



COLEÇÃO SELO
ENFAM
ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO
E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS
MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA

**AS DEMANDAS REPETITIVAS
E OS GRANDES LITIGANTES:**
possíveis caminhos para a efetividade
do sistema de justiça brasileiro

Vânila Cardoso André de Moraes
Coordenadora

AS DEMANDAS REPETITIVAS E OS GRANDES LITIGANTES:

possíveis caminhos para a efetividade
do sistema de justiça brasileiro

ENFAM

Conselho Superior

Ministro Humberto Martins

Ministro Herman Benjamin

Ministro Og Fernandes

Ministro Napoleão Nunes Maia Filho

Ministro Jorge Mussi

Desembargadora Federal Marga Barth Tessler

Desembargador Fernando Cerqueira Chagas

Desembargador Federal Nino Toldo

Desembargador Cláudio Luís Braga Dell'Orto

Secretário-Geral

Desembargador Fernando Cerqueira Norberto dos Santos

Presidente da Comissão de Desenvolvimento Científico e Pedagógico

Desembargador Eladio Luiz da Silva Lecey

Secretária Executiva

Márcia de Carvalho



ENFAM

ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO
E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS

MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA

AS DEMANDAS REPETITIVAS E OS GRANDES LITIGANTES: possíveis caminhos para a efetividade do sistema de justiça brasileiro

Vânila Cardoso André de Moraes

Coordenadora

Ana Conceição Barbuda Ferreira * André Augusto Salvador Bezerra

Anselmo Laghi Laranja * Antônio Silveira Neto

Cíntia Teresinha Burhalde Mua * Clara da Mota Santos Pimenta Alves

Giselle de Amaro e França * Hugo Otávio Tavares Vilela *

Janete Vargas Simões * Jerson Moacir Gubert * José Denilson Branco

Juliana Moraes Bicudo * Karina Albuquerque Aragão de Amorim *

Luciano Campos de Albuquerque

Marco Bruno Miranda Clementino * Priscilla P. Costa Correa

Ricardo Tinoco de Góes * Roberto Batista Oertli Júnior * Rosane Wanner da

Silva Bordasch * Taís Schilling Ferraz * Vânia Hack De Almeida *

Vânila Cardoso André De Moraes

Copyright © Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados
Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira – Enfam

ELABORAÇÃO

Coordenadoria de Planejamento e Avaliação de Ações Pedagógicas – CPAP / ENFAM

Coordenadoria de Desenvolvimento de Ações Educacionais – CDAE / ENFAM

REVISÃO ORTOGRÁFICA

Kátia Carolina dos Santos

DIAGRAMAÇÃO

Coordenadoria de Editoração do Centro de Estudos Judiciários / CJF

Helder Marcelo Pereira – Seção de Programação Visual e Arte-Final

CAPA

Enfam

IMPRESSÃO

Seção de Serviços Gráficos da Secretaria de Administração / CJF

D39 As demandas repetitivas e os grandes litigantes: possíveis caminhos para a efetividade do sistema de justiça brasileiro / Vânia Cardoso André de Moraes, coordenadora ; Ana Conceição Barbuda Ferreira ... [et al.]. – Brasília : Enfam, 2016.
276 p.

ISBN 978-85-7248-184-7

I. Sistema judiciário. -- 2. Efeito vinculante. -- 3. Executivo fiscal. -- 4. Precedente.

– I. Moraes, Vânia Cardoso André de. II. Ferreira, Ana Conceição Barbuda.

CDU 340.142

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal

PREFÁCIO

É com imensa alegria que apresentamos ao mundo jurídico a obra *As Demandas Repetitivas e os Grandes Litigantes: possíveis caminhos para a efetividade do sistema de justiça brasileiro*. Trata-se de uma coletânea de 19 artigos, produzidos por juízes de direito e juízes federais relacionada ao fenômeno da explosão da litigiosidade e a postulação repetitiva de demandas que possuem a mesma tese jurídica ou são oriundas de um conflito originário que acaba por gerar questionamentos judiciais de forma pulverizada.

A Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento dos Magistrados Ministro Sálvio de Figueiredo Texeira – Enfam ciente do Macrodesafio do Poder Judiciário 2015-2020 aprovado pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ denominado *Gestão das Demandas Repetitivas e dos Grandes Litigantes*, instituiu um Grupo de Trabalho com a finalidade de elaborar conteúdo a respeito deste sensível tema, que alcança diretamente a efetividade e a celeridade da prestação jurisdicional, além de atingir o núcleo da segurança jurídica e do princípio da isonomia.

A obra, portanto, é resultado de encontros de formação realizados com a presença de juízes estaduais e federais, que oportunizaram a análise do fenômeno da litigiosidade serial por meio de diferentes perspectivas, concretizando, assim, o objetivo da Enfam de ser referência nacional para as escolas de magistratura como instituição de excelência em ensino e pesquisa.

Os artigos são divididos em cinco grupos distintos que foram assim classificados em analogia às diretrizes aprovadas no Curso de Formação de Formadores em Demandas Repetitivas e Grandes Litigantes (outubro/2015 – Enfam) e elaboradas para orientar o estudo do tema pelas escolas de magistratura. Percebe-se que ficou claro para os formadores/autores que o fenômeno da repetição de demandas e da presença dos grandes litigantes em juízo precisa ser analisado a partir da origem do conflito e por meio de estudos interdisciplinares devido à sua natural complexidade. Observa-se, ainda, que foram realizadas análises em absoluta harmonia com a contemporaneidade consubstanciada na adoção de caminhos pragmáticos, as chamadas “boas práticas de administração e gestão”.

Os capítulos restaram, portanto, assim divididos: um devido processo para as demandas de direito público; execução fiscal (boas práticas e possíveis soluções); o sistema brasileiro de precedentes; gestão das deman-

das repetitivas; e dano social, conciliação, agências reguladoras e eficácia da prestação jurisdicional.

A organização da obra respeitou a característica de estilo de cada autor. Assim, nestes artigos são encontrados conhecimentos aplicados resultantes da interlocução entre o estudo científico aliado à prática jurisdicional que objetivaram a busca de caminhos para a efetividade do sistema de justiça brasileiro.

A partir desta obra, a Enfam que tem a missão de “promover, regulamentar e fiscalizar, em âmbito nacional, a formação e o aperfeiçoamento dos magistrados para que a Justiça esteja em sintonia com a demanda social”, demonstra estar cumprindo seu papel constitucional de melhorar a Justiça, por meio da educação e da produção do conhecimento.

Enfam forte, magistratura respeitada!

Desejo uma profícua leitura a todos.

Ministro Humberto Martins
Diretor-Geral da Enfam

SUMÁRIO

I CAPÍTULO – DEVIDO PROCESSO NAS DEMANDAS DE DIREITO PÚBLICO	
A obrigatoriedade do prévio requerimento administrativo nas ações judiciais envolvendo os direitos fundamentais sociais	
Giselle de Amaro e França.....	11
Meios consensuais de solução de conflitos e demandas repetitivas de direito público: um desafio a ser enfrentado	
Priscilla P. Costa Correa	21
As demandas repetitivas de direito público e o princípio da procedimentalização da isonomia	
Marco Bruno Miranda Clementino	32
Demandas repetitivas sobre direitos sociais e a proposta do Código modelo euro-americano para a realização da igualdade	
Vânila Cardoso André de Moraes	53
II CAPÍTULO – EXECUÇÃO FISCAL: BOAS PRÁTICAS E POSSÍVEIS SOLUÇÕES	
Execução fiscal: possíveis soluções dentro da legislação vigente	
José Denilson Branco	71
O papel do juiz participativo na redução do congestionamento das ações de execução fiscal: o caso da 1ª Vara de Execuções Fiscais Municipais de Vitória-ES	
Anselmo Laghi Laranja e Janete Vargas Simões	97
III CAPÍTULO – SISTEMA BRASILEIRO DE PRECEDENTES	
Do efeito vinculante à força obrigatória dos precedentes	
Vânia Hack de Almeida.....	113
Sistema brasileiro de precedentes: uma promessa não cumprida de redução da litigiosidade?	
Clara da Mota Santos Pimenta Alves	124
Os desafios do modelo brasileiro de precedentes	
Taís Schilling Ferraz	139

O modelo argumentativo-discursivo de verticalização dos precedentes e sua aplicação à litigiosidade repetitiva: um rápido enfoque sobre a legitimidade Ricardo Tinoco de Góes.....	154
Breves considerações sobre o microsistema de precedentes no novo código de processo civil e a necessidade de monitoramento de demandas repetitivas Ana Conceição Barbuda Ferreira	168
Sistema de Superação de Precedentes e seus Efeitos Karina Albuquerque Aragão de Amorim e Roberto Batista Oertli Júnior	186
IV CAPÍTULO – GESTÃO DAS DEMANDAS REPETITIVAS	
Processamento e Gestão das Ações de Massa – A Experiência do Projeto de Gestão e Racionalização das Ações de Massa (PROGRAM) da Comarca de Porto Alegre/RS no processamento de mais 72.000 ações versando sobre o sistema de pontuação ou <i>score</i> Jerson Moacir Gubert e Rosane Wanner da Silva Bordasch	201
Conflitos de massa e gestão dos processos judiciais: uma proposta da Associação dos Magistrados Brasileiros Antônio Silveira Neto	220
V CAPÍTULO – DANO SOCIAL, CONCILIAÇÃO, AGÊNCIAS REGULADORAS E EFICÁCIA DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL	
Explosão da litigiosidade e dano social em ações individuais André Augusto Salvador Bezerra	233
O princípio da boa-fé e as demandas repetitivas Hugo Otávio Tavares Vilela	241
A atividade regulatória e a concentração de demandas no Poder Judiciário Juliana Moraes Bicudo	248
Hannah Arendt, demandas repetitivas e os métodos consensuais de resolução de conflitos Luciano Campos de Albuquerque	258
Eficácia da prestação jurisdicional: proposta de Código Brasileiro de Processo Coletivo Cíntia Teresinha Burhalde Mua	267

I CAPÍTULO

DEVIDO PROCESSO NAS
DEMANDAS DE
DIREITO PÚBLICO

A OBRIGATORIEDADE DO PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO NAS AÇÕES JUDICIAIS ENVOLVENDO OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

*Giselle de Amaro e França*¹

Resumo: A exigência do prévio requerimento administrativo nas lides envolvendo os direitos fundamentais sociais possibilita identificar as razões adotadas pelos órgãos administrativos para indeferir os requerimentos formulados, bem como delimitar, com maior clareza e objetividade, o espaço de atual da decisão judicial.

Palavras-chave: Poder Judiciário. Prévio requerimento administrativo. Direitos fundamentais sociais. Políticas Públicas.

I INTRODUÇÃO

O Relatório Justiça em Números 2015, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), informa que no final do ano de 2014 havia no Brasil por volta de 100 (cem) milhões de processos em tramitação; só em 2014 ingressaram nada menos que 28 milhões de novas ações. Já o estoque de ações pendentes aponta, no final de 2014, a cifra de 70,8 milhões, índice que apresenta crescimento contínuo desde 2009.

Para termos uma dimensão mínima do que estes números indicam, basta afirmar que em 1988 tramitavam por volta de 350 mil processos, o que significa que em 25 anos a demanda da justiça aumentou 270 vezes.

Visando aprofundar o debate sobre as possíveis causas desta explosão de processos judiciais, este artigo irá abordar de que forma a atuação

¹ Juíza Federal em São Paulo.

Mestre e Doutora em Direito do Trabalho e Seguridade Social pela Universidade de São Paulo.

do Poder Judiciário contribuiu ou não para esse panorama e analisar se o estabelecimento de condições para a propositura de ações fere ou não o texto constitucional.

2 O EXCESSO DE LITIGIOSIDADE

A Constituição de 1988 foi, certamente, uma das causas da expansão do Judiciário. Não só consagrou um amplo rol de direitos fundamentais, individuais e sociais, como também consolidou o acesso à esfera judicial, ao estabelecer no inciso XXXV do artigo 5º que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário nenhuma lesão ou ameaça de lesão a direito”.

No entanto, a existência de um panorama institucional favorável à judicialização, por si só, não basta para explicar o fenômeno ocorrido no Brasil.

Os modelos institucionais e as cartas de direitos fornecem parâmetros de atuação aos juízes, abrindo um campo de potencialidades que pode ou não se concretizar. São indicadores que delineiam possibilidades, mas que por si só não significam a consolidação da arena judicial.²

Pelo menos dois outros fatores devem ser adicionados nessa equação: a cultura jurídica e a postura adotada pelos juízes.

A cultura jurídica indica a maior ou menor propensão que determinada sociedade apresenta em relação aos litígios judiciais, vale dizer, o quanto entrega ao Judiciário a solução de seus litígios.³ Está estreitamente relacionada à posição adotada pelos juízes em relação às demandas que lhes são apresentadas.

Merecem destaque duas principais possibilidades de atuação ju-

2 SADEK, Maria Tereza. Judiciário e arena pública: um olhar a partir da ciência política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coordenadores). O controle jurisdicional das políticas públicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 1-32.

3 Trata-se do “conjunto de orientações a valores e a interesses que configuram um padrão de atitudes face ao direito e aos direitos e face às instituições do Estado que produzem, aplicam, garantem ou violam o direito e os direitos” (SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João; FERREIRA, Pedro Lopes. Os tribunais na sociedade contemporânea: o caso português. 2ª edição. Porto: Edições Afrontamento, 1996, p. 42).

dicial: ativismo (designa uma participação mais ampla e intensa do órgão judicial na concretização dos valores constitucionais⁴) e autocontenção (caracteriza uma técnica de decisão por meio da qual o juiz, valendo-se de entraves processuais, evita pronunciar-se sobre o mérito da questão, adotando uma posição minimalista, mais contida).

Uma breve análise da jurisprudência brasileira demonstra que o Judiciário adotou – de forma geral – uma postura mais ativista a partir de 1988.

No período anterior a 88, os juízes, além de pouco conhecidos do público em geral, eram extremamente reservados e fechados; a justiça não era acessível a todos, mas um privilégio de alguns.

Atualmente, os juízes são conhecidos e reconhecidos por qualquer um que acompanhe minimamente o noticiário. Dão entrevistas e emitem opiniões. Participam das discussões relevantes para a sociedade, como fidelidade partidária, aborto do anencéfalo, pesquisas com células tronco, mensalão, entre tantas outras.

