sistema judicial não conduzem a desconsiderar o papel dos institutos e ferramentas processuais nessa investigação. Pelo contrário. O direito processual, conforme seja analisado, pode bem servir para se enfrentar a deficiência da gestão da Justiça. A partir da constatação de que se está diante de um problema de gestão de serviço público, os instrumentos processuais podem ser adaptados ou recondicionados para aprimorar o funcionamento e a organização do sistema”⁴⁰³. Desse ponto de vista, o processo judicial pode ser visto como um “processo produtivo”, cujo resultado é a tutela jurisdicional e o caminho nela embutido, que depende da realização de atos processuais que podem ser mapeados e estudados em suas relações entre si para que sejam praticados da forma mais eficiente possível⁴⁰⁴.

Então, tendo havido a escolha por uma estratégia para que o Judiciário possa lidar com a litigiosidade repetitiva, acredita-se ainda ser possível afirmar que a opção realizada consiste em uma política pública. Segundo o pensamento de Maria Paula Dallari Bucci, “políticas públicas são arranjos institucionais complexos, expressos em estratégias ou programas de ação governamental, que resultam de processos juridicamente regulados, visando adequar meios e fins”. E ela explica que, “[s]alvo duas exceções, que são o SUS e o Fundeb, entendo que a Constituição não contém políticas públicas, mas direitos cuja efetivação se dá por meio de políticas públicas. Assim, política pública não é sinônimo de direito nem pode ser reduzida a disposições jurídicas, em particular a disposições constitucionais. O ponto de partida do estudioso do direito deve ser o de que os arranjos institucionais complexos considerados como políticas públicas são conformados pelo Direito, embora não redutíveis a ele”⁴⁰⁵.

Esses arranjos são variados porque dependem dos objetivos perseguidos pelo Estado e do mecanismo criado para as suas finalidades. No caso das controvérsias de massa ou repetitivas, muitos arranjos foram feitos sobre o instrumento processual, sendo correto afirmar que a escolha por tais arranjos é antes de tudo política, na medida em que há

⁴⁰³ O “processo” como “processo”: a relação jurídica processual e o processo produtivo de um serviço público cit., p. 252.

⁴⁰⁴ O “processo” como “processo”: a relação jurídica processual e o processo produtivo de um serviço público cit., pp. 261-262.

⁴⁰⁵ *Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas*, Biblioteca Digital Fórum Administrativo – Direito Público, Belo Horizonte, ano 9, n. 104, out./2009; <http://dspace.xmlui/bitstream/item/5816/PDIexibepdf.pdf?sequence=1>, acesso em 21/5/2013.

interesses e funções estatais em xeque na opção pelo modo de se exercer a jurisdição sobre os macrolitígios, e é anunciado um objetivo de melhorar a prestação desse serviço público (que interessa a todos). Assim, no tratamento dos litígios repetitivos, há uma estratégia visando à realização dos direitos de acesso tempestivo à justiça e à isonomia.

Os arranjos são uma escolha diante de uma realidade de deficiente enfrentamento dos processos repetitivos (com reflexo no tempo dos processos e na uniformidade dos julgamentos), mas também são um reflexo de uma realidade em que outros mecanismos já se mostraram inócuos, como também se examinou neste trabalho.

A partir do momento em que é implementada, a política pública de tratamento de litígios repetitivos torna-se exercício de poder pelo Judiciário e cabe então questionar a natureza desse poder, frente ao conteúdo mínimo da jurisdição, como se aventou no início deste trabalho. Com esse objetivo, no capítulo anterior, a gestão foi pensada face aos princípios (ou preceitos fundamentais) da jurisdição, que a caracterizam e em grande medida a distinguem das outras funções estatais.

Viu-se que na concepção da gestão dos processos há um comprometimento dos princípios da demanda, da imparcialidade e (muito intenso) do contraditório e, por outro lado, devem ser potencializados os princípios da isonomia e da publicidade, o que conduz a uma percepção de que nesse contexto há um sacrifício de características essenciais da jurisdição.

Esse sacrifício é alto porque, em tema de processos repetitivos ou de massa, o valor liberdade é subestimado, sendo mais valorizado o exercício impositivo do poder jurisdicional. Além disso, o envolvimento de interesses estatais imediatos no tratamento dos processos repetitivos, especialmente com o foco na eficiência quantitativa já enfatizada, põe em dúvida a posição isenta que se espera do Judiciário na solução dos macrolitígios, a despeito de seu protagonismo também destacado nesse âmbito.

Mais, o desequilíbrio entre poderes, posições processuais e ônus das partes indica também que, em uma escala que vai do contraditório formal ao substancial, o ponteiro da gestão de processos aponta mais para o primeiro do que para o segundo.

Por isso, acredita-se que a jurisdição não se encontra naturalmente permeável a práticas de gestão de processos judiciais quando elas não se alimentam adequadamente dos princípios basilares que integram o devido processo legal e estudados no decorrer deste trabalho.

Tércio Sampaio Ferraz traduz esse raciocínio em questionamentos filosóficos sobre a diferença entre julgar e gerenciar, em um contexto de valorização da jurisprudência. Sugerindo não ser compatível com a jurisdição a ideia de gerir quantidades com uma ótica de eficiência mecânica e não substancial, ele expõe que: “Nossa atual civilização tecnológica joga sua capacidade criativa em fórmulas jurídicas cujos máximos valores são a eficiência dos resultados e a alta probabilidade de sua consecução. No campo judicial, o tribunal passa a ser chamado para uma avaliação prospectiva e um julgamento de como as coisas são para ver o que se poderá fazer. Não é difícil imaginar como são tomadas as decisões diante de uma enxurrada de informações, filtradas por ‘modelos’ de gabinete, cuja regra maior é ‘limpar a mesa’. Como se julgar se tornasse um gerenciar repartido em grupos e distribuído em funções, em que a reflexão consistente é substituída pela consulta e cola de informações”⁴⁰⁶.

Com a mesma percepção de que a gestão pode ser excludente das características do poder jurisdicional, Rodolfo de Camargo Mancuso apresenta argumentos de resistência ao tratamento de processos repetitivos por mutações resultantes de política judiciária. Ele argumenta que a jurisdição não pode ser vista como uma prestação primária do Estado (como saúde, educação e segurança são), razão pela qual ela não poderia ser oferecida cada vez em escala maior, com estímulo à demanda, a gerar o “gigantismo” do Judiciário. Assim, afirma-se: “Embora se costume falar em *política judiciária* (por exemplo, o manejo em bloco dos processos repetitivos; o julgamento por amostragem; a jurisdição dominante ou sumulada como paradigma decisório), cabe ponderar que, ou bem essa

⁴⁰⁶ *Julgar não é gerenciar*, 29/09/2014, Folha de São Paulo, Opinião. A ideia é compartilhada por Vera Lúcia Feil Pontiano, para quem “a celeridade da prestação jurisdicional está em foco e em evidência quando se fala em gestão do Judiciário. (...) Contudo, é preciso ponderar que o tempo do processo não é o tempo real da dinâmica social e da economia globalizada (Faria, 2004), sendo necessário, no processo judicial, garantir princípios constitucionais e processuais, especialmente do contraditório e da ampla defesa, além de se atender ao requisito da fundamentação analítica das decisões judiciais (agora positivado no artigo 489, parágrafo 1º, do Novo CPC). Nesse contexto, surge a reflexão sobre o problema da ênfase na celeridade em detrimento da qualidade das decisões judiciais. É suficiente, para se garantir a efetividade da tutela jurisdicional, que o processo tenha um curso rápido mesmo que isso possa implicar em perda da qualidade? (...) Aplicando o conceito de efetividade à gestão do Poder Judiciário e, especialmente, ao combate à morosidade, será atingida a efetividade da prestação jurisdicional na medida em que o Judiciário cumprir de fato sua missão, atingir seus objetivos e se adaptar às mudanças ocorridas na sociedade e no ambiente organizacional. Um Poder Judiciário efetivo sem dúvida gerará a satisfação do usuário do sistema judicial (advogado, procurador, servidor etc.) ou do jurisdicionado (autor, réu ou interessado), não obstante dificilmente seja possível satisfazer ao autor e réu ao mesmo tempo, o que é uma peculiaridade da decisão judicial. Assim, eficiência só não basta! Embora possa ser satisfeito o princípio da razoável duração do processo isso não significa que se produziu uma decisão eficaz, justa e adequada que resolve o problema, pois ‘uma justiça célere não é necessariamente uma justiça melhor’ (Corrêa, p. 101)” (*Eficiência, por si só, não basta para combater morosidade do Judiciário*, Conjur, 5/8/2015, disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-ago-05/vera-ponciano-eficiencia-nao-basta-combater-morosidade>, acesso em 5/8/2015).

nomenclatura não se acomoda como espécie do gênero *política pública* (expressão usualmente atrelada à atividade-fim do Estado), ou bem aquele termo não se acomoda à prestação judiciária estatal, parecendo mais consistente reservar o termo *política pública*, para as prestações *primárias* do Estado, antes lembradas”⁴⁰⁷.

Realmente, a jurisdição não é genuinamente permeada da racionalidade gerencialista, como já se referiu neste trabalho. Isso não quer dizer que a jurisdição não possa se realizar de forma diferente da tradicional. Como já afirmado, admite-se a teoria das funções pela qual a expansão dos poderes Executivo e Legislativo levam ao contrapeso necessariamente praticado pelo Judiciário, com intensidade equivalente, redundando em atividade criativa de normas pelo último, avançando também em processos políticos de gestão dos bens públicos.

Isso justifica admitir que o Judiciário possa julgar não só casos concretos, mas também situações jurídicas gerais ou em abstrato, o que já ocorre naturalmente na jurisdição constitucional realizada no processo objetivo, sem que se cogite, como regra, de intervenção ilegítima do Judiciário no controle de constitucionalidade de atos normativos, ainda que existam notas políticas nessa intervenção⁴⁰⁸.