Já não causa estranheza alguma saber que em algum momento as questões de interesse social serão levadas e discutidas na arena judicial.

Em outros termos: o Judiciário, ao lado do Executivo e do Legislativo, participa dos debates relevantes e a sua posição importa.

Esta constatação demonstra que há uma confiança no sistema de justiça.

Mas algum excesso parece estar ocorrendo, pois são 100 (cem) milhões de processos!

Será que não estão sendo judicializadas questões demais? Será que tudo, mas tudo mesmo, deve ser discutido no Judiciário? Será que além da postura mais ativista adotada pelos juízes, não está havendo algum tipo de acomodação (ou até mesmo desídia) dos demais atores envolvidos? Será que o ordenamento jurídico admite seja imposta alguma condição ao ajuizamento de ações?

4 Esta é a definição apresentada pelo Professor Luís Roberto Barroso in: “Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática” (Rio de Janeiro: Revista da EMARF, Cadernos Temáticos “Justiça Constitucional no Brasil: Política e Direito”, dezembro/2010, p 389-406).

3 ALGUMAS DIRETRIZES LANÇADAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO ÂMBITO PREVIDENCIÁRIO

No ano de 2014, a mais alta Corte do país decidiu, em sede de repercussão geral, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 631.240, que a exigência de prévio requerimento administrativo nas ações previdenciárias não fere o direito de ação e o acesso ao Judiciário.⁵

5 "Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO E INTERESSE EM AGIR.

1. A instituição de condições para o regular exercício do direito de ação é compatível com o art. 5º, XXXV, da Constituição. Para se caracterizar a presença de interesse em agir, é preciso haver necessidade de ir a juízo.
2. A concessão de benefícios previdenciários depende de requerimento do interessado, não se caracterizando ameaça ou lesão a direito antes de sua apreciação e indeferimento pelo INSS, ou se excedido o prazo legal para sua análise. É bem de ver, no entanto, que a exigência de prévio requerimento não se confunde com o exaurimento das vias administrativas.
3. A exigência de prévio requerimento administrativo não deve prevalecer quando o entendimento da administração for notória e reiteradamente contrário à postulação do segurado.
4. Na hipótese de pretensão de revisão, restabelecimento ou manutenção de benefício anteriormente concedido, considerando que o INSS tem o dever legal de conceder a prestação mais vantajosa possível, o pedido poderá ser formulado diretamente em juízo – salvo se depender da análise de matéria de fato ainda não levada ao conhecimento da Administração –, uma vez que, nesses casos, a conduta do INSS já configura o não acolhimento ao menos tácito da pretensão.
5. Tendo em vista a prolongada oscilação jurisprudencial na matéria, inclusive no Supremo Tribunal Federal, deve-se estabelecer uma fórmula de transição para lidar com as ações em curso, nos termos a seguir expostos.
6. Quanto às ações ajuizadas até a conclusão do presente julgamento (03.09.2014), sem que tenha havido prévio requerimento administrativo nas hipóteses em que exigível, será observado o seguinte: (i) caso a ação tenha sido ajuizada no âmbito de Juizado Itinerante, a ausência de anterior pedido administrativo não deverá implicar a extinção do feito; (ii) caso o INSS já tenha apresentado contestação de mérito, está caracterizado o interesse em agir pela resistência à pretensão; (iii) as demais ações que não se enquadrem nos itens (i) e (ii) ficarão sobrestadas, observando-se a sistemática a seguir.
7. Nas ações sobrestadas, o autor será intimado a dar entrada no pedido administrativo em 30 dias, sob pena de extinção do processo. Comprovada a postulação administrativa, o INSS será intimado a se manifestar acerca do pedido em até 90 dias, prazo dentro do qual a Autarquia deverá colher todas as provas eventualmente necessárias e proferir decisão. Se o pedido for acolhido administrativamente ou não puder ter o seu mérito analisado devido a razões imputáveis ao próprio requerente, extingue-se a ação. Do contrário, estará caracterizado o interesse em agir e o feito deverá prosseguir.
8. Em todos os casos acima – itens (i), (ii) e (iii) –, tanto a análise administrativa quanto a judicial deverão levar em conta a data do início da ação como data de entrada do requerimento, para todos os efeitos legais.

No voto apresentado pelo Relator, Ministro Luís Roberto Barroso, foi consignado que o estabelecimento de condições ao exercício de ação não impede que a lide seja submetida ao órgão judicial, apenas impossibilita que o seu mérito seja apreciado. A recusa expressa ou a não manifestação do órgão administrativo, no prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, é essencial para demonstrar a “necessidade” do provimento judicial, um dos requisitos do interesse de agir (ao lado da utilidade e adequação).

Até então, havia forte controvérsia jurisprudencial acerca da constitucionalidade de tal imposição; de um lado se afirmava que a norma constitucional não impunha qualquer condição à ação judicial (CF, art. 5º, XXXV); de outro lado se dizia que a inexistência de prévia manifestação administrativa, ainda que por omissão, não configuraria resistência à pretensão, inexistindo assim interesse de agir, uma das condições da ação.

É preciso ressaltar que a decisão do Supremo Tribunal Federal diz respeito apenas às ações previdenciárias⁶, não havendo qualquer referência à sua aplicação aos outros direitos sociais, como a saúde e a assistência social, por exemplo.

Tratando-se, em princípio, de uma interpretação restritiva, é possível estendê-la a outros casos?

4 OS DIREITOS SOCIAIS E AS POLÍTICAS PÚBLICAS

A Constituição Federal de 1988, ao criar o Sistema de Seguridade Social, envolvendo Previdência, Assistência e Saúde, lançou aos operadores do sis-

9. Recurso extraordinário a que se dá parcial provimento, reformando-se o acórdão recorrido para determinar a baixa dos autos ao juiz de primeiro grau, o qual deverá intimar a autora – que alega ser trabalhadora rural informal – a dar entrada no pedido administrativo em 30 dias, sob pena de extinção. Comprovada a postulação administrativa, o INSS será intimado para que, em 90 dias, colha as provas necessárias e profira decisão administrativa, considerando como data de entrada do requerimento a data do início da ação, para todos os efeitos legais. O resultado será comunicado ao juiz, que apreciará a subsistência ou não do interesse em agir”. (STF, Recurso Extraordinário 631.240, Relator Ministro Luís Barroso, DJE 10.11.2014).

6 Foram estabelecidas regras de transição, aplicáveis às ações já ajuizadas até o momento da decisão do STF.

tema jurídico pelo menos duas diretrizes:

- 1) Por integrarem o mesmo sistema, saúde, previdência e assistência estão sujeitas aos mesmos princípios e diretrizes gerais, fixados especialmente nos artigos 194 e 195 do texto constitucional;
- 2) Os direitos sociais devem ser implementados através de políticas públicas.⁷

Temos, até aqui, que os direitos fundamentais à previdência, à saúde e à assistência devem ser prestados pelo Estado, mediante a realização de políticas públicas, com estrita observância das diretrizes estabelecidas constitucionalmente, cabendo aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, em suas esferas de atribuições, zelar pela sua efetiva concretização.

É atribuição do Poder Executivo, através de seus órgãos, executar as políticas públicas; ao Poder Judiciário, por sua vez, compete manifestar-se sobre ameaça ou lesão a direito, quando provocado.

Apenas se mostra legítima a atuação judicial quando demonstrado que a Administração, por ação ou omissão, não cumpriu adequadamente suas funções. Como afirmar que houve desídia do órgão administrativo se ele sequer foi instado a se manifestar?

Como transferir ao Judiciário a possibilidade de interferir num ato tipicamente administrativo se ainda não foi dada oportunidade à Administração de fazê-lo ou pelo menos de justificar as razões de sua omissão?

7 Políticas públicas são “o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados”. (BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 39).

Como pode o Judiciário ser provocado a criar, alterar ou deixar de aplicar uma política pública se em muitos casos ele não a conhece na íntegra?

Estas reflexões demonstram não só o acerto da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 631.240, restrita às ações previdenciárias, como também a possibilidade de sua aplicação às lides envolvendo os demais direitos sociais que integram o Sistema de Seguridade Social (assistência e saúde).

Se previdência, saúde e assistência são direitos fundamentais sociais que se concretizam através de políticas públicas, o primeiro órgão estatal que deve ser acionado é a Administração Pública. A recusa ou a omissão desta é que caracteriza a lesão a direito, ensejando assim a propositura de ação judicial.

Este é o jogo que deve ser jogado.

Para compreender como atuam os grandes litigantes do sistema de justiça (entre os quais o INSS – Instituto Nacional de Seguro Social, responsável pela concessão e pagamento dos benefícios previdenciários e assistenciais), é preciso partir dos dados estatísticos e conhecer como os órgãos administrativos exercem suas atribuições típicas no momento anterior à propositura da ação judicial.

5 CONCLUSÃO

Não estamos aqui sugerindo que o acesso ao Poder Judiciário e o direito de ação sejam mitigados, o que seria um verdadeiro retrocesso.

O que nos parece é que para a própria preservação do sistema jurídico, algumas questões merecem ser mais bem refletidas, por parte de quem aciona a justiça, por parte de quem tem o dever constitucional de executar as políticas públicas e por parte dos próprios juízes.

Quem busca a prestação jurisdicional deve ter ciência de que ela tem a função de substituir a vontade das partes naquelas hipóteses em que o acordo voluntário não é possível; a *contrario sensu* se houver a possibilidade de uma solução negociada, extrajudicial, ela deve ser perseguida como primeira opção.

Neste sentido deve ser repensada a postura de muitos órgãos públicos, que utilizam todos (e não são poucos) os recursos previstos na legislação para postergar o cumprimento de uma decisão que todos sabem que não será reformada, eis que fundamentada em jurisprudência já pacificada.

É claro que uma reforma da legislação processual também é muito bem-vinda, mas a mudança da mentalidade dos operadores do direito é bem mais promissora que qualquer lei. A lógica dos operadores do direito deve ser a de resolução definitiva dos conflitos, e não de postergação infinita.

Também os juízes não escapam dessa reflexão.

A quantidade de excessiva de processos, de um lado, e a excessiva cobrança de produtividade (por parte das partes, corregedorias e demais órgãos de controle), de outro, acabam tornando o juiz um produtor de decisões em massa, guiado pelo ímpeto de tudo decidir, o mais rápido possível. É preciso “baixar a pilha de processos”, julgar mais ações do que aquelas que entram.

Nesta perspectiva, não sobra tempo nem espaço para pensar o que deve efetivamente ser objeto de apreciação judicial.

Muitas vezes, são submetidas ao Judiciário questões que são típicas do âmbito político, econômico, religioso, mas que por algum motivo não foram ali resolvidas, por deliberada opção do órgão originariamente competente para fazê-lo, seja em razão do ônus que a tomada da decisão traria, seja em razão da falta de amadurecimento do tema.

Será que em todos esses casos o juiz deve se pronunciar sobre o mérito da demanda? Será que é ele que tem que dar essa resposta? Mais que isso: quando o tema é submetido ao Judiciário, será que a intenção não é apenas de tornar público o debate?

Ao contrário dos demais Poderes, o Judiciário não tem a prerrogativa de não se pronunciar, posto que vinculado ao *non liquet*. Tem que decidir! Qualquer ação judicial, não importa o quanto seja infundada ou despropositada, enseja uma resposta judicial para que seja extinta, ainda que sem qualquer pronunciamento sobre o mérito.

Se assim for, o órgão judicial deve ter a exata percepção do contexto onde está inserido e verificar qual é o seu papel naquele conflito.

Ter a sensibilidade necessária para decidir quando o caso estiver efetivamente em termos; ter também sensibilidade para aguardar o amadurecimento do tema quando as circunstâncias assim indicarem; perceber as hipóteses em que a solução consensual, obtida por conciliação, ainda que intermediada pelo órgão judicial, é muito mais efetiva do que aquela imposta.

É preciso abandonar a ilusão de que o mundo cabe no processo, pois ele não cabe, é muito mais complexo. A decisão judicial é uma das respostas possíveis, mas não a única.

A percepção do que pode e deve ser resolvido na esfera judicial é uma das ferramentas para lidar com o excesso de judicialização retratado pelo Conselho Nacional de Justiça.

Ao Judiciário o que é do Judiciário!

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Rio de Janeiro: Revista da EMARF, Cadernos Temáticos “Justiça Constitucional no Brasil: Política e Direito”, dezembro/2010, p 389-406.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1-49.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Metodologia Fuzzy” e “Camaleões Normativos” na problemática atual dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: CANOTILHO, J. J. Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. 2ª edição. Coimbra: Coimbra, 2008, p. 97-113.
- LUHMANN, Niklas. **A posição dos tribunais no sistema jurídico**. Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, n. 49, p. 149-168, julho 1990.
- RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Editora Saraiva, 1ª edição, 2ª tiragem, 2010.
- SADEK, Maria Tereza. **Judiciário e arena pública: um olhar a partir da ciência**

política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coordenadores).

O controle jurisdicional das políticas públicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 1-32.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João; FERREIRA, Pedro Lopes. **Os tribunais na sociedade contemporânea: o caso português.** 2ª edição. Porto: Edições Afrontamento, 1996, p. 42.

MEIOS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E DEMANDAS REPETITIVAS DE DIREITO PÚBLICO: UM DESAFIO A SER ENFRENTADO

*Priscilla P. Costa Correa*¹

Resumo: O objetivo destes escritos é identificar as dificuldades enfrentadas para aplicação dos meios consensuais de solução de conflitos às demandas repetitivas de direito público. Com esteio na doutrina especializada e na legislação de regência, percebe-se a necessidade de mudança de paradigma para que os meios consensuais recém-incorporados ao sistema processual alcancem o Poder Público e, em especial, rompam com a arraigada cultura de judicialização e a eternização de litígios. A adoção do sistema múltiplo pode contribuir para prevenção e equacionamento de conflitos que possam gerar demandas repetitivas. Para tanto, será necessário identificar as demandas que apresentem perfil para a solução consensual e direcioná-las aos métodos mais adequados, buscando-se o diálogo interinstitucional entre os Poderes da República no sentido de fomentar o uso destes meios, vocacionados à procedimentalização da isonomia, à valorização do exercício de uma cidadania ativa e à prevenção de demandas repetitivas.

Palavras-chave: Acesso à justiça. Meios consensuais. Demandas repetitivas.