O mesmo ocorre com a técnica legislativa de utilização de cláusulas gerais, que delegam ao Judiciário a tarefa de, em eventual conflito de interesses, e

⁴⁰⁷ *Acesso à justiça. Condicionantes legítimas e ilegítimas*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, p. 133. Com essa percepção também, Régis de Oliveira Fernandes afirma, ao examinar o modelo processual das execuções fiscais como um problema, ou não, para a gestão desse tipo de controvérsia: “O cerne do que o autor deste texto propôs, ao apresentar o PL no 2.412/2007 (Brasil, 2007), é reconhecer que não bastam alterações processuais. É necessário que se gerencie melhor o procedimento, visando-se à obtenção de certos resultados práticos, como efetiva cientificação do devedor, constrição de bens e pagamento. Ocorre que o campo propício para incentivar a praticidade não é o Poder Judiciário, mas o Poder Executivo. Este último é naturalmente dotado das habilidades necessárias para bem gerir, simplificando processos e obtendo resultados. Ademais, é seu interesse primário bem solucionar estes problemas” (*A proposta de processamento administrativo da execução fiscal à luz do Comunicado nº 83*, in “Gestão e jurisdição. O caso da execução fiscal da União”, org. Alexandre dos Santos Cunha e Paulo Eduardo Alves da Silva, Brasília, IPEA, 2013, p. 110).

⁴⁰⁸ Assim, Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi advertem que há política no sistema de controle abstrato de constitucionalidade de normas pelo Judiciário: “A contraposição entre ‘judicial’ e ‘político’ não ignora a natureza profundamente política na atuação do Judiciário em razão da relevância política de muitos assuntos decididos pelo Judiciário e das consequências políticas de suas decisões. A distinção entre as duas categorias usa como critério a forma de legitimação de cada órgão. Enquanto as autoridades do Legislativo e do Executivo são definidas em eleição popular, o Judiciário fundamenta sua legitimidade na capacidade e independência de seus integrantes, isto é, em elementos não diretamente políticos” (*Curso de processo constitucional. Controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*, 2ª ed., São Paulo, Atlas, 2013, p. 69).

motivadamente⁴⁰⁹, densificar no caso concreto a vontade do legislador⁴¹⁰. Afinal, admite-se que o legislador trabalha com situações gerais e que é inerente a essa atividade uma abstração naturalmente insuficiente para a resolução de casos concretos. E isso é consequência de uma visão pós-positivista pela qual o ordenamento não mais subsiste com os simples textos normativos⁴¹¹.

Neste ponto, pode-se mencionar a posição assertiva de Cândido Rangel Dinamarco, para quem, “a outorga de caráter vinculante a decisões judiciais, que equivale a dotar os tribunais de *poder normativo* e alterar a vigente fórmula brasileira de separação entre os chamados Poderes do Estado, não deve ser feita sem os cuidados e adaptações exigidos pela própria índole e estrutura de nosso sistema de direito escrito. Mas enquanto permanecem demasiadamente apegados a preconceitos conducentes a respeitar o atual *status* como se fora intangível fetiche, o constituinte e o legislador ordinário brasileiros ficarão dando voltas em torno dos profundos e notórios problemas da nossa Justiça, sem reformulação proposta ao sistema de *checks and balances* constitucionais, que se tenha coragem de dar-lhe solução política, porque já se sabe que em regras puramente técnicas de direito processual nenhum resultado eficaz se encontrará”⁴¹².

⁴⁰⁹ Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero enfatizam que essa atividade judicial de criação normativa diante de cláusulas gerais possui legitimidade democrática na racionalidade da argumentação, v. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. XV, cit., pp. 256-257.

⁴¹⁰ Judith Martins-Costa fornece os seguintes subsídios para essa ideia: “A grande diferença entre princípio e cláusula geral, do ponto de vista da atividade judicial, está, pois, em que estas permitem a formação da norma não através da interpretação do princípio, mas pela criação, através da síntese judicial onde encontram como elemento de atuação fatos ou valores éticos, sociológicos, históricos, psicológicos, ou até mesmo soluções advindas da análise comparativista, atuando tais critérios tradicionalmente tidos como extralegais através das verdadeiras “janelas” consubstanciadas em tais cláusulas” (*As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico*, Revista dos Tribunais, vol. 680/1992, pp. 47-58, jun./1992, n. 2.A).

⁴¹¹ Por isso, na Teoria dos Princípios, Humberto Ávila adverte que “é preciso substituir a convicção de que o dispositivo identifica-se com a norma, pela constatação de que o dispositivo é ponto de partida da interpretação; é necessário ultrapassar a credence de que a função do intérprete é meramente descrever significados, em favor da compreensão de que o intérprete reconstrói sentidos, quer o cientista, pela construção de conexões sintáticas e semânticas, quer o aplicador, que soma àquelas conexões as circunstâncias do caso a julgar; importa deixar de lado a opinião de que o Poder Judiciário só exerce a função de legislador negativo, para compreender que ele concretiza o ordenamento jurídico diante do caso concreto” (*Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 14ª ed., São Paulo, Malheiros, 2013, p. 37).

⁴¹² Cândido Rangel Dinamarco, *Efeito vinculante das decisões judiciais cit.*, p. 1128, o que se completa com a ideia já referida na nota n. 222 de que a atuação da vontade concreta perde a dimensão estática e individual para alcançar uma dimensão dinâmica, desapegando-se de relações jurídicas atômicas, quando se passa ao tratamento molecular do macrolitígio. No sentido de que se trata de expressão legítima do Poder Judiciário, há excerto de entrevista concedida pelo Ministro Ricardo Lewandowski que “citou o livro ‘A era dos direitos’, do filósofo e historiador italiano Norberto Bobbio, segundo o qual, na transição entre os séculos XX e XXI, o mundo passou a viver a era dos direitos, com o Poder Judiciário assumindo papel fundamental. Ele lembrou que o século XIX, com o triunfo das revoluções liberais, foi o século do Poder Legislativo, ‘o grande órgão de expressão da vontade do povo’. Já o século XX, acrescentou, em função das revoluções e das guerras, o Poder Executivo se tornou o mais apto a enfrentar os grandes desafios da época. ‘Mas o século XXI é o século do Poder Judiciário’, assinalou” (*CNJ – O Século XXI marca a era dos direitos e o Poder Judiciário*, afirma

Também na qualidade de produtor de decisões com alcance geral (que resultam de enunciados vinculantes ou precedentes judiciais), o Judiciário encontraria fundamento constitucional em sua atuação, ligando-se ao escopo fundamental da jurisdição que é de pacificação social. O ativismo que reside nessa atuação do Judiciário não é necessariamente pernicioso aos atributos da jurisdição, desde que observadas certas condições. A posição de *law-maker* dos juízes pode ser admitida, conforme acentua Cappelletti, se garantidas a imparcialidade (do magistrado com relação aos interesses sob julgamento) e a independência (em relação a interferências externas e especialmente àquelas provenientes de poderes políticos)⁴¹³, e exercida a atividade em observância rigorosa do dever de motivação⁴¹⁴.

Além disso, acrescenta-se a essas condições que o fator de legitimação democrática da “produção normativa” pelo Judiciário atribui-se ao contraditório, que é outro importante elemento na jurisdição praticada no exercício da gestão de processos judiciais repetitivos. Nessa linha, Cândido Rangel Dinamarco alerta sobre a necessidade de “inserir no conceito o elemento político representado pelo contraditório, que é portador de ideias de atração do processo aos seus objetivos extrajurídicos”⁴¹⁵.

Portanto, é possível que o Judiciário adote como política pública de tratamento de macrolitígios os instrumentos de gestão, incorporando-se ao processo civil estratégias de eficiência e de alocação adequada de recursos públicos, próprias dos poderes de administração, e seguindo os vetores de padronização e centralização decisória. Se o Judiciário pode interferir em políticas públicas, como acaba por fazer em macrolitígios envolvendo o direito à saúde ou à educação, por exemplo, é porque ele pode implementar políticas públicas conformando o seu próprio serviço aos recursos estatais escassos.

A única condição para que isso se realize de forma legítima, no equilíbrio entre os poderes da República, é que seja respeitado o mínimo existencial da jurisdição, antes

Ricardo Lewandowski, publicado em <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/61987-o-seculo-xxi-marca-a-era-dos-direitos-e-do-poder-judiciario-afirma-ricardo-lewandowski>, 14/8/2014, acesso em 12/7/2016).

⁴¹³ *Juízes legisladores cit.*, p. 75.

⁴¹⁴ Quanto à motivação, o mesmo autor indica que se trata do fator de legitimação de tais decisões, mediante a qual “os tribunais superiores sujeitam-se a um grau de ‘exposição’ ao público e de controle por parte da coletividade, que também os pode tornar, de forma indireta, bem mais ‘responsáveis’ perante a comunidade do que muitos entes e organismos administrativos (provavelmente a maioria deles), não expostos a tal fiscalização continuada do público” (*Juízes legisladores cit.*, pp. 98-99).

⁴¹⁵ *A instrumentalidade do processo cit.*, n. 30, p. 272, nota de rodapé n. 166.

tratado, com o mais alto grau possível de preocupação quanto à participação e, tanto quanto possível, das liberdades individuais⁴¹⁶.

Essa é a tônica do Projeto de Lei n. 8.058/2014, pendente perante a Câmara dos Deputados, com o objetivo de estabelecer um processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário. O projeto prevê que o referido processo especial terá a natureza de ação coletiva proposta pelos legitimados (já autorizados por lei própria vigente), com chamamento da autoridade responsável pela efetivação da política pública a fim de serem tomados dados sobre o tema, todos ligados aos poderes de administração, e a oitiva de representantes da sociedade civil e de instituições e de órgãos especializados, em audiência pública (arts. 3º, 6º e 10).

O projeto também estipula a possibilidade de submeter o conflito a mecanismos não-estatais de solução de controvérsias (arbitragem, conciliação e mediação: arts. 11 a 13) e, caso não haja composição por aqueles meios, o instrumento adjudicatório terá características bastante especiais: “I – estruturais, a fim de facilitar o diálogo institucional entre os Poderes; II – policêntricas, indicando a intervenção no contraditório do Poder Público e da sociedade; III – dialogais, pela abertura ao diálogo entre o juiz, as partes, os representantes dos demais Poderes e a sociedade; IV – de cognição ampla e profunda, de modo a propiciar ao juiz o assessoramento necessário ao pleno conhecimento da realidade fática e jurídica; V – colaborativas e participativas, envolvendo a responsabilidade do Poder Público; VI – flexíveis quanto ao procedimento, a ser consensualmente adaptado ao caso concreto; VII – sujeitas à informação, ao debate e ao controle social, por qualquer meio adequado, processual ou extraprocessual; VIII – tendentes às soluções consensuais, construídas e executadas de comum acordo com o Poder Público; IX – que adotem, quando necessário, comandos judiciais abertos, flexíveis e progressivos, de modo a consentir soluções justas, equilibradas e exequíveis; X – que flexibilizem o cumprimento das decisões; XI – que prevejam o adequado acompanhamento do cumprimento das decisões por pessoas

⁴¹⁶ Sobre esta coesão com o poder jurisdicional, afirma-se: “A via processual adequada para o controle jurisdicional de políticas públicas são as *ações coletivas*, pois sendo estas necessariamente igualitárias e universais, só elas podem dar uma resposta jurisdicional igualitária e universal. E o Judiciário pode ser chamado para dirimir chamados *conflitos de interesse público* desenvolvidos a partir da década dos '50 do século passado no direito norte-americano. (...) Esse novo processo, que demanda grande ativismo judicial exigindo a ampliação do contraditório e maior publicidade, participação e transparência, ainda não existe formalmente no Brasil. Mas o projeto de lei n. 8.058 de 2014, em tramitação na Câmara dos Deputados, institui e disciplina o controle jurisdicional de políticas públicas” (Cintra, Grinover e Dinamarco, *Teoria geral do processo cit.*, n. 234-A, pp. 385-386).

físicas ou jurídicas, órgãos ou instituições que atuem sob a supervisão do juiz e em estreito contato com este” (art. 2º).

Além disso, em caso de processos individuais ou recursos versando sobre a mesma política pública, o projeto esclarece que pode haver reunião de causas em primeira instância ou em grau recursal, objetivando-se a prolação de decisão exequível (arts. 23 e 25), e também acrescenta a possibilidade de conversão da ação individual em ação coletiva (seja em razão de direitos indivisíveis ou por ser necessário o tratamento isonômico das partes do macrolitígio), mantida a legitimidade do autor individual, que fica adicionada à legitimidade de um coautor com representatividade coletiva (art. 30).

A judicialização de políticas públicas já é uma realidade – alarmante dadas as consequências que ela provoca quando feita de forma assimétrica –, o que sugere que o Judiciário pode transformar-se em realizador de políticas públicas sobre os serviços judiciários pelos quais ele próprio é responsável, legitimando a sua atuação pelos mecanismos legalmente dispostos para a resolução de controvérsias massificadas, especialmente aqueles voltados à participação⁴¹⁷. Aos processualistas, por sua vez, compete o questionamento sobre se tais mecanismos estão alinhados com o devido processo legal.

Nessa linha de questionamento, é bastante simbólico o veto ao art. 333 do CPC de 2015, que previa a hipótese de conversão da ação individual em ação coletiva. Embora o texto do projeto previesse no §2º do art. 333 que “A conversão não pode implicar a formação de processo coletivo para a tutela de direitos individuais homogêneos”, o que enxugaria o alcance do instrumento, a propósito, para macrolitígios envolvendo talvez direitos pseudoindividuais.

Porém, nas razões do voto Presidencial, afirma-se que “o novo Código já contempla mecanismos para tratar demandas repetitivas. No sentido do veto manifestou-se também a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB”⁴¹⁸, o que reforça o inconformismo com

⁴¹⁷ Nessa direção, em análise de mecanismos possíveis para a judicialização de direitos fundamentais envolvidos em políticas públicas, Susana Henriques da Costa observa que a politização da atividade jurisdicional deve vir acompanhada do aumento da participação, não para que ele se transforme em um poder majoritário: “De fato, a partir do momento em que o Poder Judiciário passa a decidir sobre direitos sociais e politiza a sua atuação, é necessário incrementar os mecanismos de legitimação da decisão pela participação e oitiva dos grupos envolvidos, nem sempre incorporados à relação jurídica processual. É importante pontuar, porém, que essa necessidade de ampliação de espaços de participação não significa transformar o Poder Judiciário em um poder majoritário. Ao contrário, o Judiciário continua mantendo sua natureza essencial de poder contramajoritário, garantidor dos interesses de grupos menos articulados na teia social” (*A imediata judicialização dos direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial. Relação direito e processo, cit.*, p. 367).

⁴¹⁸ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Msg/VEP-56.htm

os instrumentos que o Estado está disposto a conceder para controvérsias repetitivas, em descuido com alguns princípios essenciais relacionados ao exercício da jurisdição.

CAPÍTULO V – CONCLUSÕES

O objetivo da tese ora apresentada foi o exame dos mecanismos processuais de tratamento de processos judiciais ou recursos repetitivos na justiça civil brasileira. Procurou-se demonstrar no decorrer do trabalho que o Judiciário pratica atividades atípicas – ou seja, com características não exclusivamente jurisdicionais – quando racionaliza o tratamento de demandas ou questões repetitivas por intermédio de instrumentos processuais gerenciais.

Esses instrumentos enfrentam tanto os chamados macrolitígios (litigiosidade de massa), quanto a repetitividade de questões incidentais, parciais ou acessórias em determinadas controvérsias (cuja questão de fundo pode nem ser coincidente) que, juntos, representam uma numerosidade de casos com os quais o Judiciário não está sendo capaz de lidar há muitos anos.

Com a intenção de demonstrar a natureza daquela atividade atípica, foi proposta uma distinção entre os conceitos de gerenciamento de processo (ou *case management*) e gestão de processos, embora a semântica não-jurídica contida nessas expressões pudesse ser coincidente.

Estudamos, então, as origens do *case management*, cuja fonte mais primitiva e evidente foi o direito inglês por meio das *Civil Procedure Rules*, regras idealizadas por equipe de trabalho do Lord Woolf, que procurou tornar mais célere, barato e eficiente o trâmite em geral do processo civil inglês. As características ali surgidas para o *case management* foram de criação de procedimentos distintos para cada tipo de disputa e de acordo com a sua complexidade, de incentivo às partes para a resolução amigável do conflito e de outorga de poderes para o juiz a fim de realizar o impulso e o controle sobre o procedimento, o que representou uma atenuação do modelo adversarial próprio daquele sistema de família dominante anglo-saxã.

Atenuação análoga verificou-se no direito norte-americano, onde o *case management* também encontrou espaço nas *Rules 16*, especialmente a partir de 1983, quando foi inserida regra obrigando o juiz a realizar uma audiência de organização do processo (*pretrial conference*), na qual ele deveria montar com as partes um calendário para o processo, definindo previamente os atos processuais e seus termos.

Em países de tradição romano-germânica, verificou-se que também houve ocorrências legislativas de *case management*. Em Portugal, por exemplo, desde o Código de Processo Civil anterior (o atual é de 2013), já se consolidavam os poderes do juiz para adequação do procedimento em função da natureza da controvérsia; naquele país, também houve experiência com mecanismo de agregação de ações para decisões serem tomadas em conjunto, um importante caso de gestão de processos que se repetem.

A possibilidade de adaptação do procedimento e de calendarização dos atos processuais também foi incorporada ao direito francês, com evidências de que houve influência da doutrina do *case management* para a calendarização e, por outro lado, presença marcante, antes mesmo dos anos 1990, da adaptabilidade procedimental.

Com a análise da experiência estrangeira sobre o tema, verificou-se que o *case management* foi capaz de produzir efeitos diferentes a depender do modelo dominante no sistema processual em que se inseriu. Nos países baseados nas tradições de *common law*, as práticas de *case management* correspondem, como dito, a um abrandamento do controle que as partes possuíam sobre o processo e o seu desenvolvimento; de seu turno, nos países com raízes na *civil law*, o *case management* foi introduzido com o objetivo de conferir às partes maior participação sobre o procedimento e o seu ritmo, o que temperou os poderes do juiz, que eram tradicionalmente bastante intensos naqueles sistemas.

Foi analisada a chegada da doutrina do *case management* no Brasil, passando pelos principais trabalhos acadêmicos ou mesmo institucionais ligados ao Judiciário e que se inspiraram nos instrumentos de gerenciamento. Ao definir a categoria jurídico-processual do *case management*, observou-se que os estudos produzidos não revelam características a mais que o separe dos poderes de direção material do juiz sobre o processo, mesmo que as técnicas possam variar, serem acentuadas ou não, de acordo com escolhas legislativas.

Por sua vez, com relação à ideia de gestão de processos judiciais, foi preciso reconhecer que a doutrina não enfrentara até então o tema sob a ótica do poder jurisdicional e suas características essenciais. Para a gestão estudada nesta tese, propõe-se que elas sejam as estratégias efetivadas pelo Poder Judiciário para racionalização do trabalho com as demandas judiciais ou recursos repetitivos, pautado por uma racionalidade de gerencialismo que influencia atualmente não só o poder jurisdicional, mas especialmente o poder administrativo. Tudo isso a provocar reflexão sobre a compatibilidade entre a racionalidade do processo e a racionalidade gerencialista, o que se fez em momento seguinte da tese na análise dos princípios fundamentais da jurisdição que são afetados pela gestão de processos.

Como um passo anterior à análise dos princípios, foram apontados os vetores para os quais apontam o gerenciamento de processo, de um lado, e a gestão de processos, de outro, a fim de confirmar que se trata de dois fenômenos bastante diferentes.

Os vetores próprios do gerenciamento são os de customização e consensualismo, uma vez que o *case management* é caracterizado pela maior abertura do processo aos métodos autocompositivos de resolução de controvérsias, pela possibilidade de flexibilização do procedimento a partir de necessidades específicas do caso concreto e, finalmente, pela calendarização do procedimento, que representa a presença dos litigantes na tomada de decisão sobre o tempo e modo dos atos do processo.

Por sua vez, a gestão de processos aponta para sentido oposto, visando à padronização de procedimentos e resultados e a concentração decisória em tribunais de revisão ou mesmo de uniformização, realidades que são tendencialmente avessas ao consensualismo e à customização.

Em outro avanço no tema da gestão, afirmou-se que a jurisdição já não se realiza exclusivamente com os seus traços tradicionais, sendo complementada por elementos das funções legislativa e administrativa às quais ela não fica imune, ainda que se admita tal fenômeno como resultado de um ativismo judicial (tema este cuja legitimidade democrática e contaminação por ideologias não foram enfrentadas nesta tese, por merecer pesquisa aprofundada em outra investigação e com objetivos diversos).