1 INTRODUÇÃO

O acesso à justiça, compreendido como acessibilidade universal e efetiva, tem sido apontado como característica essencial de um Judiciário saudável.

A partir de um estudo sobre a administração da justiça em mais de sessenta países, Cappelletti e Garth (1988, p. 12) concluíram que o acesso à justiça

¹ Juíza Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro.
Mestre em Justiça Administrativa pela Universidade Federal Fluminense.

é integrado por pelo menos dois componentes: as percepções social e cultural sobre as barreiras para invocar o sistema judicial e os fatores ligados à presença física real do Judiciário em determinado país. Os autores descrevem três ondas para a consecução dessa garantia constitucional: a da assistência judiciária à população de baixa renda, que contribui para romper a barreira econômica que dificulta o acesso; a dos direitos difusos e expansão da solução de conflitos de massa via tutela coletiva de direitos; e da incorporação dos meios alternativos e informais² de resolução de conflitos.

A exploração dos meios alternativos de resolução de conflitos (MARC) pelos Judiciários latino-americanos vem sendo fomentada pelo Banco Mundial desde a década de 1990. Para a instituição, o Judiciário deve contar com três características fundamentais: independência; força, mediante instrumentos para implementar suas decisões; e eficiência gerencial.³ Os MARCs seriam, desta feita, a chave para o “desafogamento” dos Judiciários.⁴

Diferentemente da realidade vivenciada por alguns países desenvolvidos, onde o processo de consolidação de direitos se operou em etapas, por meio de gerações de direitos, no Brasil, este processo foi imediato e efêmero, caracterizando-se como um “curto-circuito histórico”, na expressão de Souza Santos (2007, p. 20). E nesse curso, as demandas repetitivas, isto é, as ações decorrentes do tratamento atomizado (individual) de conflitos

2 O termo sugere uma “alternativa” ao Judiciário, quando, em rigor, os acordos podem ser realizados judicial ou extrajudicialmente, antes ou durante o curso de um processo, razão pela qual adotaremos a expressão “meios consensuais de soluções de litígios” por entendermos que destaca o principal ponto: a busca da consensualidade.

3 O Banco defende a independência do Judiciário em relação ao resto do governo como a mais importante das três características, ante a necessidade de garantir que o Poder Executivo respeite a lei e responda por seus atos.

4 Entre as vantagens listadas estão: (i) ampliação do acesso à justiça para camadas mais pobres da população devido à informalidade, aos custos mais baixos ou nulos e à possibilidade de dispensa de advogado; (ii) mediadores e árbitros podem estar mais familiarizados com as matérias em debate, proporcionando decisões mais previsíveis; (iii) a probabilidade de as partes nutrirem uma relação saudável no futuro é maior do que nos litígios judiciais; (iv) as partes terão um papel ativo na solução de suas disputas; e (v) este sistema confere mais privacidade às partes. (DAKOLIAS, 1996, p. 34).

idênticos contribuem de forma significativa para congestionar o Judiciário.

Em matéria de direito público, tais litígios, em regra, têm como ponto nodal a interpretação de uma lei e o tratamento “pulverizado” da questão debatida mediante o ajuizamento de uma ação para cada pessoa natural ou jurídica que se vê lesada, além de inundar Varas e Tribunais, tem o perverso efeito de gerar soluções discrepantes para situações assentadas em bases fáticas e jurídicas similares, quiçá, idênticas. Neste tipo de demanda, a pacificação social célere é um problema grave a reclamar solução urgente, entretanto a recalitrância do Poder Público em assimilar entendimentos firmados pelas Cortes Superiores e a cultura de litigância com o exaurimento de todas as instâncias recursais prolongam a marcha processual e consomem recursos desnecessariamente.

A propensão ao efeito multiplicador das lides de direito público (matérias: tributária, previdenciária, gratificações de servidores públicos etc.) deve fomentar medidas capazes de prevenir o ajuizamento de demandas repetitivas e a reiterada interposição de recursos idênticos, cujo desfecho é conhecido. Por essa razão, a aplicabilidade dos meios consensuais de solução de conflitos recém-incorporados como instrumentos aptos a prevenir litígios e conferir eficiência ao sistema merece análise cuidadosa, constituindo a isonomia importante valor a ser preservado, como adiante se explicitará.

2 MEIOS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E ACESSO À JUSTIÇA

No sistema jurídico brasileiro, os conflitos podem ser solucionados de duas formas: heterocompositiva, quando resolvidos impositivamente por um terceiro equidistante, isto é, por meio da jurisdição ou da arbitragem (Lei n. 9.307/1996); ou autocompositiva, quando as próprias partes envolvidas no litígio trabalham para resolver a disputa com o auxílio de um terceiro facilitador, desprovido de poder para impor soluções.

O princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, inc. XXXV) impede que o legislador exclua lesão ou ameaça a direitos da apreciação do Poder Judiciário, o que não significa que todo e qual-

quer conflito deva ser solucionado por meio da atividade jurisdicional. Inafastabilidade não significa exclusividade, tampouco primazia da via jurisdicional. Nessa ordem de ideias, a noção de subsidiariedade da atividade jurisdicional deve ser propagada, como forma de reservar ao processo judicial apenas os conflitos que não possam ser solucionados por outras vias.

Dalla (2014, p. 56) considera que “numa sociedade desejavelmente evoluída, a jurisdição deveria ser o último degrau a ser galgado, bem depois das soluções consensuais, e apenas em caso de insucesso destas”.

A vedação à autotutela impede o uso da força por particulares, mas não interfere na busca da consensualidade pelas partes. Portanto, não havendo êxito na via consensual, sempre restará a possibilidade de acesso à via jurisdicional.

Os meios consensuais de solução de conflitos recém-incorporados ao sistema processual, além de compatíveis com a norma constitucional, emergem como mecanismos de ampliação do acesso à justiça, com vistas ao fortalecimento da participação cidadã, do combate à morosidade e da busca de efetividade e exequibilidade.

Mais do que uma possibilidade de solução para o congestionamento do Judiciário, os meios consensuais se destacam como via propícia de incentivo a uma participação ativa do jurisdicionado na busca de soluções para os seus conflitos (CORREA, 2014, p. 37-45).

Neste ponto, merece destaque o nominado “eixo procedimentalista” de Garapon-Habermas, segundo o qual a atual patologia que assombra a vida social moderna, da qual a crescente e invasora presença do direito na política seria apenas um indicador, deve encontrar reparação a partir de uma cidadania ativa (VIANNA *et al.*, 1999). A linha de raciocínio desenvolvida pelos autores é a seguinte:

A invasão da política e da sociedade pelo direito, e o próprio gigantismo do Poder Judiciário, coincidiram com o desestímulo para um agir orientado para fins cívicos, tornando-se o juiz e a lei derradeiras referências de esperança para indivíduos isolados, socialmente perdidos (VIANA *et al.*, 1999, p. 23).

Ao incorporar conciliação e mediação como etapas obrigatórias do processo civil, o legislador brasileiro promoveu uma aproximação do nominado “Tribunal multiportas”, que se caracteriza como instituição capaz de redirecionar os casos conflituosos para o método de resolução mais apropriado, ao invés de tomar o processo judicial como meio mais adequado para todas as controvérsias (GONÇALVES, 2014, p. 13).

O conceito de “Tribunal multiportas”, cunhado por Frank Ernest Arnold Sander, professor emérito da Universidade de Harvard, consiste na ideia de uma organização judiciária multifacetária, capaz de acolher, em um mesmo local, diversas modalidades de resolução de litígios (heterocompositivas, autocompositivas e híbridas; judiciais e não judiciais), com vistas a direcionar o conflito ao melhor método para a sua resolução. A metáfora das portas revela a ideia de que todos os meios, tradicionais e alternativos, estejam disponíveis no mesmo lugar antes de verificar se o processo judicial é mesmo a única via adequada para a solução de determinado conflito (GOLDBERG *apud* GONÇAVES, 2014, p. 163).

A utilização do modelo multiportas pelos tribunais brasileiros pode significar um avanço no trato das demandas repetitivas. Por este modelo, os tribunais atuariam com vistas a monitorar a formação de conflitos com tendência multiplicativa e mediante o fortalecimento do diálogo interinstitucional fomentariam a atuação do Poder Público envolvido no conflito, na busca de soluções com a participação do jurisdicionado, antes do ajuizamento das ações. Ocorrendo o ajuizamento, ainda restaria a possibilidade de distribuição das demandas repetitivas inicialmente aos “Centros de Conciliação” para a submissão das lides idênticas à tentativa de mediação de forma coordenada, de modo que a marcha processual só se inicie nas lides que efetivamente não haja possibilidade de solução administrativa, nem de uso dos meios consensuais, judiciais e/ou extrajudiciais.

Os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos e os Centros de Conciliação, criados a partir da Resolução n. 125, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), possuem fisionomia própria para funcionar nos moldes do conceito multiportas, o que vem, de certo

modo, ocorrendo em algumas unidades e tem gerado bons resultados.⁵ Embora a Administração Pública das três esferas federativas figure no rol dos litigantes mais presentes no Judiciário brasileiro, a busca da consensualidade com o Poder Público é um desafio quase intransponível para os mencionados Núcleos e Centros de Conciliação.

Para ilustrar a realidade vivenciada, basta mencionar que o Núcleo de Conciliação vinculado ao Tribunal Regional Federal da 2ª Região, ao longo do ano de 2015, realizou 3.100 audiências, que resultaram em 2.171 acordos homologados, valendo registrar que apenas 180 acordos versaram sobre matéria de direito público (incluídas nesta soma anuidades de Conselhos de Fiscalização), ou seja, a aplicação dos meios consensuais nas demandas repetitivas de direito público precisa avançar significativamente.

De um lado, verifica-se que a negativa de acordos por parte do Poder Público com base na alegação genérica de indisponibilidade do interesse público não é compatível com os princípios da economicidade e da eficiência previstos na Carta Constitucional. De outro, percebe-se que os membros da Advocacia Pública dependem de parâmetros para a realização de acordos e duas são as razões: primeiro, porque não têm autonomia para atuar livremente; segundo, porque a atuação do Poder Público nas demandas repetitivas deve ser uniforme para não violar a isonomia entre litigantes que se encontrem na mesma situação, o que torna indispensável a fixação de parâmetros objetivos. Entretanto, esta parametrização não é realizada pela cúpula das respectivas instituições.

Em que pesem as divergências sobre a necessidade ou não de autorização legal específica para a realização de acordos (GAZDA, 2006), o art. 1º, da Lei n. 9.469/1997 exige autorização do Advogado-Geral da União para a realização de acordos ou transações com o propósito de prevenir ou terminar litígios. Embora a Lei n. 13.140/2015 disponha que tanto direitos disponíveis

5 Na 2ª Região, por exemplo, já se utilizou a prática de distribuir inicialmente para o Núcleo de Conciliação as demandas que apresentassem perfil para conciliação de forma a submetê-las à tentativa de acordo antes da distribuição para um juízo específico.

como indisponíveis transigíveis poderão ser objeto de mediação, esta mesma lei exige autorização do Advogado-Geral da União, com base na jurisprudência pacífica de Tribunais Superiores; ou parecer do Advogado-Geral da União, aprovado pelo Presidente da República, para que a mediação com o Poder Público possa ocorrer, ou seja, nenhuma autonomia para perquirição do interesse público é dada aos integrantes da Advocacia Pública, cabendo ao dirigente máximo do país a decisão sobre o uso ou não dos meios consensuais. A análise da constitucionalidade da exigência escapa aos limites estreitos do presente estudo.

Das alterações inseridas na Resolução n. 125 do CNJ, em 08/03/2016, com vistas a adequá-la aos regramentos processuais recém-incorporados, merece destaque a diretriz apontada no inciso VIII do art. 6º, que dispõe competir ao CNJ atuar em conjunto com os entes públicos de modo a estimular a conciliação.

Os regramentos da conciliação no CPC/2015 e da mediação na Lei n. 13.140/2015 são análogos e, ao lado da Resolução n. 125 do CNJ, formam o minissistema brasileiro de métodos consensuais de solução de conflitos. Havendo colisão, as normas da Lei de Mediação prevalecerão por se tratar de lei posterior e específica (GRINOVER, 2015). Os institutos se distinguem entre si porque na mediação prevalece a figura do facilitador como sujeito capaz de instruir as partes a formularem por si sós uma solução para o conflito. Ademais, a mediação foi reservada às hipóteses que registram um histórico de relacionamento entre as partes, que, em regra, subsistirá após o ato.⁶

Dessa forma, as lides repetitivas de direito público deverão ser submetidas à mediação uma vez que o vínculo entre as partes antecede o conflito e, na maioria dos casos, perdurará após a sua solução.

A Lei n. 13.140/2015 disciplina de forma específica a autocomposição nas lides em que a Administração Pública figure como parte. No tema, a interessante inovação está no artigo 35 desta lei, que cria o instituto da “transação por adesão”, possibilitando a extensão dos efeitos do acordo aos eventuais interessados que se encontrem na mesma situação fática. A apli-

6 Ver parágrafos 2º e 3º do art. 165 do Código de Processo Civil de 2015.

cação deste instituto poderá solucionar em definitivo e de forma isonômica milhares de demandas já ajuizadas e inibir o ajuizamento de outras tantas, otimizando a atuação da Advocacia Pública, cujos esforços serão mais bem aproveitados nas lides remanescentes.

O instituto da transação por adesão prestigia o princípio da isonomia como substrato material e atende à necessidade de um procedimento especial de autocomposição para demandas envolvendo o Poder Público, justamente por proceduralizar a isonomia nas lides repetitivas, razão pela qual entendemos que a *ratio* da novel sistemática de extensão de efeitos aos interessados que se encontrem na mesma situação fática deve ser aplicada a todas as formas de solução consensual de demandas repetitivas de direito público, judiciais e extrajudiciais.

O maior desafio a ser enfrentado é, pois, o rompimento com a cultura administrativa de litigância em detrimento da racionalidade, da eficiência e da economicidade do sistema. Nesse contexto, é necessário anotar que os meios consensuais isoladamente considerados não solucionarão o problema da eficiência do Judiciário brasileiro, ficando, aqui, entendidos como eficiência os aspectos produtividade, celeridade, justiça material e economicidade (CORREA, 2014). A busca da consensualidade nos conflitos de direito público só gerará resultados positivos se, paralelamente, houver uma ruptura com a cultura de litigância e procrastinação no cumprimento de obrigações por parte do Poder Público.