Abordamos a evolução da escala de “repetitividade” no ordenamento brasileiro, que teve origem no conceito de efeito multiplicador, passando por outros conceitos adotados pela legislação que não mudaram a situação de incerteza quanto a um parâmetro quantitativo para aferição da numerosidade de pretensões que mereceriam tratamento diferenciado.

Para complementar a construção do conceito de gestão, foi necessário apreender os valores que lhe são subjacentes e por quem eles são apropriados. Não se verificou um choque de referidos valores com os escopos social, político e jurídico da jurisdição; porém, a constatação de que existe um interesse estatal e do Judiciário na gestão de processos leva a preocupações com a legitimidade dos mecanismos gerenciais para o enfrentamento da crise de confiança e de eficiência que aquele poder enfrenta.

Definimos os instrumentos técnico-processuais gerenciais como aqueles desenhados para, por meio do processo, atingir a resolução racional e uniforme de questões

repetitivas ou de massa, seguindo os vetores de padronização e concentração decisória e consideramos que tais instrumentos devem se adequar aos princípios fundamentais do processo.

Classificamos tais instrumentos em gestão originária e gestão derivada, sendo a primeira aquela que socorre o Judiciário com mecanismos capazes de racionalizar de modo direto o trâmite de processos pendentes, enquanto a segunda viabiliza a aceleração do procedimento diante de julgamento prévio de questão repetitiva pelos órgãos competentes; ambas enfrentando a litigiosidade quando já instaurada, o que, em tese, assegura o direito de ação.

Identificamos como fragilidade desses instrumentos o fato de serem apenas reflexamente representativos (no caso da gestão originária), e se basearam em uma lógica autoritária, e, portanto, menos democrática do que a lógica da convivência entre as ações coletivas e as ações individuais. Também verificamos, sobre o tema da representatividade, que ela se torna uma questão decisória e judicial, a despeito de ser autêntico assunto da esfera privada e extraprocessual; assim, há um inapropriado protagonismo judicial onde o espaço deveria ser exclusivamente privado, confirmando o comprometimento do consensualismo em tema de gestão. No caso da gestão derivada, que se realiza após o trâmite de um processo ou recurso supostamente “representativo”, a representatividade é ainda mais atacada porque o seu controle sequer é contemporâneo ao procedimento no qual é aplicada a gestão, evitando que ele seja de fato exercido pelos titulares do direito sob julgamento; na gestão derivada, o consensualismo torna-se uma realidade ainda mais virtual.

Para estabelecer um paralelo desses mecanismos de gestão com outros instrumentos menos gerenciais de tratamento de questões repetitivas, aventamos as deficiências das ações coletivas, das técnicas de uniformização de decisões e das ações de controle concentrado de constitucionalidade (as quais possuem um apenas aparente alcance *erga omnes*).

Trilhado esse caminho, examinou-se a gestão à luz dos princípios fundamentais do processo civil, inafastabilidade da jurisdição, isonomia, imparcialidade, independência, contraditório e publicidade, concluindo-se que há um sacrifício dos princípios da demanda, da imparcialidade e (muito intenso) do contraditório, que são elementos inseparáveis do poder jurisdicional.

Demonstrou-se que o valor liberdade é subestimado, sendo mais valorizado o exercício impositivo do poder jurisdicional e que deve ser colocada em dúvida a isenção desse poder na solução dos macrolítgios, na medida em que eles criam um centro autônomo de interesses que afeta o desempenho e a confiança do Judiciário. Destacou-se, ainda, a existência de um desequilíbrio entre poder judicial e direitos ou ônus das partes, indicando que, ao contrário do que se pensa para a jurisdição tradicional, o Código de Processo Civil de 2015 é um diploma que fortaleceu intensamente os poderes judiciais.

Por si só, não há incompatibilidade entre a jurisdição e a busca por eficiência, que é a tônica das práticas de gestão em qualquer segmento de poder. Porém, precisa ser pensado se há espaço legitimamente praticável na jurisdição com as práticas de gestão que se realizem com o processo. Embora a jurisdição não seja historicamente caracterizada por práticas de gestão de processos judiciais, elas são legítimas desde que se alinhem com os princípios fundamentais da jurisdição, o que não se verifica nos instrumentos gerenciais tratados nesta tese.

A jurisdição que se pratica para casos repetitivos ou de massa é diferenciada em relação à jurisdição tradicional. Realiza-se de forma mais voltada à solução adjudicatória dos litígios, é mais autoritária, além de ser propícia para o abandono de instrumentos autocompositivos de solução de controvérsias, sendo esta a crítica que se faz à gestão hoje praticada pelo poder jurisdicional no Brasil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABBOUD, Georges, LUNELLI, Guilherme. *Ativismo judicial e instrumentalidade do processo. Diálogos entre discricionariedade e democracia*, Revista de Processo, vol. 242/2015, abril/2015, pp. 21-47, DTR\2015\10959.
- ABDO, Helena. *Mídia e processo*, São Paulo, Saraiva, 2011.
- ABREU, Rafael Sirangelo de. *Igualdade e processo: posições processuais equilibradas e unidade do direito*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015.
- ALENCAR, Letícia Oliveira Lins de. *Desmistificando o instituto: a súmula vinculante é eficaz?*, monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP, São Paulo, 2010, disponível em http://www.sbdp.org.br/monografias_ver.php?idConteudo=167.
- ALLISON, Christine Rothmayr. *Le droit et l'administration de la justice face aux instruments managériaux*, Droit e Société 2013/2 (n° 84), Dossier Rationalité juridique vs rationnalité managériale, Revue Internationale de Theorie du Droit et de Sociologie Juridique, pp. 277-289.
- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *O Formalismo-valorativo no confronto com o Formalismo excessivo*. Revista de Processo, São Paulo, vol. 31, n. 137, julho de 2006, pp. 7-31.
- _____. *O juiz e o princípio do contraditório*, Revista de Processo, vol. 71/1993, jul.-set./1993, pp. 31-38, DTR\1993\334.
- _____. *Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica*, in “As grandes transformações do Processo Civil Brasileiro – Homenagem ao Professor Kazuo Watanabe”, São Paulo, Quartier Latin, 2009, pp. 32-48.
- ALVIM, Arruda. *Aspectos principiológicos no Projeto de Novo Código de Processo Civil*, in “O processo em perspectiva – Jornadas Brasileiras de Direito Processual”, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, pp. 71-103.
- AMARAL, Guilherme Rizzo. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*, Revista de Processo, vol. 196/2011, jun./2011, pp. 237-274, DTR\2011\1616.
- ANDRADE, Érico. *As novas perspectivas do gerenciamento e da contratualização do processo*, Revista de Processo, v. 36, n. 193, mar./2011, pp. 167-200.
- ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*, orientação e revisão da tradução: Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009.

- _____. *Relações entre a corte e as partes na era do case management*, trad. Fernanda Medina Pantoja, Marcela Kohlbach Faria e Paula Bezerra de Menezes, Revista de Processo, v. 38, n. 217, mar./2013, pp. 181-203.
- ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais. Para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014.
- _____. *Reflexões sobre o princípio da demanda*, in “Processo e Constituição. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira”, coord. Luiz Fux, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, pp. 587-603.
- ARMELIN, Donaldo. *Uma visão da crise atual do Poder Judiciário*, Justiça e Sociedade – Revista da Faculdade de Ciências Jurídicas, Administrativas e Contábeis, UNOESTE, ano 5, edição especial 2003, pp. 9-21.
- AROCA, Juan Montero. *El derecho procesal en el siglo XX*, disponível em <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/1/114/13.pdf>; acesso em 26/7/2016.
- ASPERTI, Maria Cecília de Araújo. *Meios consensuais de resolução de disputas repetitivas: a conciliação, a mediação e os grandes litigantes do Judiciário*, dissertação apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre, São Paulo, 2014.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 14ª ed., São Paulo, Malheiros, 2013.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. *Juiz natural no processo penal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, 30ª ed., São Paulo, Malheiros, 2013.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A revolução processual inglesa*, Revista de Processo, vol. 118/2004, nov.-dez./2004, pp. 75-88, DTR\2004\667.
- _____. *La igualdad de las partes en el proceso civil*, Revista de Processo, vol. 44/1986, pp. 176-185, out.-dez./1986, DTR\1986\149.
- _____. *La publicité des actes de procédure comme garantie constitutionnelle en droit brésilien*, in “Temas de direito processual – Oitava Série”, São Paulo, Saraiva, 2004, pp. 69-76.
- _____. *O neoprivatismo no processo civil*, Revista de Processo, vol. 122/2005, abr./2005, pp. 9-21, DTR\2005\309.
- _____. *Saneamento do processo e audiência preliminar*, in “Temas de direito processual – quarta série”, São Paulo, Saraiva, 1989, pp. 105-144.

- _____. *Sobre a “participação” do juiz no processo civil*, in “Participação e processo”, coord. Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1988, pp. 380-394.
- _____. *Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos*, in “Temas de Direito Processual Civil – Terceira Série”, São Paulo, Saraiva, 1984, pp. 193-221.
- _____. *Uma novidade: o código de processo civil inglês*, Revista de Processo, vol. 99/2000, pp. 74-83, jul.-set./2000, DTR\2000\756.
- BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. *Situações jurídicas homogêneas: um conceito necessário para o processamento das demandas de massa*, Revista de Processo, vol. 186/2010, ago./2010, pp. 87-107, DTR\2010\556.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*, 5ª ed., São Paulo, Malheiros, 2009.
- _____. *Efetividade do processo e técnica processual*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 2007.
- BENEDUZI, Renato. *Comentários ao Código de Processo Civil. Arts. 70 ao 187*, vol. II, coord. Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016.
- BENETI, Sidnei. *Doutrina de precedentes e organização judiciária*, Revista de Direito Administrativo, n. 246, set.-dez./2007, pp. 318-340.
- _____. *Unidade de jurisdição e filtros de temas nacionais nos tribunais superiores*, in “40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil: passado, presente e futuro”, org. Flávio Luiz Yarshell e Camilo Zufelato, São Paulo, Malheiros, 2013, pp. 706-714.
- BENUCCI, Renato Luís. *A repercussão geral no recurso extraordinário como instrumento de gestão judiciária*, Revista Dialética de Direito Processual, n. 63, jun./2008, pp. 116-125.
- BIRNBAUM, Harold F. *Stare decisis vs. Judicial Activism: nothing succeeds like success*, American Bar Association Journal, vol. 54, mai./1968, pp. 482-488.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*, 10ª ed., Brasília, Editora UNB, 1999.
- BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz. *Case management by arbitrators: experiences and suggestions*, Revista de Arbitragem e Mediação, v. 4, n. 12, jan./mar./2007, pp. 103-113.
- BONCI, Marco. *Active Case Management – English reception and Italian rejection*, Revista de Processo, v. 38, n. 219, maio/2013, pp. 225-237.