A questão é complexa porque envolve comportamentos arraigados no sentido da perpetuação de litígios com vistas ao adiamento da saída de recursos dos cofres públicos⁷, ainda que deste adiamento resulte prejuízos ao erário em razão de juros e encargos da dívida, gastos com processamentos de milhares de demandas e manutenção de uma Advocacia Pública agigantada, embora desprovida de estrutura operacional que lhe propicie uma atuação racional e eficiente.

7 Falcão (2008) considera tratar-se de uma verdadeira cultura de judicialização do déficit público, uma vez que a dívida pública judicializada não entra no cálculo da dívida pública, nem nas limitações da Lei de Responsabilidade Fiscal.

3 CONCLUSÃO

O problema da morosidade e da atual sobrecarga do Judiciário exige a compreensão sobre como se formam as demandas repetitivas, com o seu grande potencial de congestionamento do sistema, e de que modo podem ser prevenidas e pacificadas de forma isonômica.

O atual estágio de ineficiência do Poder Judiciário como prestador de serviços deve propiciar reflexões sobre a perspectiva de sua atuação, com a percepção de que a insistência de absorção de todo e qualquer conflito sem o incentivo à busca de outras formas de soluções que valorizem iniciativas dos próprios interessados caracteriza uma postura paternalista, incompatível com a construção de uma cidadania política sustentável. É preciso, portanto, que haja uma mudança de paradigma, com a valorização de soluções extraprocessuais, sob pena de se incrementar a falta de efetividade da prestação jurisdicional, que não pode ser vista como mais um bem de consumo da sociedade de massa.

Dos meios consensuais inseridos no ordenamento jurídico pelas leis n. 13.105/2015 e n. 13.140/2015, a mediação e o instituto da “transação por adesão” podem ser efetivos divisores de águas no problema da morosidade do Judiciário na medida em que os recursos materiais e humanos dedicados ao sem-número de demandas repetitivas poderão ser carreados para solução de lides remanescentes, cabendo à cúpula do Poder Executivo atuar em favor da eficiência e da economicidade.

Na mesma esteira, o sistema multiportas acena para o Poder Judiciário como uma forma de criar novos caminhos que permitam aos membros da sociedade o exercício de uma cidadania ativa, direcionando-os para a busca de soluções consensuais.

O potencial descongestionador dos meios consensuais de solução de conflitos é significativo e precisa ser fomentado e bem explorado pelo Judiciário, como forma de combater o excesso de litigância e a demora exacerbada na pacificação social das demandas repetitivas de direito público. Para tanto, o diálogo interinstitucional necessário à operacionalização do sistema multiportas é fundamental para que os institutos recém-incorpora-

dos não tenham o seu potencial descongestionador nulificado pela arraigada cultura de judicialização.

Assim, seja pela criação de “Centros de Inteligência e Monitoramento de Demandas Repetitivas”, seja pela expansão da área de atuação dos “Centros de Conciliação”⁸, para que cuidem também da análise e da prevenção de litígios repetitivos, o importante é que o fenômeno da judicialização e as possibilidades oferecidas pelo sistema multiportas não continuem alheios à administração da justiça.

Resultados positivos não serão alcançados apenas por gestão de qualidade ou inovações legais, pois toda reforma burocrática, como é a reforma judicial, tem contornos políticos e exige alteração nas relações entre os Poderes do Estado, mediante arranjo que concerte o pacto entre estes atores institucionais, no caso brasileiro, bastante enfraquecido.

REFERÊNCIAS

BANCO MUNDIAL. Documento Técnico n. 319. O Setor Judiciário na América Latina e no Caribe: elementos para reforma. Washington: Banco Mundial, 1996.

BANCO MUNDIAL. **Relatório sobre o desenvolvimento mundial**. Washington: Banco Mundial, 1997.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução e revisão: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. Reimpresso em 2002.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Demandas repetitivas e a morosidade na justiça civil brasileira**. Brasília, julho 2011. p. 18. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/pesq_sintese_morosidade_dpj.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2013.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução n. 125/2010**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em: 22/03/2016.

8 Diretriz n. 15 do Grupo de Trabalho sobre o tema “Demandas Repetitivas e Grandes Litigantes”, da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – Enfam

CORREA, Priscilla P. Costa. *Direito e desenvolvimento: aspectos relevantes do Judiciário brasileiro sob a ótica econômica*. Brasília, CEJ, 2014.

DAKOLIAS, Maria. **Documento Técnico 319. Elementos para reforma. Banco Mundial**. Tradução: Sandro Eduardo Sardá. Washington, D.C.: Banco Mundial, 1996.

DALLA, Humberto. **Novos desafios da mediação judicial no Brasil**. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 52, n. 205, p. 55-70, jan./mar. 2015.

FALCÃO, Joaquim. **Uma reforma muito além do Judiciário**. *Revista Interesse Nacional*. Brasília, 2008.

GAZDA, Emmerson. **Administração Pública em juízo: poder-dever de transigir**. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao010/emmerson_gazda.htm>. Acesso em: 20 mar. 2016.

GONÇALVES, Vinicius Jose Correa. **Tribunais multiportas: pela efetivação dos direitos fundamentais de acesso à justiça e à razoável duração dos processos**. Curitiba: Juruá, 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os métodos consensuais de soluções de conflitos no Novo Código de Processo Civil**. 4 de novembro de 2015. p. 51. Disponível em: <<http://estadodedireito.com.br/conflitosnonovo/>>. Acesso em: 20 mar. 2016.

SOUZA SANTOS, Boaventura de. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2007.

VIANNA, Luiz Werneck *et al.* **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Renavan, 1999.

AS DEMANDAS REPETITIVAS DE DIREITO PÚBLICO E O PRINCÍPIO DA PROCEDIMENTALIZAÇÃO DA ISONOMIA

Marco Bruno Miranda Clementino¹

Resumo: O texto se propõe a fundamentar a existência de um princípio cujo objetivo consiste em promover a adequação do direito processual para aplicação nas demandas (repetitivas) de direito público, denominando-o de princípio da procedimentalização da isonomia. Parte-se da premissa de que o direito processual brasileiro é incapaz de descer ao nível dos conflitos estruturais típicos de direito público, decorrentes da má concepção e execução das políticas públicas, o que enseja o ajuizamento de demandas repetitivas, que recebem respostas jurisdicionais pautadas pela inobservância da isonomia. Conclui-se pela necessidade de se reconhecer a validade do princípio da procedimentalização da isonomia, a fim de se promoverem as necessárias adequações no rito processual que o torne compatível com o perfil do conflito subjacente nas demandas de direito público.

Palavras-chave: Demandas repetitivas. Direito público. Conflitos estruturais. Princípio da procedimentalização da isonomia.

1 INTRODUÇÃO

A noção de repetição é um fenômeno relevante na produção jurídica. Ora, se o direito ostenta como finalidades a prevenção e a solução de conflitos, a ideia de racionalização lhe constitui um pressuposto necessário, expressão da eficiência como valor intrínseco. Como produto cultural, o direito natural-

¹ Juiz Federal e Diretor do Foro da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte. Professor Adjunto da UFRN. Mestre (UFRN) e Doutor (UFPE) em Direito. Formador de Magistrados da Enfam.

mente se propõe a conferir um tratamento racional aos fatos sociais e, para isso, a construir também racionalmente sua lógica de operatividade, através de suas categorias e institutos.

Repugna, pois, à ideia de juridicidade que o próprio direito positivo seja indutor de litígios através da incidência de suas normas. Seu objetivo é estabilizar as relações sociais, com foco na prevenção e na solução dos conflitos. Daí a necessidade de se conferir tratamento racional à repetição como fenômeno. Ora, a noção de repetição em si, por um lado, é semanticamente incompatível com a de prevenção e, por outro, a ação repetitiva é uma natural geradora de erros ou respostas conflitantes, o que, no plano jurídico, eleva o risco de produção de conflitos.

Por isso mesmo, o direito busca a racionalização e a segurança jurídica, desejando evitar, a princípio, a repetição. São inúmeros os conceitos jurídicos que pressupõem a ideia de repetição como elemento essencial, a exemplo do de jurisprudência, cada vez mais aceita como fonte de produção de normas e referencial para a construção de várias figuras jurídicas com a mesma vocação racionalizadora. No direito processual, essa constatação é até mais evidente, dada a circunstância de que um litígio implica, em tese, a existência de um ilícito praticado por uma das partes, pelo que essa lógica racionalizadora da repetição também é observada na concepção de vários institutos (ex. súmulas vinculantes, repercussão geral) e de técnicas que embutem especificamente esse objetivo (ex. técnicas de aplicação dos precedentes).

A ideia de antijuridicidade na repetição suscita a problemática do presente trabalho. É que, a despeito de todas as tentativas legislativas e jurisprudenciais de racionalização, a jurisdição brasileira convive hoje com um fenômeno preocupante: a legislação processual não conseguiu debelar a multiplicação de demandas judiciais idênticas que se repetem nos órgãos do Poder Judiciário, haja vista a inexistência de instrumentos formais e mesmo de uma cultura de estabilização que assegurem a isonomia e a segurança jurídica no respectivo tratamento.

A propósito, no mês de setembro de 2015, o Relatório Justiça em Números, produzido anualmente pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ),

considerado a mais respeitável radiografia sobre o sistema judiciário brasileiro, apresentou um dado alarmante. Não obstante a cultura de gestão e de boa governança implementada na primeira década de existência do CNJ, em particular com a instituição de metas de nivelamento para todas as unidades judiciárias do país, e a elevada produtividade em geral constatada nas pesquisas realizadas, existiam, no final de 2014, mais de 100 milhões de processos em tramitação no Poder Judiciário brasileiro, com expectativa de crescimento da demanda. O Brasil tornou-se, portanto, um ambiente de excessiva litigiosidade, atingindo-se a marca de quase um processo para cada dois habitantes, com risco de colapso no sistema de justiça, tendo em vista o esgotamento da capacidade de resposta.

Esse quantitativo impressionante de processos em tramitação resulta de uma confluência de fatores sociais, políticos e mesmo jurídicos que produziram um fenômeno muito peculiar à jurisdição brasileira: a existência de uma multiplicidade de demandas repetitivas, tramitando e congestionando o Poder Judiciário. Em sua larga maioria, são demandas que visam solucionar um litígio individual, porém que não conseguem, por razões procedimentais, atingir o foco de um conflito frequentemente estrutural, permitindo que este continue reproduzindo novos conflitos e retroalimentando novas demandas. Muitos dos litígios são também artificiais, porém, não bastasse a incapacidade de se atingir o verdadeiro foco, a lógica de repetição tende a induzir também conflituosidade intraprocessual.

Trata-se de um fenômeno institucionalmente reconhecido como preocupante e ao qual já se tenta apresentar respostas. No VII Encontro Nacional do Judiciário, realizado entre 18 e 19 de novembro de 2013, em Belém – PA, foram aprovados macrodesafios para juízos e tribunais brasileiros entre 2015 e 2020, com a consequente edição, no âmbito do CNJ, da Resolução n° 198/2014, instituindo a Estratégia Judiciária 2020. Dentre os macrodesafios aprovados naquela ocasião, está a problemática da gestão das demandas repetitivas.

Até pouco tempo atrás, demandas repetitivas eram um conceito restrito à realidade da prática judiciária, à míngua de qualquer definição normativa sobre o fenômeno. É bem verdade que a legislação processual já

contemplava alguns instrumentos naturalmente vocacionados à racionalização do processamento de demandas repetitivas, porém somente no recente Código de Processo Civil, editado pela Lei n. 13.105/2015, a terminologia foi empregada de forma expressa, para designar um instrumento que ostenta o conceito em sua materialidade: o incidente de resolução de demandas repetitivas, regulado no artigo 976.

O tema deste trabalho, portanto, está na ordem do dia. Existe deliberação interesse institucional do sistema de justiça, capitaneado pelo CNJ, de se encontrarem soluções para o problema posto. Outrossim, tendo em vista o exíguo tempo de vigência, não há ainda dados disponíveis para que se apresentem resultados concretos na aplicação do incidente de resolução de demandas repetitivas. Ademais, considerando que a legislação processual já previa outros instrumentos voltados à racionalização de demandas repetitivas e que se revelaram insuficientes, é necessário que o tema seja refletido com profundidade e que o sistema processual seja repensado como um todo, sob um viés axiológico diferente, em particular no que se refere às demandas repetitivas de direito público.

Com efeito, o processo civil tem origem no direito privado, de perfil marcadamente individualista e incompatível com a solução de conflitos que têm em sua gênese a atuação estatal, submetida a um regime jurídico específico e pautada por uma identidade própria. Os conflitos subjacentes às demandas de direito público têm natureza absolutamente distinta daqueles de direito privado, em que predominam interesses subjetivos, de um particular ou de uma coletividade. No direito público, os conflitos têm feição objetiva, centrados na atividade estatal. Ora, ao Estado interessa efetivar direitos individuais e coletivos, de modo isonômico, pelo que, no contencioso contra a fazenda pública, a origem do conflito não se exaure com a tutela do direito subjetivo, individual ou coletivo, senão com a efetiva correção da atuação estatal.

Por essa razão, quanto às demandas repetitivas de direito público, a prescrição de institutos pensados apenas na solução dos conflitos assentados em direitos subjetivos alegadamente titularizados por sujeitos processuais jamais será suficiente para equacionamento do problema. Isso se dá

por uma razão muito simples: serão efetivados direitos subjetivos no âmbito do específico processo judicial, porém a atividade estatal deficiente será fonte de provocação de novos litígios rigorosamente idênticos ao anterior, numa lógica que, na ausência de uma solução que desça à origem do conflito, detém a aptidão de se multiplicar ao infinito.

Desse modo, como premissa à criação de novos instrumentos, é preciso desenvolver uma principiologia adequada à tutela de litígios no contencioso contra a fazenda pública. O objetivo deste trabalho, portanto, ao apresentar essa problemática, é sustentar a validade de um princípio que deve constituir referencial interpretativo da norma processual nesse campo, assim como orientar o legislador na produção normativa sobre a matéria: o princípio da procedimentalização da isonomia.

2 O PROCESSO CIVIL E AS DEMANDAS DE DIREITO PÚBLICO

O processo tem origem no direito privado. Antes de seu reconhecimento como direito autônomo, a ação figurava como expressão do direito violado e em reação. Consistia, portanto, em mero componente elementar do direito material, expresso numa prescrição de caráter formal com aptidão para assegurar o restabelecimento da licitude. Nesse período inicial, que antecede a autonomia do direito processual, a ação era concebida a partir de um marco teórico conhecido por civilista e imanentista, com origem no direito privado e notável influência do direito romano.

A teoria da ação como direito autônomo surgiu, no século XIX, a partir da polêmica entre dois juristas alemães, Windscheid e Muther, que resultou no desdobramento entre o direito material e o direito de ação, este expresso num direito à prestação jurisdicional. Só que todo o raciocínio envolvia a premissa de um direito material titularizado por um particular, numa fórmula de raciocínio típica do direito privado.

A partir desse raciocínio, o direito processual evoluiu forte na ideia de tutela de direitos subjetivos, identificando o conflito na lide, ou seja, nos interesses subjetivos contrapostos, expresso como pretensão e resistência. Nesse modelo, o conflito tem nítido caráter subjetivo (ou intersubjetivo) e

despreza qualquer circunstância objetiva alheia aos interesses deduzidos no processo como expressão da vontade de seus sujeitos.

O processo, assim, nasce com uma feição subjetiva. Seus instrumentos têm validade condicionada à vontade das partes e eficácia restrita a interesses subjetivos. Sendo inviável, a princípio, a irradiação dos respectivos efeitos, prepondera seu caráter essencialmente individualista. Limitado o campo de incidência, as normas processuais são estruturadas a partir da premissa da autonomia de cada conflito de interesses e da consequente ideia de uma solução individualizada.

É curioso notar que o direito público, como fenômeno mais recente, também sofre marcante influência do direito privado, cuja gênese remonta aos tempos imemoriais, com princípio de sistematização ainda no direito romano. O direito público, por outro lado, surgiu numa época em que o direito privado já se encontrava consolidado, então como direito comum. Dessa forma, quando surgiu o direito público, já havia uma tradição jurídica marcadamente privatística edificada ao longo de milênios, com categorias jurídicas devidamente formadas, da qual pôde aquele se apropriar, com o objetivo de construir sua própria identidade. Só que, quando incorporadas pelo direito público, essas categorias eram redesenhadas de forma a se adaptarem à principiologia que passou a fundamentá-lo, justamente com a finalidade de eliminar o individualismo próprio do direito privado, incompatível com a noção de supremacia do interesse público sobre o particular.

É natural que essa lógica de adaptabilidade também seja observada nas normas processuais que disciplinem o processamento das demandas de direito público e isso de fato ocorreu em algumas ordens jurídicas, em particular naquelas em que se optou pela criação de uma jurisdição administrativa, tipicamente vocacionada ao processamento de conflitos que envolvam direito público. No direito brasileiro, porém, o direito processual se manteve arraigado à tradição de direito privado, com acentuado caráter individualista.

Com efeito, na tradição jurídica brasileira, essa lógica de adaptabilidade é, via de regra, mais perceptível quando se trata do conjunto de normas processuais voltado ao manejo pelos ramos especializados do

Poder Judiciário. No direito processual trabalhista, a aplicação do Código de Processo Civil é meramente subsidiária, sendo aquele um sub-ramo com autonomia reconhecida, com intensa disciplina pela Consolidação das Leis do Trabalho; na esfera eleitoral, a despeito da incidência do direito processual civil, há um conjunto denso de normas específicas (algumas delas editadas pelo Tribunal Superior Eleitoral no uso do poder normativo!) que viabiliza a agilidade necessária à tomada de decisões no período eleitoral; no âmbito processual penal militar, existe até mesmo codificação própria, reconhecendo-se também sua autonomia em relação ao direito processual penal.

A competência para processamento das demandas de direito público é da Justiça Comum, estadual e federal. Nesse sentido, os elementos de especificidade *ratione materiae* do direito público não são propriamente valorizados na organização judiciária brasileira, fator que influencia na elaboração da legislação processual. O contencioso contra a fazenda pública tem sua disciplina relegada à fórmula genérica do Código de Processo Civil, incompatível com as especificidades do direito público.

Não existe, pois, no direito brasileiro uma codificação específica para o contencioso contra a fazenda pública. O direito público recebe o mesmo tratamento processual dos litígios puramente individuais, ou seja, de qualquer fato jurídico extraído do mercado ou das relações familiares. É ofuscado pela enorme massa de relações jurídico-privadas e, portanto, imerso numa lógica individualista incompatível com o perfil da tutela que lhe é adequada. Uma das consequências mais evidentes é a exacerbação da ampla defesa em demandas rigorosamente repetitivas, num trabalho absolutamente mecânico que reduz o serviço judiciário à lógica quase industrial.

É inegável que o direito processual civil contempla algumas regras específicas aplicáveis ao contencioso contra a fazenda pública. Todavia, são normas jurídicas que estabelecem privilégios processuais para a atuação desta em juízo, supostamente fundamentadas no princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, mas que, a bem da verdade, têm por verdadeiro objetivo compensar as procuradorias pela excessiva burocracia da administração pública brasileira, que lhes dificulta muito o trabalho. Em

outras palavras, esses privilégios, rigorosamente injustificáveis do ponto de vista teórico, apenas contribuem para elevar ainda mais a iniquidade existente nas relações entre o Estado brasileiro e os cidadãos.

Lamentavelmente, esses privilégios em favor da fazenda pública não foram extintos pelo recente Código de Processo Civil. Desse modo, o particular que com ela deseja litigar é submetido a um acréscimo de carga burocrática intraprocessual, que se soma à eventualmente já enfrentada em momento anterior, durante a tramitação do processo administrativo. É inegável que esse incremento de burocracia, que dificulta a solução mais ágil da lide, tem o potencial de fomentar novos conflitos artificiais, tornando a prestação jurisdicional mais demorada e menos efetiva.

3 AS DEMANDAS DE DIREITO PÚBLICO E OS CONFLITOS ESTRUTURAIS

A Constituição Federal conferiu às políticas públicas o traço de juridicidade, pelo que toda prestação oferecida ao cidadão brasileiro é também uma relação jurídica. O problema é que as expectativas de direitos geradas pela elevada carga de normatividade constitucional não são correspondidas na concreta prestação de serviços públicos. Como resultado da ineficiência estatal, e tendo em vista o amplo acesso à justiça assegurado pela Constituição Federal, as expectativas frustradas são transferidas do debate social para o âmbito jurisdicional e se tornam um problema de gestão judiciária. Em outras palavras, o Judiciário assume um ônus de mediador de conflitos estruturais, porém na desconfortável posição institucional de não participar ativamente da concepção da política pública e de não ostentar a competência de ordenar a despesa pública.

É praticamente impossível enumerar todos os fatores que contribuem para a não efetivação de direitos por ineficiência das políticas públicas. Porém, dois aspectos se destacam como causas históricas dos problemas jurídicos suscitados pela má execução daquelas: a irresponsabilidade fiscal na instituição de direitos e a falta de transparência na política orçamentária.

Quanto ao primeiro aspecto, é possível afirmar que, mesmo após

a entrada em vigor da Lei Complementar n. 101/2000, ainda existe uma cultura no Estado brasileiro de se prescreverem direitos sem a devida reflexão sobre a respectiva viabilidade financeiro-orçamentária. Como consequência dessa cultura de irresponsabilidade fiscal, não raras vezes a administração recorre deliberadamente ao poder regulamentar a fim de restringir indevidamente o gozo de certos direitos ou mesmo constrói interpretações restritivas claramente infundadas com o mesmo objetivo. De uma forma ou de outra, diante da violação de seus direitos, o cidadão é obrigado a provocar a jurisdição com o objetivo de lhe garantir a respectiva fruição.

Outra postura bastante comum da administração pública brasileira em situações como essa é simplesmente a de reconhecer direitos, porém postergar sua efetivação sob o argumento de inexistência de previsão orçamentária. Em que pese a negativa da administração nesse caso ocorrer sob o pano de fundo de uma suposta postura de responsabilidade fiscal, a verdade é que falta ao Estado uma visão de planejamento na própria instituição dos direitos. Em outras palavras, a cultura de responsabilidade fiscal, a fim de evitar conflitos, deve anteceder a ação administrativa no sentido de se reconhecerem direitos. Antes de estes serem instituídos, é preciso refletir sobre se é possível arcar com o respectivo custo. Do contrário, o problema jurídico surgido se converte mais uma vez em jurisdicional, já que o cidadão, por óbvio, não abdicará do gozo de um direito que lhe assiste.

Se isso não bastasse, não se pode confundir disponibilidade orçamentária com viabilidade financeira. É que a elaboração orçamentária pressupõe a noção de priorização e nem sempre há interesse político em se prestigiar a efetivação de direitos nesse processo decisório. É comum existir no Estado brasileiro um déficit democrático no orçamento público, expresso na falta de transparência na confecção da proposta respectiva e na sua própria execução, caracterizadas por um viés eminentemente técnico. Historicamente, o orçamento público tem sido a marca de uma tecnocracia mirabolante e o refúgio do modo de ser autoritário do Estado brasileiro.

O orçamento público é, antes de tudo, um instrumento de governança. Por meio dele são geridos os recursos sociais e econômicos de um

povo. A qualidade das políticas públicas tem, portanto, relação direta com o orçamento que lhes confere suporte. Quanto mais transparente e democrática for a elaboração do orçamento, mais eficaz será sua execução e mais eficientes serão as políticas públicas nele estabelecidas.

Orçamento, portanto, não mais se reduz a matemática. Se num passado nem tão remoto o orçamento público se resumia a um instrumento meramente contábil de planejamento e execução das finanças públicas, de controle numérico de receitas e despesas, hoje se reconhece seu relevante componente político, no sentido canalizar os anseios democráticos de uma sociedade na execução de políticas públicas legítimas e eficientes. Assim, é possível afirmar que o orçamento constitui termômetro da governança, ou seja, da capacidade estatal de agir de maneira eficiente e democrática.

Por consequência, a falta de transparência na elaboração e execução orçamentárias, expressando também o modo de ser autoritário do Estado brasileiro, configura um segundo fator de má execução das políticas públicas e redundando em proliferação de litígios, haja vista que o cidadão, com absoluta razão, não se conforma com argumentos evasivos e teses tecnocratas incompreensíveis como fundamento para a recusa na efetivação de seus direitos.

No cotidiano da jurisdição, essa estratégia de uso tecnocrático e pouco transparente do orçamento resultou escancarada, quando se detectou o frequente emprego de argumentos inconsistentes de fundo orçamentário como subterfúgio para frustrar o regular cumprimento das decisões judiciais visando à efetivação de direitos. O melhor exemplo desse fenômeno atualmente é, sem dúvida, a judicialização da saúde. O baixo grau de transparência e a excessiva centralização decisória provocam litigiosidade excessiva e, por consequência, um sério problema de gestão judiciária.

Essa litigiosidade excessiva consiste, na verdade, na reprodução no campo jurisdicional, sob a forma de conflitos, dos problemas jurídicos gerados pela má execução das políticas públicas, decorrente dos dois fatores antes referidos e da simples ineficiência da gestão pública. Portanto, a conflituosidade nas demandas de direito público tem um perfil diferente, de caráter estrutural.

Pode-se denominar de conflitos estruturais aqueles decorrentes da

concepção de políticas públicas de baixa qualidade ou da má execução de políticas públicas legítimas – por atingirem a sociedade como um todo de forma pulverizada –, assim como aqueles causados pelo baixo grau de transparência da ação administrativa, pela pesada burocracia e pela excessiva centralização decisória. A opção por essa terminologia se dá pelo fato de que, embora esses conflitos tenham uma dimensão essencialmente coletiva, existe a necessidade, quando se trata de políticas públicas, de se focar no objeto e não nos sujeitos, tendo em vista a sua perenidade. Ora, problemas crônicos na execução de políticas públicas não podem ser equacionados a partir da perspectiva do grupo atingido pelo ilícito, senão atacando este em si, e isso não raras vezes exige soluções orientadas pela lógica do processo objetivo.

No direito público, portanto, não se há de cingir o conflito ao interesse do específico indivíduo que busca a prestação jurisdicional. Como o foco do ilícito tem uma dimensão mais ampla, caracterizada pelo viés coletivo e pela perenidade, é preciso ir à origem do conflito e tentar solucionar o problema jurídico sob uma lógica diferente da regularmente preconizada pelo direito processual civil. Do contrário, como o conflito transcende cada indivíduo interessado, seu equacionamento sob um procedimento particularizado tende à repetição infinita.

4 CONFLITOS ESTRUTURAIS, ATRAÇÃO DE DEMANDAS E LITIGIOSIDADE INTRAPROCESSUAL

O modelo de prestação jurisdicional no Brasil incentiva a litigiosidade, seja mediante a atração de demandas, às vezes artificiais, seja com produção intraprocessual de litigiosidade, através de indução ao aprofundamento do conflito. São duas facetas de um mesmo problema, que tornam a prestação jurisdicional demorada mesmo quando eficiente, assim como anti-isonômica e insegura, permitindo-se com muita facilidade a atribuição de soluções distintas para problemas absolutamente idênticos.

A atração de demandas se revela em decorrência de alguns fatores e um deles é o amplo acesso à justiça. Com efeito, ao contemplar as “promessas constitucionais”, a Constituição Federal de 1988 foi também um marco de de-

mocratização da jurisdição. Pode-se afirmar que o sistema jurídico brasileiro é um espaço de ampla proteção de direitos. Os direitos são formalmente reconhecidos, assim como as estruturas para a respectiva garantia.

O acesso à justiça é materialmente garantido no Brasil. A jurisdição é barata e acessível, mesmo para uma sociedade que marginaliza social e economicamente uma parcela do seu povo. Assegura-se a gratuidade judiciária, é possível em algumas situações litigar sem o patrocínio de advogado e cada vez mais se consolida o sistema de Defensorias Públicas objetivando a promoção de assistência jurídica aos necessitados. Quanto aos cidadãos de melhor poder aquisitivo, as custas processuais não são propriamente elevadas e os advogados nem sempre são adequadamente remunerados. Em inúmeras situações, alguns órgãos da administração são tão burocráticos, a ponto de o acesso à justiça ser eventualmente mais fácil do que um formular um simples requerimento perante aqueles, o que desestimula o cidadão a buscar a solução administrativa de um problema.