- BONFIM, Daniela Santos. *A legitimidade extraordinária de origem negocial*, in “Negócios processuais”, coord. Antonio do Passo Cabral e Pedro Henrique Nogueira, Salvador, Juspodivm, 2015, pp. 335-352.
- BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. *Princípios do processo no novo Código de Processo Civil*, São Paulo, Saraiva, 2016.
- BOTELHO DE MESQUITA, José Ignacio. *A crise do Judiciário e o processo?*, in “Teses, Estudos e Pareceres de Processo Civil”, vol. I, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, pp. 255-262.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas*, Biblioteca Digital Fórum Administrativo – Direito Público, Belo Horizonte, ano 9, n. 104, out./2009; <http://dspace.xmlui/bitstream/item/5816/PDIexibepdf.pdf?sequence=1>, acesso em 21/5/2013.
- BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus Curiae e a evolução do direito processual civil*, in “O Processo em perspectiva: Jornadas Brasileiras de Direito Processual”, org. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, pp. 105-129.
- _____. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil: comentários sistemáticos às Leis n. 11.187, de 19-10-2005, e 11.232, de 22-12-2005*, São Paulo, Saraiva, 2006.
- _____. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*, vol. I, São Paulo, Saraiva, 2007.
- CABRAL, Antonio de Passo. *Convenções processuais*, Salvador, Juspodivm, 2016.
- _____. *Imparcialidade e imparcialidade. Por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal*, Revista de Processo, vol. 149/2007, jul./2007, pp. 339-364, DTR\2007\794.
- CADIET, Loïc. *La tendance a la contractualisation de la justice et du procès*, Revista de Processo, vol. 261/2016, nov./2016, pp. 117-137, DTR\2016\24257.
- _____. *Les conventions relatives au procès en droit français sur la contractualisation du règlement des litiges*, Revista de Processo, vol. 160/2008, jun./2008, pp. 61-82, DTR\2008\348.
- _____. *Los acuerdos procesales en derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y de la justicia en Francia*, Civil Procedure Review, v. 3, n. 3, ago.-dez./2012, pp. 3-35.
- CAHALI, Cláudia Elisabete Schwerz. *O gerenciamento de processos judiciais em busca da efetividade da prestação jurisdicional*, Brasília, Gazeta Jurídica, 2013.
- CALAMANDREI, Piero. *Processo e democrazia*, Padova, Cedam, 1954.

- CALLEGARI, José Antonio. *Gestão processual em busca da razoável duração do processo*, LTr: Revista Legislação do Trabalho, v. 73, n. 11, nov./2009, pp. 1367-1373.
- CALMON, Petronio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*, 2ª ed., Brasília, Gazeta Jurídica, 2013.
- CALMON DE PASSOS, J. J. *A crise do Poder Judiciário e as reformas instrumentais: avanços e retrocessos*, Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, ano III, n. 15, jan.-fev./2002, pp. 5-15.
- CAMBI, Eduardo, MARGRAF, Alencar Frederico. *Casuísmos judiciais e precedentes judiciais*, Revista de Processo, vol. 248/2015, out./2015, pp. 311-330, DTR\2015\15872.
- _____. *Neoprivatismo e neopublicismo a partir da lei 11.690/2008*, Revista de Processo, vol. 167/2009, jan./2009, pp. 25-51, DTR\2009\125.
- _____. *Jurisimprudência – a independência do juiz ante os precedentes judiciais como obstáculo à igualdade e a segurança jurídicas*, Revista de Processo, vol. 231/2014, mai./2014, pp. 349-363, DTR\2014\1796.
- CAMPELO, José Norberto Lopes. *Racionalização de procedimentos e acesso à justiça: o interesse geral como instrumento de afirmação da competência do Conselho Nacional de Justiça*, Revista do Advogado, ano XXXV, dez./2015, nº 128, pp. 50-54.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Crise do Poder Judiciário*, in “Anais da XIII Conferência Nacional da OAB”, 1990.
- _____. *Direito Constitucional e teoria da constituição*, Coimbra, Almedina, 2002.
- CAPONI, Remo. *Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali*, Civil Procedure Review, v. 1, n. 2, jul.-set./2010, pp. 42-57.
- CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, trad. Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1988, reimpressão em 2015.
- _____. *Juízes legisladores*, trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1999.
- _____. *Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas*, Revista de Processo, vol. 65/1992, jan.-mar./1992, pp. 127-143, DTR\1992\37.
- CARVALHO, Milton Paulo de. *Os princípios e um Novo Código de Processo Civil*, in “Bases Científicas para um renovado Direito Processual”, vol. 1, org. Athos Gusmão Carneiro e Petrônio Calmon, Brasília, IBDP – Instituto Brasileiro de Direito Processual, 2008, pp. 199-239.

- CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR)*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, 31ª ed., São Paulo, Malheiros, 2015.
- CHAYES, Abram. *The role of the judge in public law litigation*, Harvard Law Review, vol. 89, maio/1976, n. 7, pp. 1281-1316.
- CIOCCHINI, Pablo Agustín Grillo. *Caseflow management y el rol del juez*, Revista del colegio de abogados de la plata, n. 59, jan.-dez./1998, ano XXXVIII, pp. 169-183.
- COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e tecnica del “giusto processo”*, Torino, G. Giappichelli, 2004.
- CORDEIRO, Fernando Antonio Sabino. *A crise na gestão de cartório judicial e a prestação jurisdicional satisfatória*, Revista da Esmape, v. 16, n. 33/34, jan.-dez./2011, pp. 163-179.
- CORSALE, Massimo. *Certezza del diritto e crisi di legittimità*, Milano, Giuffrè, 1979.
- COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Calendarização processual*, in “Negócios processuais”, coords. Antonio de Passo Cabral e Pedro Henrique Nogueira, Salvador, Juspodivm, 2015, pp. 353-369.
- COSTA, João Ricardo dos Santos. *O uso predatório da Justiça*, Correio Braziliense de 28/4/2014, Caderno Opinião.
- COSTA, Leonardo José Carneiro da. *O regime processual das causas repetitivas*, in “Leituras complementares de processo civil”, coord. Fredie Didier Jr., 8ª ed. Salvador, Juspodivm, 2010.
- COSTA, Susana Henriques da. *A imediata judicialização dos direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial. Relação direito e processo*, in “O processo em perspectiva. Jornadas Brasileiras de Direito Processual”, org. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, pp. 345-370.
-
- . *STF e os filtros ao acesso à Justiça: gestão processual ou vantagem ao grande litigante?*, Estadão, Política, 18/9/2014, disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/supremo-em-pauta/stf-e-os-filtros-ao-acesso-a-justica-gestao-processual-ou-vantagem-ao-grande-litigante/>, acesso em 30/6/2015.
- CUNHA, Alexandre dos Santos, SILVA, Paulo Eduardo Alves da (org.). *Gestão e Jurisdição: o caso da execução fiscal da União*, in “Coleção Diálogos para o Desenvolvimento”. vol. 9, Brasília, IPEA, 2013.
- CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *O regime processual das causas repetitivas*, Revista de Processo, vol. 179/2010, jan./2010, pp. 139-174, DTR\2010\76.

- DALL'AGNOL JR., Antônio Janyr. *O princípio dispositivo no pensamento de Mauro Cappelletti*, Revista da Ajuris, Porto Alegre, AJURIS, n. 46, jul./1989, pp. 97-115.
- DAMASKA, Mirjan R. *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, Il Mulino, Bologna, 1991.
- DE CRISTOFARO, Marco. *Case management e riforma del processo civile, tra effettività della giurisdizione e diritto costituzionale al giusto processo*, Rivista di Diritto Processuale, CEDAM, ano LXV, n. 2, mar.-abr./2010, pp. 282-305.
- DEL CLARO, Roberto. *Direção material do processo*, tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Doutor, São Paulo, 2009.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*, vol. I, 18ª ed., Salvador, Juspodivm, 2016.
- _____. *Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo*, Revista de Processo, v. 36, n. 198, ago./2011, pp. 213-225.
- DIMOULIS, Dimitri, LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional. Controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*, 2ª ed., São Paulo, Atlas, 2013.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003.
- _____. *Efeito vinculante das decisões judiciais*, in “Fundamentos do Processo Civil Moderno”, 3ª ed., vol. II, São Paulo, Malheiros, 2000, pp. 1122-1150.
- _____. *Instituições de Direito Processual Civil*, vols. I e II, 5ª ed., São Paulo, Malheiros, 2005.
- _____. *Nova era do processo civil*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 2007.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, São Paulo, Martins Fontes, 1999.
- EMMERT, Frank. *Stare Decisis – A universally misunderstood idea?*, maio de 2012, disponível em <http://ssrn.com/abstract=2052660> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2052660>; acesso em 30/5/2014.
- EZEQUIEL, Caroline Dal Poz. *Os “circuits” do direito processual francês e a possibilidade de sua adoção pelo ordenamento jurídico brasileiro*, Revista de Processo, vol. 255/2016, mai./2016, pp. 389-409, DTR\2016\4684.
- FASCHING, Hans Walter. *Posição dos princípios da oralidade e da imediação no processo civil moderno – descrita à luz de alguns ordenamentos processuais centro-europeus*, Revista de Processo, vol. 39/1985, jul.-set./1985, pp. 27-34, DTR\1985\26.

FARIA, José Eduardo. *A crise do Poder Judiciário no Brasil*, Revista Semestral de Informação e Debates, n. 1, 1º semestre de 1996, pp. 18-64.

FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*, 8ª ed., Padova, Cedam, 1996.

FERNANDES, Régis de Oliveira. *A proposta de processamento administrativo da execução fiscal à luz do Comunicado nº 83*, in “Gestão e jurisdição. O caso da execução fiscal da União”, org. Alexandre dos Santos Cunha e Paulo Eduardo Alves da Silva, Brasília, IPEA, 2013, pp. 97-122.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Julgar não é gerenciar*, Folha de São Paulo, Opinião, 29/09/2014.

_____. *O Judiciário frente à divisão de poderes: um princípio em decadência?*, Revista USP, n. 21, 1994, pp. 13-21.

FILHO, Vicente Greco. *Direito Processual Civil brasileiro*, vols. 1 e 2, 20ª e 17ª ed., respectivamente, São Paulo, Saraiva, 2008 e 2007.

FIGUEIREDO, Ricardo. *Gestão da tramitação processual nas varas trabalhistas*, dissertação apresentada para obtenção de título no Mestrado Profissional em Poder Judiciário perante a Fundação Getúlio Vargas – Escola de Direito do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.

_____. *Gestão processual – mecanismo de efetividade e celeridade da atividade jurisdicional*, Revista do TST, Brasília, vol. 77, nº 4, out.-dez./2011, pp. 259-279.

GABBAY, Daniela; RODRIGUEZ, José Rodrigo; BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar; SILVA, Paulo Eduardo Alves da; ALVES, Rafael Francisco; PEREIRA, Thomaz Henrique Junqueira de Andrade. *Cândido Rangel Dinamarco e a instrumentalidade do processo: (uma entrevista)*, Cadernos Direito GV 36, v. 7, n. 4, jul.-2010, pp. 7-39.

_____. CUNHA, Luciana Gross. *Litigiosidade, morosidade e litigância repetitiva no Judiciário: uma análise empírica*, São Paulo, Saraiva, 2012.

_____. *Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no Judiciário*, Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; ROMANO, Michel Betenjane; LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta. *O gerenciamento do processo*, in “Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional”, coord. Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Caetano Lagrasta, São Paulo, Atlas, 2013, pp. 18-34.

_____. *O novo CPC e o fim da gestão na Justiça*, publicado em 22 de dezembro de 2014, disponível em: <http://jota.info/o-novo-cpc-e-o-fim-da-gestao-na-justica>

- _____. *O princípio da adequação formal do direito processual civil português*, Revista do Instituto do Direito Brasileiro, ano 1, nº 11, 2012, pp. 6665-6685.
- _____. *Técnicas de aceleração do processo*, São Paulo, Lemos & Cruz, 2003.
- GALANTER, Marc. *Case congregations and their careers*, Law & Society Review, v. 24, 1990, pp. 371-395.
- _____. *Why the “haves” come out ahead: speculations on the limits of legal change*, Law & Society Review, Litigation and Dispute Processing: Part One, vol. 9, n. 1, 1974, pp. 95-160.
- GALVÃO, Ilmar. *A crise do Poder Judiciário. Diagnóstico – Causas – Soluções*, Revista do Tribunal Regional do Trabalho da Oitava Região, v. 35, n. 68, pp. 27-36.
- GENSLER, Steven S. *Judicial case management: caught in the crossfire*, Duke Law Journal, Durham, v. 60, n. 3, dez./2010, pp. 669-744.
- GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Roscoe Pound e a diferença do Direito dos livros e da vida real*, de 27/4/2014, disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-abr-27/embargos-culturais-roscoe-pound-diferenca-direito-livros-vida-real>.
- GOMES, Gustavo Gonçalves. *Juiz participativo – meio democrático de condução do processo*, São Paulo, Saraiva, 2014.
- GOMETZ, Gianmarco. *La certezza giuridica come prevedibilità*, G. Giappichelli, Torino, 2000.
- GONÇALVES, Marcelo Barbi. *Jurisdição condicionada e acesso à justiça: considerações sobre a escalada de tutelas contra a Fazenda Pública*, Revista de Processo, vol. 252/2016, pp. 319-338, fev./2016, DTR\2016\220.
- GOODHART, Arthur. *Precedent in English and Continental Law*, Law Quarterly Review, vol. 50, 1934, pp. 40-65.
- GRAHAM, Jason K.; HANZLICK, Randy. *Accidental drug deaths in Fulton County, Georgia, 2002: characteristics, case management and certification issues*, The American Journal of Forensic Medicine and Pathology, New York, v. 29, n. 3, pp. 224-230.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *A crise do Poder Judiciário*, Revista de Direito Público, n. 98, abr.-jun./1991, ano 24, pp. 18-26.
- _____. *Ação rescisória e divergência de interpretação em matéria constitucional*, Revista de Processo, vol. 87/1997, jul.-set./1997, pp. 37-47.

_____ ; FERNANDES, Antonio Scarance; FILHO, Antonio Magalhães Gomes. *As nulidades no processo penal*, 6ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997.

_____ ; WATANABE, Kazuo; NERY JR., Nelson. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, vol. II, Rio de Janeiro, Forense, 2011.

_____. *Da class action for damages à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade*, Revista de Processo, vol. 101/2001, jan.-mar./2001, pp. 11-27.

_____. *O Processo – III Série: Estudos e pareceres de processo penal*, Brasília, Gazeta Jurídica, 2013.

_____. *O tratamento dos processos repetitivos*, in “Processo civil. Novas tendências. Homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior”, coords. Fernando Gonzaga Jayme, Juliana Cordeiro de Faria e Maira Terra Lauar, Belo Horizonte, Del Rey, 2008, pp. 1-9.

_____. *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*, São Paulo, Bushatsky, 1975.

_____ ; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. *As causas da morosidade processual*, Revista de Processo, vol. 229/2014, pp. 455-469, mar./2014, DTR\2014\701.

HIGGINS, Andrew, ZUCKERMAN, Adrian. *Class action in England? Efficacy, autonomy and proportionality in collective redress*, Legal Research paper series nº 93/2013, nov./2013, University of Oxford, disponível em <http://ssrn.com/abstract=2350141>; acesso em 2/4/2014.

HOWARD JR., J. Woodford. *Review of “The Courts and social policy”, by Donald L. Horowitz*, Washington University Law Review, vol. 1978, 4ª ed., jan./1978, pp. 833-839.

KERN, Christoph A. *A proteção do consumidor pelos tribunais: desafios dos fenômenos de massa*, trad. Lisiane Maria Giordani, Revista de Direito do Consumidor, vol. 83/2012, jul.-set./2012, pp. 223-237.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*, 3ª ed., vol. I, trad. Cândido Rangel Dinamarco, São Paulo, Malheiros, 2005.

LIMA, Tiago Asfor Rocha. *Precedentes judiciais civis no Brasil*, São Paulo, Saraiva, 2013.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Reclamação constitucional*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011.

- LEVY, Marin K. *The mechanics of federal appeals: uniformity and case management in the circuit courts*, Duke Law Journal, Durham, v. 61, n. 2, nov./2011, pp. 315-391.
- LOCKMANN, Ana Paula Pellegrina. *O sistema e-gestão e a Justiça do Trabalho*, LTr: Revista Legislação do Trabalho, v. 77, n. 9, set./2013, pp. 1111-1112.
- LOPES, João Batista. *Efetividade da tutela jurisdicional à luz da constitucionalização do processo civil*, Revista de Processo, vol. 116/2004, pp. 29-39, jul.-ago./2004, DTR\2004\459.
- LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Eficácia das decisões e execução provisória*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.
- _____. *Imparcialidade na arbitragem e impugnação aos árbitros*, Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 39/2013, out.-dez./2013, pp. 39-51, DTR\2013\10439.
- MACHADO, António Montalvão, PIMENTA, Paulo. *O novo processo civil*, 11ª ed., Coimbra, Almedina, 2009.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça. Condicionantes legítimas e ilegítimas*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011.
- _____. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009.
- MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vols. I e XV, coords. Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016.
- _____. *Direito fundamental à duração razoável do processo*. Estação Científica (ed. Especial Direito), Juiz de Fora, vol. I, n. 4, out.-nov./2009, pp. 82-97.
- _____; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *O novo processo civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015.
- _____. *Precedentes obrigatórios*, 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013.
- MARTINS-COSTA, Judith. *As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico*, Revista dos Tribunais, vol. 680/1992, jun./1992, pp. 47-58.
- MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*, vol. I, 2ª ed., Campinas, Millennium, 2000.
- _____. *Manual de direito processual civil*, vol. I, 10ª ed., São Paulo, Saraiva, 1983.

- MARTINS, Ives Gandra da Silva. *O papel do Supremo Tribunal Federal*, Folha de São Paulo, Caderno Opinião, 12/7/2016.
- MEIRELES, Edilton. *Dever de gestão processual adequada*, Revista Trabalhista Direito e Processo, ano 10, n. 39, 2011, pp. 84-95.
- MEIRELLES, Hely Lopes de. *Direito Administrativo Brasileiro*, 39ª ed., São Paulo, Malheiros, 2013.
- MENDES, Gilmar, *Organização do Poder Judiciário Brasileiro*, disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/JudicBrasil.pdf>, acesso em 8/9/2013.
- MENDONÇA, Luís Correia de. *Processo civil líquido e garantias (o regime processual experimental português)*, Revista de Processo, vol. 170/2009, abr./ 2009, pp. 215-250, DTR\2009\289.
- MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos*, São Paulo, 2ª ed., Revista dos Tribunais, 2011.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, 29ª ed., São Paulo, Atlas, 2013.
- NAGAO, Paulo Issamu. *Do controle judicial da sentença arbitral*, Brasília, Gazeta Jurídica, 2013.
- _____. *O papel do juiz na efetividade do processo civil contemporâneo*, São Paulo, Malheiros, 2016.
- NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, 3ª ed. e 10ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1996 e 2010.
- NETO, Caetano Lagrasta. *Poder Judiciário em crise?*, Revista da Escola Paulista da Magistratura, vol. 1, n. 0, ano 1, pp. 293-295.
- NOGUEIRA, Mauro Oddo, SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *O “processo” como “processo”: a relação jurídica processual e o processo produtivo de um serviço público*, in “Gestão e jurisdição: o caso da execução fiscal da União”, org. Alexandre dos Santos Cunha e Paulo Eduardo Alves da Silva, Brasília, IPEA, 2013, pp. 247-266.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*, 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2015.
- NUNES, Dierle. *Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva. A litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória*, Revista de Processo, vol. 199/2011, set./2011, pp. 41-83, DTR\2015\11096.
- NUNES, Marcelo Guedes. *Os relatórios estatísticos do CNJ e o aperfeiçoamento da democracia*, Revista do Advogado, ano XXXV, dez./2015, nº 128, pp. 64-54.