Por outro lado, vigora no direito brasileiro o princípio da inafastabilidade da jurisdição como direito fundamental, o que assegura também o acesso à justiça no seu aspecto formal. Essa garantia é interpretada sob a perspectiva da maior amplitude possível: a rigor, qualquer problema jurídico pode ser submetido à jurisdição, diferentemente do que acontece em várias ordens jurídicas estrangeiras. E, como também se resguarda materialmente o acesso à justiça, o Poder Judiciário finda por receber uma profusão de demandas que desafia o seu funcionamento.

Como segundo fator, tem-se que, ressalvadas algumas iniciativas institucionais e as recentes modificações legislativas (Novo Código de Processo Civil e Lei de Mediação), o direito brasileiro expressa verdadeiro desprestígio aos meios alternativos de soluções de conflitos. Essa característica é indicativa de outra: o direito brasileiro desestimula a solução negociada, conferindo pouca relevância à autonomia da vontade. Isso influencia a interpretação da norma jurídica num sentido mais formalista, que tende a focar a relação jurídica como algo contraposto, conflituoso, e não como um instrumento de harmonização de interesses.

Um terceiro fator de atração de demandas tem caráter puramente formal: o próprio sistema jurídico estabelece a obrigatoriedade do processo judicial para certas providências que, por sua natureza, poderiam ser resolvidas no plano extrajudicial, com provocação da jurisdição apenas em caso de conflito efetivo. Isso se dá, por exemplo, com os procedimentos de jurisdição voluntária e, no que se refere ao contencioso tributário, com o rito da Lei n. 6.830/80 para a cobrança da dívida ativa tributária e não-tributária.

Outrossim, não bastasse esse fenômeno da atratividade de demandas, o sistema processual brasileiro peca por promover a litigiosidade intraprocessual, o que decorre de vários outros fatores: o excessivo formalismo das regras processuais, a ênfase na ideia de processo subjetivo, o desvalor do precedente, o incentivo recursal, a anti-isonomia deliberada nos privilégios processuais da fazenda pública em juízo.

O primeiro fator é, pois, o excessivo formalismo nas regras processuais. Esse ponto é bastante interessante, se se considerar a eficiência dos juizados especiais, em cujo âmbito se aplica justamente o princípio da informalidade. É que o formalismo é um natural produtor de conflitos, já que trabalha com a ideia da forma como verdade inquebrantável, como um fim em si mesmo. Desse modo, a proibição de maleabilidade na forma termina por incentivar a perpetuação do litígio em torno de aspectos acidentais, criando-se um foco diverso do conflito inicial apresentado. Não raras vezes, esse conflito paralelo se estende tanto a ponto de os atores do sistema de justiça (juiz, advogado, promotor, procurador) terem dificuldade até mesmo de resgatar o conflito inicial.

Outro fator importante é a ênfase no processo subjetivo, decorrente, como já referido, de uma influência histórica do direito privado. A legislação processual brasileira é pensada para a solução de casos individuais. Assim, a relação processual se forma, sob a égide do contraditório, para o equacionamento de um problema específico. Quando, porém, se trata de um conflito estrutural, essa lógica tende à repetição de causas idênticas, com soluções potencialmente diferentes e notável quebra da isonomia.

Nesse contexto, também exerce forte influência o desvalor do pre-

cedente. E, ainda que se reconheça um avanço com os instrumentos da súmula vinculante, da repercussão geral e do recurso representativo de controvérsia, assim como com o sistema de precedentes que passa a vigorar com o Novo Código de Processo Civil, é certo que há uma resistência de se trabalhar o precedente, no direito brasileiro, como produtor também de norma jurídica geral e abstrata, de modo a vincular o caso concreto, mas também qualquer outro que se lhe enquadre. Nesse ponto, convém destacar que a falta de cultura em torno do precedente tem contribuído para sabotar seu potencial estabilizador. Ora, o ideal é que, reconhecido o valor normativo ao precedente, este vincule mesmo os juízes de mesma instância, quiçá os de instância inferior e a administração pública. A experiência tem mostrado, contudo, que mesmo as instâncias superiores têm enfrentado dificuldades em seguir seus próprios precedentes (BRASIL. STJ. REsp. 1442840. Terceira Turma. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, 21 ago 2015).

Também o exacerbado sistema recursal brasileiro contribui para a produção de litigiosidade intraprocessual. A princípio, é possível recorrer de toda e qualquer decisão judicial no direito brasileiro. Mais do que isso, em tese, é possível recorrer por toda a eternidade, através de embargos de declaração e de agravos internos, o que tem se tornado recorrente no Supremo Tribunal Federal (STF) e sobretudo no Superior Tribunal de Justiça (STJ). Considerando que os dados oficiais mostram uma baixa taxa de reforma das decisões judiciais, pode-se afirmar a existência de uma litigiosidade artificial através do incentivo recursal, com o detalhe de que as sanções processuais existentes para coibir o abuso, haja vista a sua timidez, não cumprem o objetivo de desestimulá-la.

Por fim, existe uma indiscutível litigiosidade criada em função dos privilégios processuais da fazenda pública. Não apenas esses privilégios tendem ao formalismo, fator em si produtor de litigiosidade, como já fundamentado, mas também o mau funcionamento da administração pública no uso de suas prerrogativas constitui um fator importante, como ocorre com a não observância das regras para pagamento de precatórios.

5 AS DEMANDAS REPETITIVAS DE DIREITO PÚBLICO E OS REFLEXOS DE UMA COMBINAÇÃO EXPLOSIVA

O resultado prático da combinação (explosiva) desses problemas é a simples existência de mais de 100 milhões de processos em tramitação no Poder Judiciário brasileiro, o que pode ser considerado, por sua vez, um fator de reprodução de litigiosidade, haja vista a perspectiva de industrialização do processo judicial, como circunstância também indutora da burocracia, tendo em vista a perda de foco do verdadeiro conflito subjacente ao processo judicial e a adoção de posturas mecanizadas na movimentação da máquina judiciária.

No direito público, a tal combinação explosiva enseja a disseminação de um fenômeno que cada vez mais tem despertado a atenção dos estudiosos do sistema de justiça: o fenômeno das demandas repetitivas. É que, como já assentado, os conflitos nas relações jurídicas de direito público são tipicamente estruturais e, como tais, têm caráter objetivo, porque subjazem à ineficiência estatal na concepção e execução de políticas públicas. O direito processual civil, por outro lado, oferece preponderantemente soluções pautadas pela lógica individualista, insuscetíveis de equacionar concretamente a origem do conflito. Como a jurisdição é acessível e atrativa, demandas originadas do mesmo conflito – da ineficiência da mesma política pública – tendem a se repetir e reproduzir litigiosidade num sistema processual já em si reprodutor de litigiosidade.

A Constituição Federal de 1988 é um marco no que se refere a esse fenômeno de repetição de demandas, ao estabelecer um sistema jurídico garantista num Estado culturalmente autoritário, porém com um sistema processual de perfil individualista. Após a entrada em vigor do texto constitucional, o fenômeno eclodiu muito rapidamente, com a famosa cruzada judicial dos cidadãos brasileiros em busca do “desbloqueio dos cruzados novos”, no início da década de 90. Tendo em vista o êxito dessa empreitada, logo em seguida foram ajuizadas milhões de ações cujo objetivo era resguardar direitos de propriedade em face dos efeitos das políticas monetárias mirabolantes que marcaram esse período da História brasileira.

Daí em diante, as políticas públicas passaram a ser cada vez mais

questionadas no que se refere à sua juridicidade e isso se deu nos mais diversos domínios. Nesse contexto, destaca-se mais recentemente como exemplo desse fenômeno a judicialização da saúde. Porém, nesses mais de vinte anos, o Poder Judiciário recebeu demandas repetitivas previdenciárias, fundadas em direitos alegados por servidores públicos e referentes a direitos sociais em geral, inclusive aquelas implementadas através de financiamento bancário. São milhões de demandas que tramitaram de forma industrial, marcadas pela exaustiva repetição de julgamentos, recebendo tratamento às vezes erráticos e respostas frequentemente conflitantes.

Diante de todas essas vicissitudes, a resposta da prestação jurisdicional tende a ser morosa, desigual e insegura. É morosa, porque simplesmente não se consegue terminar um processo, ainda que os atos processuais sejam praticados em tempo razoável; é desigual, porque não há existência racionalização nessa resposta diante da inexistência de instrumentos que assegurem a afirmação da isonomia entre casos semelhantes; é insegura, porque não há previsibilidade nenhuma nessa resposta.

Não há dúvida de que morosidade e insegurança jurídica são problemas extremamente graves e preocupantes. Quanto à morosidade, como expressão da ineficiência da jurisdição, constata-se a perda da capacidade estatal de efetivar direitos. No que se refere à insegurança jurídica, põe-se o grave risco de desestímulo à produção de riquezas. Porém, quando se trata de um sistema de justiça que pressupõe a anti-isonomia, o vício se torna odioso, pelo menos numa sociedade que se propõe democrática.

6 O PRINCÍPIO DA PROCEDIMENTALIZAÇÃO DA ISONOMIA

Existe uma relação íntima entre liberdade e igualdade, sendo uma pressuposta da outra. Essa noção pode ser buscada até mesmo na autonomia kantiana, consistente na vontade livre e na capacidade de autodeterminação individual, em conformidade com certas leis, as quais não decorrem de uma imposição externa, senão do próprio indivíduo, compreendido como um ser moral. A conduta ética consiste em não se afastar da lei moral universal, o imperativo categórico.

Sob o fundamento da noção de autonomia, Kant apresenta a distinção entre preço e dignidade. Para ele, “no reino dos fins”, pautado pelo imperativo categórico, tudo tem um preço ou uma dignidade. As coisas que têm preço podem ser substituídas por outras; quando, todavia, estão acima de todo o preço, não permitindo sua substituição por equivalente, elas têm dignidade. As pessoas, portanto, têm dignidade, na medida em que apresentam vontade livre e capacidade de autodeterminação.

Ora, a noção de igualdade é pressuposto da liberdade até para confirmar a máxima de que aquilo que tem dignidade é insubstituível. Em tese, a quebra da igualdade potencialmente admite a sobreposição de uma vontade em relação a outra, permitindo assim sua substituição, o que precifica a relação interindividual e lhe afasta a noção de dignidade. Não por acaso, em *O Processo* de Kafka, Josef K. se reconhece, no final da obra, como um cachorro, numa metáfora que demonstra a sua redução à condição de coisa, dadas as iniquidades de que foi vítima durante a narrativa.

Desse modo, a garantia da igualdade formal é também pressuposto essencial para a afirmação da liberdade. Essa igualdade formal se expressa através da afirmação da isonomia, conceito de origem grega indicativo da igualdade perante a lei (ou perante o sistema jurídico). Assim, resguardar a isonomia no funcionamento das instituições, mais do que uma finalidade jurídica em si, consiste também em pressuposto democrático.

O processo é o substituto da vontade individual no direito público. Como as instituições públicas não têm vontade psíquica, a vontade estatal é expressa através do processo. Como, por outro lado, a vontade estatal não pode se confundir com a vontade do agente público, ela é procedimentalizada. Ora, essa procedimentalização tem por objetivo resguardar que, na expressão da vontade estatal, sejam respeitados os valores essenciais da ordem jurídica, dentre os quais a isonomia.

Entretanto, esses valores não devem ser resguardados apenas no que se refere ao seu conteúdo, senão também quanto à forma. Assim, não basta que o agente público observe a isonomia quando competente para emissão da vontade estatal, é preciso que o próprio procedimento tenha

aptidão para induzir a isonomia. Daí se reconhecer a existência de um princípio da procedimentalização da isonomia.

No direito brasileiro, o princípio da procedimentalização da isonomia tem fundo constitucional, consistindo em norma jurídica resultante da interpretação do artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal. Trata-se de norma estruturante, dirigida inicialmente ao próprio legislador, que deve observar a efetivação da isonomia na definição da legislação processual, mas também ao juiz, como elemento de interpretação sistemática das regras processuais nas situações de potencial violação à isonomia. O princípio tem aplicação, em particular, no contexto do direito público e, portanto, nos processos judiciais de contencioso administrativo em geral, em cujo âmbito não se admite o tratamento desigual imotivado.

Para o legislador, o princípio emite, ao mesmo tempo, comando proibitivo de criação de procedimentos que induzam quebra de isonomia e obrigatório de serem emitidas regras adequadas para as situações em que isso ocorra, sob pena, neste caso, de caracterização de omissão constitucional. Ao juiz, por outro lado, proíbe-se construir, mediante interpretação, norma com efeito anti-isonômico, obrigando-o, outrossim, a buscar a solução normativa para aplicação das regras processuais sempre que não se observe essa finalidade. De certo modo, isso tende a ampliar a moldura interpretativa na aplicação das regras processuais, com a adoção de uma postura menos formalista.

A mais grave omissão constitucional decorrente da incidência do princípio da procedimentalização da isonomia é o fato de não se introduzir, no direito brasileiro, um código (ou um conjunto de regras específicas) aplicável às demandas de direito público. É que o princípio da procedimentalização da isonomia exige um conjunto de regras processuais adequadas à atribuição de soluções compatíveis com os conflitos estruturais decorrentes da má concepção e execução deficiente de políticas públicas, possibilitando o equacionamento de conflitos de forma objetiva e evitando a repetição infinita de demandas na tentativa de solução de problemas individuais.

Registre-se que mesmo o processo coletivo não é propriamente adequado a essa finalidade, porque centra a prestação jurisdicional no gru-

po e não na origem do problema. Ora, não adianta solucionar, numa demanda de natureza tributária, um específico problema que atinge um grupo de contribuintes, por exemplo, se a prática administrativa prevalecer em relação a outras situações semelhantes. É preciso atacar a ilicitude da prática e não simplesmente assegurar o direito do grupo interessado.

Do juiz, o princípio da procedimentalização da isonomia exige criatividade e postura construtiva, em particular diante de omissões legislativas no que se refere à matéria. Deve, pois, interpretar as regras processuais sob a ótica de seus potenciais efeitos anti-isonômicos e construir deliberadamente soluções alternativas, constitucionalmente válidas, a fim de assegurar a observância da isonomia e de equacionar efetivamente os conflitos estruturais, não se limitando a imprimir soluções individuais.