- OLIVEIRA, Fabiana Luci de, WADA, Ricardo Morishita. *O comportamento da nova classe média brasileira nas relações de consumo*, in “Direito do consumidor: os 22 anos de vigência do CDC”, coord. Ricardo Morishita Wada e Fabiana Luci de Oliveira, Rio de Janeiro, Elsevier/FGV, 2012, pp. 31-49.
- OLIVEIRA, Marco Antonio Perez de. *O gerenciamento de causas complexas no processo civil brasileiro*, tese apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Doutor, São Paulo, 2016.
- ONODERA, Marcus Vinicius Kiyoshi. *Gerenciamento do processo (case management) no direito processual civil brasileiro*, tese apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Doutor, São Paulo, 2016.
- OTEIZA, Eduardo, *Abusos de los derechos procesales en America Latina*, Revista de Processo, v. 24, n. 95, jul.-set./1999, pp. 152-70.
- PACÍFICO, Gustavo. *O contraditório e o efetivo diálogo no processo civil atual*, dissertação apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre, São Paulo, 2016.
- PAIXÃO, Leonardo André. *A função política do Supremo Tribunal Federal*, tese apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Doutor, São Paulo, 2007.
- PELICIOLI, Angela Cristina. *A sentença normativa na Jurisdição Constitucional: o Supremo Tribunal Federal como legislador positivo*, São Paulo, LTr, 2008.
- PERROT, Roger. *O processo civil francês na véspera do século XXI*, trad. José Carlos Barbosa Moreira, Revista de Processo, vol. 91/1998, jul.-set./1998, pp. 203-212, DTR\1998\689.
- PEYRANO, Jorge W. *La seguridad jurídica y el efectivo reconocimiento de derechos: valores de la escala axiológica del proceso civil*, Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Católica Andrés Bello, n. 57, Caracas, 2002, pp. 395-414.
- PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*, org. e revisor técnico da tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Rio de Janeiro, Forense, 2008.
- _____, NUNES, Dierle. *O Código de Processo Civil Brasileiro: origem, formação e projeto de reforma*, Revista de Informação Legislativa, n. 190, Brasília, ano 48, abr.-jun./2011, pp. 93-120.
- PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 1989.
- PINTO, Junior Alexandre Moreira. *O Regime processual experimental português*, Revista de Processo, vol. 148/2007, jun./2007, pp. 169-180, DTR\2011\1511.
- POLLITT, Christopher, BOUCKAERT, Geert. *Public Management Reform. A Comparative Analysis*, 3ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2011.

- PONTIANO, Vera Lúcia Feil. *Eficiência, por si só, não basta para combater morosidade do Judiciário*, Conjur, 5/8/2015, disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-ago-05/vera-ponciano-eficiencia-nao-basta-combater-morosidade>, acesso em 5/8/2015.
- PROENÇA, Luis Roberto. *Inquérito civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001.
- REGO, Nelson Moraes. *Do processo civil como fator de desenvolvimento sócio-econômico*, Revista de Estudos Jurídicos UNESP, Franca, v. 15, n. 21, jan.-jun./2011, pp. 219-240.
- RESNIK, Judith. *Managerial Judges*, 1982, Harvard Law Review, vol. 96, pp. 374-448.
- RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MEDEIROS, Maria Lúcia Lins Conceição de; MELLO, Rogerio Licastro Torres de; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015.
- RIEGO, Cristián. *Oral Procedures and Case Management: The Innovations of Chile's Reform*, Of Law and trade in the Americas, Los Angeles, v. 14, n. 2, 2008, pp. 339-356.
- ROCHA, Caio César Vieira et al. *Comentários à nova lei do mandado de segurança*, org. Napoleão Nunes Maia Filho, Caio Cesar Vieira Rocha e Tiago Asfor Rocha Lima, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010.
- RODRIGUES, Ruy Zoch. *Ações repetitivas: casos de antecipação de tutela sem o requisito de urgência*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010.
- RODRIGUES, Viviane Siqueira. *O processo coletivo para a defesa dos direitos individuais homogêneos*, dissertação apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre, São Paulo, 2012.
-
- _____. *Preocupações com uma eficiente administração da justiça e novas tendências processuais para uma razoável duração do processo*, in “40 Anos de Teoria Geral do Processo: passado, presente e futuro”, org. Camilo Zufelato e Flávio Luiz Yarshell, São Paulo, Malheiros, 2013, pp. 741-757.
-
- _____. YARSHELL, Flávio Luiz. *Comentários ao art. 14 da Lei 12.016/2009*, in “Comentários à Nova Lei do Mandado de Segurança”, org. Napoleão Nunes Maia Filho, Caio Cesar Vieira Rocha e Tiago Asfor Rocha Lima, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010, pp. 186-196.
-
- _____. YARSHELL, Flávio Luiz. *Processos coletivos e direitos individuais homogêneos: uma visão crítica sobre a sua eficiência*, no prelo.
- ROSA, Fábio Bittencourt da, *Judiciário: diagnóstico da crise*, Lex, ano 6, abril de 1994, n. 56, pp. 9-22.

- RUSSO, Andréa Rezende. *A gestão de pessoas como forma de alcance da inovação e da efetividade na condução do processo*, Revista da Ajuris, Porto Alegre, v. 36, n. 113, mar./2009, pp. 13-29.
- SADEK, Maria Tereza, ARANTES Rogério Bastos, *A crise do Judiciário e a visão dos juízes*, Revista USP, n. 21, mar.-mai./1994, pp. 34-45.
- _____, OLIVEIRA, Fabiana Luci de. *Estudos, pesquisas e dados em Justiça*, in “Justiça em foco: estudos empíricos”, org. Fabiana Luci de Oliveira, Rio de Janeiro, Editora FGV, 2012, pp. 15-61.
- _____. *Judiciário: mudanças e reformas*, Estudos avançados (online), 2004, vol. 18, n. 51, p. 82, disponível em <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142004000200005>; acesso em 9/4/2014.
- SAINT-MARTIN, Denis. *La régulation de l'éthique parlementaire: l'institutionnalisation d'un champ d'expertise contesté*, Cahiers internationaux de sociologie, 126, 2009/1, pp. 21-37.
- SANDER, Frank. *Varieties of dispute resolution*, in “The Pound Conference: perspectives on Justice in the future”, West Publishing, St. Paul, Minnesota, 1979, pp. 65-87.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *A sociologia dos tribunais e a democratização da justiça*, In: Pela Mão de Alice – o social e o político na pós-modernidade. 7ª ed. Porto: Afrontamento, 1999, pp. 141-161.
- _____; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. *Da microeconomia à micro-sociologia da tutela judicial*, Revista Justiça para a Democracia, Associação Juízes para a Democracia, n. 1, jan./jun. de 1996, pp. 65-92.
- _____, GOMES, Conceição. *Geografia e democracia para uma nova justiça*, Revista Julgar, n. 2, 2007, pp. 109-128.
- _____. *Introdução à sociologia da administração da justiça*, Revista Crítica de Ciências Sociais, n. 21, nov./1986, Coimbra, pp. 11-44.
- _____. *Que formação para os magistrados nos dias de hoje?*, Revista do Ministério Público (Portugal), n. 0, 3º trimestre de 2000, acesso em 17/12/2016, disponível em <http://www.crise-da-justica.com/Que%20forma%C3%A7%C3%A3o%20para%20os%20magistrados.htm>
- SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Brevíssimas reflexões sobre a evolução do tratamento da litigiosidade repetitiva no ordenamento brasileiro, do CPC/1973 ao CPC/2015*, Revista de Processo, vol. 257/2016, jul./2016, pp. 269-281, DTR\2016\21690.
- _____. *Congestionamento viário e congestionamento judiciário*, Revista de Processo, vol. 236/2014, out./2014, pp. 13-26, DTR\2014\10507.
- _____. *Velhos e novos institutos fundamentais do direito processual civil*, in “40 Anos da Teoria Geral do Processo no Brasil: passado, presente

e futuro”, org. Camilo Zuffelato e Flávio Luiz Yarshell, São Paulo, Malheiros, 2013, pp. 430-466.

SILVA, Érica Barbosa e. *Conciliação judicial*, Gazeta Jurídica, Brasília, 2013.

SILVA, Germano Marques da. *A crise da Justiça – Três recados aos Magistrados e Advogados do século que começa*, Direito e Justiça – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, v.15, n. 1, 2001, pp. 21-29.

SILVA, Paula Costa e. *A ordem do juízo de D. João III e o regime processual experimental*, Revista de Processo, vol. 156/2008, fev./2008, pp. 237-250, DTR\2008\155.

_____. *Legalidade das formas de processo e gestão processual ou as duas faces de Janus*, Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 48, n. 190, abr./jun. 2011, pp. 137-150.

_____. *O acesso ao sistema judicial e os meios alternativos de resolução de controvérsias: alternatividade efectiva e complementariedade*, in “Justiça Multiportas”, coord. Hermes Zaneti Jr. e Trícia Navarro Xavier Cabral, Salvador, Juspodivm, 2016, pp. 770-786.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Gerenciamento de processos judiciais*, São Paulo, Saraiva, 2010.

SOUSA, Miguel Teixeira de. Apontamento sobre a ciência processual civil, Revista de Processo, vol. 235/2014, pp. 69-82, set./2014, DTR\2014\9805.

_____. *Um novo processo civil português: à la recherche du temps perdu?*, Revista de Processo, vol. 161/2008, jul./2008, pp. 203-220, DTR\2008\843.

SPRUNG, Rainer. *Os fundamentos do direito processual civil austríaco*, Revista de Processo, vol. 17/1980, jan.-mar./1980, pp. 138-149, DTR\1980\60.

STRECK, Lenio Luiz. *O direito de obter respostas constitucionalmente adequadas em tempos de crise do direito: a necessária concretização dos direitos humanos*, Hendu 1(1), jul./2010, acesso em 24/8/2016, disponível em periodicos.ufpa.br/index.php/hendu/article/viewFile/374/601.

STRONG, S. I., *Regulatory Litigation in the European Union: Does the U.S. Class Action Have a New Analogue?*, Notre Dame Law Review, vol. 88, 2013, pp. 899-972.