Para que assim possa atuar, o juiz deve necessariamente se aprofundar sobre o problema que lhe é submetido. São mecanismos úteis a realização de audiências públicas, a criação de fóruns para a promoção de diálogo interinstitucional, o uso de técnicas de simplificação e objetivação dos conflitos, o uso de instrumentos de mediação pública com a democratização do debate, a extensão dos efeitos de decisão judicial, a valorização do precedente e o reforço do efeito vinculante (inclusive horizontal), entre outras soluções processuais possíveis, sempre pautadas pela ideia de que a solução para o ilícito deve focar a própria política pública.

Não custa enfatizar que a quebra da isonomia é também fator que contribui para insegurança jurídica. Quando se oferecem respostas diferentes para problemas iguais sem fundamento justificável, a tendência é que não haja conformação com a decisão judicial, colocando em xeque a estabilidade do sistema judiciário e a legitimidade democrática da prestação jurisdicional. Nesse sentido, o princípio da procedimentação da isonomia configura também um mecanismo de salvaguarda da segurança jurídica, o que também lhe confere fundamento constitucional.

Outrossim, a aplicação do princípio da procedimentalização da isonomia tem por objetivo racionalizar o direito processual, evitando o desperdício da atuação jurisdicional com o objetivo de debelar uma litigiosi-

dade artificial. Trata-se de racionalizar a repetição, em busca da eficiência, e de tratar o conflito (estrutural) segundo as suas próprias particularidades. A postura resulta em benefício imediato no aprimoramento da prestação jurisdicional – inclusive quanto à morosidade –, prevenindo demandas repetitivas e desconstruindo a ideia de industrialização do processo judicial, assim como, de forma mediata, na adoção de uma cultura de efetivação de direitos, mediante o ganho de qualidade da atividade estatal na concepção e execução das políticas.

No mais, a experiência na aplicação desse princípio pode figurar como importante referencial para uma possível elaboração, no futuro, de uma legislação processual pensada especificamente nas demandas de direito público, quiçá mediante uma codificação própria cuja estruturação seja moldada segundo a natureza e as particularidades da relação jurídica de direito material que constitui objeto da tutela jurisdicional.

7 CONCLUSÃO

O direito busca a prevenção e a solução de conflitos. Por isso, tende a conferir um tratamento racional à ideia de repetição, uma potencial geradora de conflituosidade. Porém, não se conseguiu na legislação processual brasileira, em especial quanto às demandas judiciais de direito público, promover a devida racionalização visando a evitar a repetição de demandas. Pelo contrário, hoje esse é talvez o fenômeno mais preocupante do sistema de justiça, tendo em vista o caos provocado na prestação jurisdicional e, por via indireta, na efetivação de direitos.

O direito processual civil tem origem no direito privado e, embora alguns estados tenham tratado de promover as adaptações necessárias de modo a tornar suas legislações compatíveis com a jurisdição voltada à tutela das relações jurídicas de direito público, isso não ocorreu propriamente na ordem jurídica brasileira. Assim, as demandas de direito público recebem tratamento semelhante às de direito privado, com perfil marcadamente individualista e voltado ao interesse das partes no processo.

Todavia, no direito público – e em particular no Estado brasilei-

ro, marcado por um déficit na efetivação de direitos, tendo em vista a má concepção e execução de políticas públicas –, os conflitos transcendem os interesses meramente intersubjetivos das partes no processo civil. Sua origem desce objetivamente às próprias políticas públicas, adquirindo perfil estrutural. Assim, a solução individual de um conflito não debela o problema jurídico que lhe constitui causa.

Ante a incapacidade de o processo corrigir o conflito em sua origem, multiplicam-se os interesses individuais de efetivação de direitos. Isso resulta em judicialização excessiva, o que é possível graças à atratividade, por diversos fatores, da jurisdição brasileira. Como consequência, estabelece-se um ambiente conflituoso, fomentado por uma litigiosidade artificial já embutida na própria legislação processual, também influenciada, por sua vez, pela preponderância do individualismo.

Como consequência, as demandas de direito público se tornam repetitivas. Contudo, haja vista a inexistência de uma postura racionalizadora, as respostas da jurisdição são erráticas e marcadas pela quebra da isonomia, uma característica odiosa num sistema jurídico que se pretende democrático. Como resposta, surge a proposta de se reconhecer como válido o princípio da procedimentalização da isonomia, buscando promover o redesenho do rito processual de forma a torná-lo adequado à natureza (estrutural) do conflito subjacente às demandas de direito público.

DEMANDAS REPETITIVAS SOBRE DIREITOS SOCIAIS E A PROPOSTA DO CÓDIGO MODELO EURO-AMERICANO PARA A REALIZAÇÃO DA IGUALDADE¹

Vânila Cardoso André de Moraes²

Resumo: A categoria de direitos fundamentais sociais tem como base a dignidade da pessoa humana, cabendo ao Estado o dever de conduzir suas ações e políticas em torno desse valor com observância do princípio da igualdade. Na atualidade, busca-se cada vez mais direitos sociais pela via judicial, acarretando o fenômeno da explosão de litígios, consubstanciado na postulação repetitiva de demandas relacionadas aos direitos sociais. Não existe no Brasil um direito processual diferenciado para tratar estas causas originárias das ações e omissões administrativas, acarretando a pulverização de demandas por meio de postulações individuais. O texto propõe a análise do Código Modelo Euro-Americano como uma proposta *de lege ferenda* para o equacionamento deste grave fenômeno brasileiro.

Palavras-chave: Demandas repetitivas. Direitos sociais. Igualdade. Código Modelo Euro-Americano.

1 INTRODUÇÃO

Trata-se de artigo em que se enfrenta o fenômeno relacionado a explosão de litígios sobre direitos sociais e a necessidade de instrumentos processuais

1 Esse texto configura-se em parte dos estudos apresentados em minha tese de doutoramento: A igualdade – formal e material – nas demandas repetitivas sobre direitos sociais, que teve como Orientador o Prof. Dr. Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva, defendida e aprovada no dia 19.02.2016 na Universidade Federal Fluminense – UFF/RJ.

2 Juíza Federal em Belo Horizonte, Mestre em Justiça Administrativa, Doutora em Direito e Sociologia pela Universidade Federal Fluminense, Pesquisadora e Formadora da ENFAM.

que garantam a realização da igualdade por meio da universalização dos bens públicos.

O texto é dividido em três partes, sendo que, na primeira, define-se o fenômeno das demandas repetitivas e o conceito de direitos sociais; na segunda, introduz-se o tema relacionado ao controle da Administração Pública; e na terceira, apresentam-se alguns dispositivos do Código Modelo Euro-Americano como uma possível proposta *de lege ferenda* para equacionar o problema.

2 DEMANDAS REPETITIVAS SOBRE DIREITOS SOCIAIS

No art. 6º da Constituição Federal, encontram-se previstos os direitos sociais: educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e a infância e assistência aos desamparados.³ A lógica por trás desses direitos é a lógica da justiça distributiva⁴, pois os direitos sociais apresentam justamente as características de indivisibilidade e de comunhão.

A categoria de direitos fundamentais sociais que se realiza para a sociedade tem como base a dignidade da pessoa humana, cabendo ao Estado o dever de conduzir suas ações e políticas em torno desse valor⁵.

Assim, a proteção do direito em relação à política é ressaltada na modernidade em substituição ao direito natural e à razão com a consequente imunização dos sistemas sociais, autorizando a criação do direito pelo

3 Conforme SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 9ª ed. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 159.

4 “[...] discutir justiça distributiva não é discutir filigrana, não é discutir sensibilidade para com os pobres, não é discutir misericórdia nem caridade. É discutir uma regra e, portanto, uma regra de razão, fria a respeito de como vários têm simultaneamente acesso a uma coisa, ou seja, são as regras de uso das coisas comuns”. LOPES, José Reinaldo de Lima. Da efetividade dos direitos econômicos, culturais e sociais. In: Direitos humanos: visões contemporâneas. São Paulo: Associação Juízes para a Democracia, 2001. p. 96.

5 GARRIDO, Carlos Dorn. La Inconstitucionalidad por Omisión Legislativa. Chile: Editorial Metropolitana, 2010. p. 33.

direito, sendo fundamental, nessa estrutura, o princípio da igualdade.⁶

Com efeito, a realização dos direitos relacionados ao valor da igualdade e embasados nos direitos fundamentais sociais é pré-condição para o desfrute dos direitos concernentes à liberdade. Trata-se de verdadeiros direitos instrumentais em relação aos primeiros.⁷

É importante ressaltar que, além da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais⁸, nos termos do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, o art. 5º, XXXV, prevê a inafastabilidade do Poder Judiciário para apreciar lesão ou ameaça a tais direitos, o que possibilita o ajuizamento individual de uma pretensão dessa natureza frente à Administração Pública, mesmo quando a matéria tiver como fundamento uma política pública.

Tal quadro tem gerado uma enxurrada de demandas contra o Poder Público, aumentando o fenômeno processual denominado “demandas repetitivas”, um tormentoso problema da justiça brasileira consubstanciado no ajuizamento de demandas semelhantes – mesma tese jurídica ou conflito de origem única – por centenas ou milhares de vezes, tendo como objeto principal ações e omissões da Administração Pública.⁹

O ajuizamento repetitivo de demandas atreladas a direitos fun-

6 GIORGI, Raffale de. Modelos jurídicos de la igualdad y de la equidad. In: MONTEROS, Javier Espinoza de los; ORDÓNES, Jorge (Coord.). Los Derechos Sociales en el Estado Constitucional. Trad. Do italiano de Javier Espinoza de Monters S. e Juan Carlos Barrios Lira. Valência: Tirant Ló Blanch, 2013. p. 16.

7 SOUZA, Luciane Moessa de. Mediação de conflitos coletivos: a aplicação dos meios consensuais à solução de controvérsias que envolvem políticas públicas de concretização de direitos fundamentais. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012. p. 54.

8 SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLIS_fina_01_09_08.pdf>. Acesso em 16 mar. 2015. p. 14.

9 MORAES, Vânia Cardoso André de. Demandas repetitivas decorrentes de ações ou omissões da administração pública: hipóteses de soluções e a necessidade de um direito processual público fundamentado na Constituição. Brasília: CJF, 2012. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/mono>>. Acesso em 10 abr. 2013.

damentais acaba por gerar ausência de universalização dos direitos primários, como o direito aos tratamentos básicos de saúde à população carente. Nesse aspecto, o Poder Judiciário pode acabar atuando como agente de estratificação social.¹⁰

Neste contexto, o foco do controle da Administração Pública precisa ser revisitado sob a perspectiva do princípio da igualdade e isso reforça a conclusão de que a efetividade desses direitos depende de uma boa administração¹¹ e da existência de instrumentos processuais que observem as normas constitucionais.

3 JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA – O CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A função da Administração Pública é satisfazer o interesse público. Entretanto, quando esta atua abusivamente, violando os direitos do cidadão, ou omite-se quando deveria atuar, cabe seu controle ao Poder Judiciário, via processo judicial. E aí reside o grande diferencial, pois não se trata de um conflito entre particulares, mas de um litígio entre o Poder Público e o cidadão, ou entre o Poder Público e a coletividade.

Conforme Siegfried Bross¹², a formatação das normas processuais relacionadas ao controle da Administração Pública deve estar sujeita a regras também especiais, as quais deverão respeitar o interesse público e os interesses individuais relativos à observância estrita da Constituição.

10 “O direito oficial estaria preparado para resolver questões inter-individuais, mas nunca as coletivas, razão pela qual considera difícil que alcance os setores mais desfavorecidos – pois para ele ‘a marginalização jurídica a que foram condenados esses setores nada mais é do que subproduto de sua marginalização econômica e social’”. TAMER, Sérgio Victor. *Atos Políticos e Direitos Sociais nas Democracias: um estudo sobre o controle dos atos políticos e a garantia judicial dos direitos sociais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 193.

11 Vanice Regina Lírio do Valle reconhece o próprio direito “à boa administração” como um direito fundamental. VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Direito Fundamental à Boa Administração e Governança*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 76.

12 BROSS, Siegfried. *O Sistema de Controle Judicial da Administração Pública e a Codificação da Jurisdição Administrativa*. Trad. Martim Vicente Gottschalk. Revista CEJ, Brasília, p. 35-42, set. 2006.

Revela-se, pois, imprescindível uma jurisdição diferenciada para a solução adequada das questões em que há presença do Estado.

Nesses termos, é fácil constatar que uma justiça administrativa¹³, fundada em um direito processual público que garanta uma prestação jurisdicional efetiva, eficiente e isonômica quando presente o setor público em juízo, constitui uma das peças fundamentais para a correta configuração do Estado Democrático de Direito.

Não existe no Brasil um direito processual diferenciado para as causas de direito público ou uma justiça administrativa estruturada a partir do primeiro grau até a corte suprema. Nesse ponto, há uma grave lacuna no direito processual brasileiro exatamente no *habitat* natural das causas repetitivas atreladas aos direitos fundamentais sociais.

O interesse individual deve ser resguardado e protegido no Estado Democrático de Direito; entretanto, é fundamental, para garantir o princípio da igualdade, que as dimensões dos direitos sociais sejam avaliadas na perspectiva da universalidade.

Atualmente não se tem buscado a origem dos conflitos, mas tão somente caminhos eminentemente teóricos, embalados em direito processual civil, hermenêutica constitucional e aspectos da judicialização da política¹⁴ para solucionar essas complexas questões.

Vários autores tratam desse tema afirmando existir um processo civil de interesse público¹⁵ e ressaltando a característica do interesse da so-

13 REZENDE, Guilherme Julien de. Há contencioso administrativo no Brasil? Uma análise comparativa com a justiça administrativa portuguesa. In: SILVA, Vasco Pereira da; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). Direito Público sem Fronteiras. Lisboa: Alameda da Universidade de Lisboa, jun. 2011. p. 563-650.

14 HACHEM, Daniel Wunder. Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. 2014. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba. Disponível em: < <http://dspace.c3sl.ufpr.br:8080/dspace/bitstream/handle/1884/35104/R%20%20T%20%20DANIEL%20WUNDER%20HACHEM.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 11 abr. 2015.

15 SALLES, Carlos Alberto de. Processo civil de interesse público. In: SALLES, Carlos Alberto de (Org.). Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2003, p. 56.

cidade e a presença do Estado na demanda. Nesses casos, a justiça deixa de ser apenas corretiva (ou retributiva), para incidir sobre o campo da justiça distributiva, ligada à atribuição individual ou coletiva de recursos comuns.¹⁶

Em realidade, pode-se afirmar que a maioria das demandas judiciais que questionam a atuação da Administração Pública têm vocação coletiva, já que seus efeitos tendem a transcender o litígio individual. Entretanto, o sistema processual brasileiro, carecedor de normas procedimentais específicas que assegurem soluções uniformes¹⁷, não tem garantido igualdade de tratamento entre as pessoas que recorrem ao Judiciário.