TALAMINI, Eduardo. *Direitos individuais homogêneos e seu substrato coletivo: ação coletiva e os mecanismos previstos no Código de Processo Civil de 2015*, Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional, vol. 10/2015, pp. 1983-2006, ago./2015, DTR\2015\11542.

TARUFFO, Michele. *Aspectos fundamentais do processo civil de civil law e de common law*, in “Processo civil comparado: Ensaios”, apresentação, organização e tradução de Daniel Mitidiero, São Paulo, Marcial Pons, 2013, pp. 11-34.

- _____. *Icebergs do common law e civil law? Macrocomparação e microcomparação processual e o problema da verificação da verdade*, Revista de Processo, vol. 181, mar./2010, pp. 167-172, DTR\2010\132.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 2007.
- TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política*, Revista Direito GV 15, São Paulo, 8(1), jan./jun. 2012, pp. 37-58.
- TESSLER, Marga Inge Barth. *Propostas de inserção da gestão pela qualidade na jurisdição*, Revista do Tribunal Regional da Federal da 4ª Região, Porto Alegre, v. 14, n. 48, 2003, pp. 23-31.
- THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. I, 48ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2008.
- _____. *Direito fundamental à razoável duração do processo*. http://www.anima-opet.com.br/segunda_edicao/Humberto_Theodoro_Junior.pdf; acesso em 3/01/2013.
- _____; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. *Litigiosidade em massa e repercussão geral no recurso extraordinário*, Revista de Processo, vol. 177/2009, p. 9-46, nov./2009, DTR\2009\886.
- _____. *O compromisso do Projeto de Novo Código de Processo Civil com o processo justo*, Revista de Informação Legislativa do Senado Federal, vol. 190, t. I, Brasília, ano 48, abr./jun. 2011.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. *Comentários ao Código de Processo Civil. Arts. 318 a 368*, coord. José Roberto F. Gouvêa, Luis Guilherme A. Bondioli e João Francisco N. da Fonseca, vol. VII, São Paulo, Saraiva, 2016.
- _____. *Contra o processo autoritário*, in “O Novo Código de Processo Civil: questões controvertidas”, São Paulo, Atlas, 2015, pp. 267-282.
- _____. *Garantias constitucionais da publicidade dos atos processuais e da motivação das decisões no Novo CPC*, in “I Colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil”, coords. Camilo Zufelato, Giovanni Bonato, Heitor Vitor Mendonça Sica e Lia Carolina Batista Cintra, Salvador, Juspodivm, 2015, pp. 87-99.
- _____. *Garantias constitucionais do processo sem dilações indevidas*, in “Garantias constitucionais do processo”, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.
- _____. *Tempo e processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997.
- TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*, 4ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.

VELLOSO, Adolfo Alvarado; DEHO, Eugenia Ariano; CIPRIANI, Franco; DOMINGUEZ, Federico G.; MENDONÇA, Luís Correia de; MONTELEONE, Girolamo; AROCA, Juan Montero. *Crônica da primeira jornada internacional sobre processo civil e garantia*, Revista de Processo, vol. 145/2007, mar./2007, pp. 241-248, DTR\2011\1745.

VORRASI, Kenneth M. *England's Reform to alleviate the problems of civil process: a comparison of judicial case management in England and the United States; Notes*, Journal of Legislation, vol. 30: 2, artigo 8, pp. 361-387.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*, 6ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007.

WATANABE, Kazuo. *Acesso à justiça e sociedade moderna*, in “Participação e processo”, coord. Ada Pellegrini Grinover, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1988, pp. 128-135.

_____. *Cultura da sentença e cultura da pacificação*, in “Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover”, org. Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes, São Paulo, DPJ, 2005, pp. 684-690.

YARSHELL, Flávio Luiz. *A coisa julgada na pauta do Supremo Tribunal Federal*, Migalhas de 21/3/2016, <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI236154,71043-A+coisa+julgada+na+pauta+do+Supremo+Tribunal+Federal>

_____. *A execução fiscal como paradigma evolutivo do modelo executivo brasileiro*, in “Gestão e Jurisdição: o caso da execução fiscal da União”, org. Alexandre dos Santos Cunha e Paulo Eduardo Alves da Silva, Brasília, IPEA, 2013, pp. 187-194.

_____. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*, São Paulo, Malheiros, 2009.

_____. *Breves considerações acerca dos poderes do juiz em matéria probatória (exame à luz de proposta inserta no Projeto de Código Comercial)*, in “Ativismo Judicial e garantismo processual”, org. Fredie Didier Jr., José Renato Nalini, Glauco Gumerato Ramos e Wilson Levy, Salvador, JusPodivm, 2013, pp. 199-206.

_____; PEREIRA, Guilherme Setoguti J.; RODRIGUES, Viviane Siqueira. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, coord. Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016.

_____. *Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?*, in “Negócios processuais”, coords. Antonio de Passo Cabral e Pedro Henrique Nogueira, Salvador, Juspodivm, 2015, pp. 63-80.

- _____. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. I, São Paulo, Marcial Pons, 2014.
- _____, BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. *Execução civil – novos perfis*, São Paulo, RCS, 2006.
- _____. *Modulação de efeitos em julgamento de recursos repetitivos: possível mesmo se não houver “alteração de jurisprudência dominante”?*, *Jornal Carta Forense*, 4/11/2016.
- _____. *Notas sobre o gerenciamento de demandas eleitorais com idêntica causa de pedir*, disponível em <http://jota.info/artigos/notas-sobre-o-gerenciamento-de-demandas-eleitorais-com-identica-causa-de-pedir-19042016>, acesso em 19/4/2016.
- _____, RODRIGUES, Viviane Siqueira. *O Conselho Nacional de Justiça no Código de Processo Civil*, no prelo.
- _____. *Poder Judiciário e Conciliação*, *Jornal Carta Forense*, 4/01/2010.
- _____, RODRIGUES, Viviane Siqueira. *Processos coletivos e direitos individuais homogêneos: uma visão crítica sobre a sua eficiência*, no prelo.
- _____, GOMES, Adriano Camargo. *Processo judicial eletrônico e acesso à justiça*, in “Processo judicial eletrônico”, coord. Marcus Vinicius Furtado Coêlho e Luiz Cláudio Allemand, Brasília, OAB, Conselho Federal, Comissão Especial de Direito da Tecnologia e Informação, 2014, pp. 279-295.
- _____. *Tutela jurisdicional*, 2ª ed., São Paulo, DPJ, 2006.
- YENG, Luciana Luk-Tai, AZEVEDO, Paulo Furquim de. *Além dos “achismos” e das evidências anedóticas: medindo a eficiência dos tribunais brasileiros*, *Economia Aplicada*, vol. 16, n. 4, Ribeirão Preto, out.-dez./2012, disponível em <http://ref.scielo.org/ssgfwd>.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Estructuras judiciales*. Ediar: Buenos Aires, 1994, n. 1.
- ZAMPIERI, Natália. *A efetividade da razoável duração do processo e a gestão pública*, *Revista de Processo*, v. 39, n. 234, ago./2014, pp. 13-30.
- ZANDER, Michael. *The Woolf Report: Forwards or Backwards for the new Lord Chancellor*, *Civil Justice Quarterly* 16, 1997.
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 2009.
- ZUCKERMAN, Adrian A. S. *Civil Justice in Crisis – Comparative perspectives of Civil Procedure*, Oxford, Oxford University Press, 2003.

_____. *Lord Woolf's Access to Justice: plus ça change*, Modern Law Review, vol. 59, 1996, pp. 773-796.

Sites:

Relatório ICJ Brasil – 1º semestre do ano de 2013, FGV, <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/11220>

Relatório “100 maiores litigantes”, CNJ, Brasília, março de 2011, http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100_maiores_litigantes.pdf

Relatórios “Justiça em Números 2015” e “Justiça em Números 2016”, ambos do CNJ: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoaes/pj-justica-em-numeros>

<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2010/04/07/novo-cpc-vai-garantir-celeridade-processual-afirma-luiz-fux>

Exposição de Motivos do CPC de 1973: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/177828/CodProcCivil%201974.pdf?sequence=4>

Exposição de Motivos do Decreto-lei português n. 108/2006 http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=855&tabela=leis

http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/SUV_11_12_13_Debates.pdf

<http://economia.ig.com.br/financas/2014-06-02/mpf-se-opoe-a-correcao-do-fgts-pela-inflacao.html>

<http://www.tcmadvocacia.com.br/artigos/detalhes-do-artigo/13/decisao+do+stf+possibilita+aumento+na+correcao+do+fgts+desde+1999>

<http://economia.ig.com.br/financas/2014-06-02/mpf-se-opoe-a-correcao-do-fgts-pela-inflacao.html>

<http://www.fetiesc.org.br/site/2014/04/agu-entrega-ao-stf-parecer-favoravel-a-correcao-dos-depositos-do-fgts-pelo-indice-tr/>

<http://exame.abril.com.br/economia/noticias/dilma-rechaca-acao-para-correcao-do-fgts-pela-inflacao>

<http://blogs.estadao.com.br/fausto-macedo/justica-federal-determina-correcao-do-fgts-pela-inflacao/>

<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/61987-o-seculo-xxi-marca-a-era-dos-direitos-e-do-poder-judiciario-afirma-ricardo-lewandowski>

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2015-2018/2015/Msg/VEP-56.htm

[https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&Ref=CCJE\(2004\)OP6&Sector=secDGHL&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInternet=FEF2E0&BackColorIntranet=FEF2E0&BackColorLogged=c3c3c3&direct=true](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&Ref=CCJE(2004)OP6&Sector=secDGHL&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInternet=FEF2E0&BackColorIntranet=FEF2E0&BackColorLogged=c3c3c3&direct=true)

[https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&Ref=CCJE\(2008\)OP11&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864&direct=true](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&Ref=CCJE(2008)OP11&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864&direct=true)

<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/modulacao-de-efeitos-em-julgamento-de-recursos-repetitivos-possivel-mesmo-se-nao-houver-alteracao-de-jurisprudencia-dominante/17105>

<http://politica.estadao.com.br/blogs/supremo-em-pauta/stf-e-os-filtros-ao-acesso-a-justica-gestao-processual-ou-vantagem-ao-grande-litigante/>

<http://oglobo.globo.com/brasil/barroso-defende-reducao-de-80-mil-para-500-processos-novos-por-ano-no-supremo-19842199>