Além de ofender o Estado de Direito, não é razoável que a Administração Pública seja compelida, na seara judicial, a promover tratamentos diferenciados com relação a pessoas nas mesmas condições fáticas. Configura-se ainda como quebra do princípio da igualdade a concessão de prestações sociais sem previsão legal a grupos que buscam o Judiciário em detrimento de pessoas em igual situação fática, mas com dificuldades de acesso à justiça.¹⁸

Lado outro, o princípio da igualdade autoriza a proteção desigual dos seres humanos mais fragilizados socialmente de forma a realizar a igualdade material, o que também deve ser resguardado pelo Poder Judiciário.

No item seguinte, apresenta-se o Código Modelo Euro Americano como proposta *de lege ferenda* para estruturação do processo judicial em que há presença da Administração Pública, por entender-se que esse déficit instrumental é uma das origens do fenômeno das demandas repetitivas atrela-

16 SALLEs, Carlos Alberto de. Op. Cit.

17 MORAES, Vânia Cardoso André de. Op. cit.

18 “Quanto mais ricas e mais educadas forem as populações, mais litígios elas geram. Nem a mera existência de uma estrutura jurídica nem, inversamente, as impropriedades dos serviços básicos são suficientes para o desencadeamento de uma revolução em torno dos direitos sociais”. (FLORIAN, F. Hoffmann; BENTES, Fernando R. N. M. A Litigância Judicial dos Direitos Sociais: uma abordagem empírica. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira e SARMENTO, Daniel (Coord.). Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2008. p. 383-416)

das aos direitos fundamentais sociais e a conseqüente quebra da igualdade que este fenômeno acarreta.

4 CÓDIGO MODELO EURO-AMERICANO DE JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA

O Código modelo de jurisdição administrativa para a Euro-América, o Código Euro-americano¹⁹ de Jurisdição Administrativa, propõe um modelo para a jurisdição administrativa a partir de uma base comparativa entre os sistemas continental-europeu e ibero-americano.

De acordo o item 1 do Código, a jurisdição administrativa tem a missão de controlar a legalidade e a atuação da administração, proteger e tornar efetivos os direitos subjetivos e os interesses legítimos²⁰. No caso, entende-se por atuação administrativa toda ação ou omissão de pessoas ou órgãos públicos no exercício de uma função administrativa, ou de pessoas ou órgãos privados no exercício de um poder público.

Neste tópico, é importante relacionar os dispositivos do Código Modelo que, de alguma forma, possuem vinculação com o escopo deste texto.

19 “[...] concebidos na linha de investigação Justiça administrativa e fortalecimento do Estado de Direito”, do Programa de Pós-Graduação Justiça Administrativa da Universidade Federal Fluminense, que surgiu “a partir da cooperação técnica com o Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, e atualmente desenvolvido com o apoio de instituições judiciárias e universitárias, no Brasil e no exterior, com a Escola da Magistratura Regional Federal, TRF2, e a Universidade de Erfut, Alemanha”. (PERLINGEIRO, Ricardo. As demandas repetitivas e o Código Modelo de Processos Administrativos – Judicial e Extrajudicial – para a Ibero-América. In: Seminário Demandas Repetitivas na Justiça Federal: possíveis soluções processuais e gerenciais. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, Série Cadernos do CEJ, n. 29, 2013, p. 80); (PERLINGEIRO, Ricardo; SOMMERMANN, Karl-Peter [ed.]. Euro-American Model Code of Administrative Jurisdiction. Vol. 1. Rio de Janeiro: Editora da UFF e EMARF [Escola da Magistratura Regional Federal 2ª Região], 2014)

20 A definição de interesse legítimo tem sua origem na Itália e difere do direito subjetivo no seguinte aspecto: o direito subjetivo é tratado no ordenamento jurídico como um direito individual resultante de uma norma, enquanto o interesse legítimo, mesmo sendo resultante de um indivíduo, está intimamente ligado ao interesse geral e disso decorre um tratamento indireto. No Brasil essa distinção não é realizada.

Cabe destacar, como primeiro tópico, o art. 4º, que prevê o controle dos poderes discricionários da Administração Pública pela via jurisdicional. O Código abre, nesse aspecto, o caminho para o controle jurisdicional do conteúdo político do ato administrativo toda vez que este torna vulneráveis direitos fundamentais ou princípios, como os da igualdade, da proporcionalidade, da proibição da arbitrariedade, da boa-fé e da proteção da confiança legítima²¹.

O art. 5º, por sua vez, trata da planificação, definida como a ponderação de interesses, *in verbis*:

Art. 5 (Controle da planificação)

Em casos de atos ou regulamentos de planificação ou outros em que se devam valorar múltiplos interesses, o tribunal deve controlar se o ato ou o regulamento se ajusta às leis e, sobretudo, se está motivado. O tribunal também verifica se a autoridade administrativa não incorreu em vícios de ponderação quanto aos bens jurídicos, direitos e interesses que estão em jogo. São vícios de ponderação a falta do exercício ou deficiência administrativa, a não inclusão de bens e interesses relevantes, a atribuição de uma importância inadequada a determinados bens ou interesses (avaliação deficiente de bens e interesses) e a falta de proporcionalidade na ponderação global.

Referida perspectiva de alteração legislativa, sem dúvida, traria clareza para o controle jurisdicional das ações administrativas que resultassem de ponderação de valores, o que é uma constante nas escolhas relacionadas às políticas públicas.

A igualdade perante a lei e a uniformidade na interpretação das normas encontram-se previstas no art. 14²², que prevê a existência de uma corte

21 Art. 4º (Controle dos poderes discricionários) (1) Quando a autoridade administrativa tiver exercido poderes discricionários, o tribunal examinará especialmente: a) se a ação ou omissão administrativa excedeu os limites do poder discricionário; b) se atuou conforme a finalidade estabelecida na norma que autoriza o poder em questão; c) se tornou vulneráveis direitos fundamentais ou princípios, como o da igualdade, proporcionalidade, proibição da arbitrariedade, boa fé e proteção da confiança legítima. (PERLINGEIRO, Ricardo; SOMMERMAN, Karl-Peter. Op. cit. p. 94)

22 Art. 14 (Corte Suprema) Uma corte suprema assegurará, por suas decisões, a uniformidade da juris-

suprema que assegurará, por suas decisões, a uniformidade da jurisprudência.

A preocupação no Código Modelo com as demandas repetitivas e as consequências jurídicas delas decorrentes, encontra destaque no art. 16²³, que autoriza decisões monocráticas quando houver “litígios idênticos, quanto à solução jurídica e aos fatos principais, a outro anteriormente julgado por sentença definitiva”.

Relevante é observar que o dispositivo prevê a possibilidade de o recurso não ser levado ao colegiado quando já houver um caso anterior idêntico com sentença transitada em julgado. É uma hipótese de vinculação da decisão judicial ao precedente no mesmo sentido. Referida proposição, sem dúvida, geraria a diminuição das demandas repetitivas, além de observar o princípio da igualdade perante a lei, pois a casos idênticos seria dado o mesmo tratamento jurisdicional.

O art. 19, parágrafo 3º, por sua vez, traz uma previsão de extrema relevância para o trato das matérias atreladas aos direitos fundamentais sociais com a observância do princípio da igualdade. O referido dispositivo possui a seguinte redação:

Art. 19 (Competência territorial)

- (1) O tribunal territorialmente competente é o do lugar da execução da atuação administrativa no sentido do art. 1 § 2º, tenha caráter decisório, contratual ou fático.
- (2) Em caso de ação de responsabilidade extracontratual, tem-se em conta o lugar de origem do fato gerador, salvo se o prejuízo se encontrar vinculado à adoção de uma decisão, caso em que o tribunal competente é o que pode se pronunciar sobre a legalidade da decisão.
- (3) Em caso de impugnação de um regulamento, o tribunal competente é o

prudência.(PERLINGEIRO, Ricardo; SOMMERMANN, Karl-Peter. Op. cit. p. 94)

23 Art. 16 (Decisões não colegiadas) O presidente do tribunal ou um juiz competente pode decidir monocraticamente nos seguintes casos: homologação de desistências; extinção do objeto do litígio; declaração da caducidade da ação; rejeição de demandas evidentemente inadmissíveis; litígios idênticos quanto à solução jurídica e os fatos principais a outro anteriormente julgado por sentença definitiva. PERLINGEIRO, Ricardo; SOMMERMANN, Karl-Peter. Op. cit. p. 94)

do lugar em que se encontre a autoridade que tenha editado o regulamento em discussão.

A primeira observação em relação a esse dispositivo e os argumentos alinhavados neste trabalho relaciona-se ao fato de que há uma alteração no ponto de partida da competência em sentido diametralmente oposto ao tratamento que tem sido dado ao tema no Brasil.

Com efeito, no Brasil há a possibilidade de controle dos atos administrativos normativos pela via da ação individual, com efeitos *inter partes*; em paralelo pela via coletiva, quando houver ofensa a direito difuso, coletivo ou individual homogêneo, com efeitos *ultra partes* ou *erga omnes*; a possibilidade de controle de constitucionalidade via ação direta; o controle de constitucionalidade incidental; além de uma possível ação popular, se presentes os requisitos legais para tal.

Num primeiro olhar, já se observa que o sistema processual brasileiro autoriza o ajuizamento de inúmeras demandas por meio de ritos diferentes, muitos deles não impedindo o ajuizamento de outros pela inexistência de litispendência ou coisa julgada. É possível afirmar que esse arcabouço de possibilidades gera, sem dúvida, o fenômeno das demandas repetitivas e, como consequência da pulverização de demandas, ofensa ao princípio da igualdade.

O art. 19 do Código Modelo, ao centralizar o julgamento da impugnação de um ato administrativo normativo no tribunal competente, onde se encontra a autoridade administrativa, abre caminho para uma decisão única que possa ser estendida a todos em igual situação fática, pois elimina do mundo jurídico o próprio ato impugnado, concretizando o princípio da igualdade para todos aqueles que estão em igual situação fática, tenham ou não ingressado em juízo.

O conteúdo da norma pode ser melhor compreendido com a leitura do art. 20:

Art. 20 (Reenvio prejudicial de legalidade)

- (1) Quando um juiz considera que um regulamento aplicável ao caso é ilegal,

deve reenviar o assunto ao juiz competente para conhecer da pretensão de anulação do regulamento (art. 19, § 3º), o qual deve se pronunciar em um prazo razoável sobre a legalidade do regulamento.

- (2) Antes de decidir sobre uma demanda que estabeleça uma questão de direito nova que contenha uma dificuldade séria e possa ser objeto de um número elevado de processos, o tribunal pode reenviar esta questão à corte suprema.
- (3) Em caso de reenvio, segundo os parágrafos precedentes, instaura-se um incidente, com suspensão do processo original até a obtenção de solução definitiva, a qual deve ser proferida em um prazo razoável. A decisão sobre este incidente tem efeitos *erga omnes*.

Tal artigo traz informações relevantes que devem ser apreciadas individualmente: i. não cabe o controle incidental da legalidade quando o juízo que apreciar a demanda não for competente na forma do art. 19 do Código Modelo; ii. na hipótese de incompetência relacionada ao controle incidental, o processo deve ser enviado para que o juiz ou tribunal competente, ou seja, o do lugar em que se encontre a autoridade que tenha editado o regulamento em discussão, ou o tribunal territorialmente competente é o do lugar da execução da atuação administrativa no sentido do art. 1º, § 2º, tenha caráter decisório, contratual ou fático; iii. questão nova que possa gerar efeitos coletivos deve ser enviada à corte suprema; iv. o incidente gera a suspensão do processo original até o seu julgamento; v. a decisão a respeito do incidente tem efeitos *erga omnes*.

Como se trabalha numa perspectiva *de lege ferenda*, é possível verificar que o artigo não encontra semelhança em nenhum dispositivo legal brasileiro, conforme já mencionado anteriormente, posto conviverem os controles difuso e concentrado da constitucionalidade dos atos administrativos normativos e das leis.

O fenômeno da pulverização dos litígios decorrentes de ações ou omissões administrativas teria um freio considerável com a adoção dos arts. 19 e 20 do Código pelo sistema de justiça brasileiro, pois a possibilidade atual de impugnações judiciais de um mesmo ato de forma difusa ou

concentrada atinge frontalmente o princípio da igualdade. As pessoas que possuem a mesma situação fático-jurídica com base em ato administrativo normativo têm tratamentos diversos pelo Poder Judiciário. Além disso, há pessoas que poderiam de alguma forma ser beneficiadas por uma decisão judicial favorável e não têm acesso ao sistema judicial. Ressalte-se que, no caso, o ato administrativo tem força de lei, mas é único e gera efeitos coletivos, logo a origem dos conflitos daí decorrente advém de fonte única.

Com relação ao processo administrativo e ao requerimento administrativo prévio à decisão, prevê o art. 32 do Código Modelo:

Art. 32 (Recurso administrativo prévio)

- (1) Como regra geral, o recurso administrativo prévio é facultativo. Sua interposição interrompe o prazo para acessar a jurisdição administrativa.
- (2) Nos casos em que se exija o recurso administrativo prévio, esse requisito não será utilizado para obstaculizar o acesso à jurisdição. A autoridade administrativa decidirá com celeridade, em um prazo que não deve exceder um mês, salvo causa justificada devidamente arazoada. A ausência de uma resposta dentro desse prazo permite o acesso à jurisdição administrativa.
- (3) O recurso administrativo prévio não exclui a solicitação de medidas cautelares ante a jurisdição administrativa.

Art. 33 (Requerimento administrativo prévio)

Sem prejuízo da obtenção de medidas cautelares, não se pode requerer uma condenação de fazer, dar ou pagar uma quantia sem haver sido previamente solicitada à autoridade administrativa competente. O prazo para recorrer contra a denegação *expressa* ou *tácita* é estabelecido no art. 32, § 2º.

A primeira distinção a ser feita diz respeito à diferenciação que o Código Modelo faz entre recurso e requerimento administrativo. Percebe-se que o art. 32 está vinculado à existência de processo administrativo, ou seja, à existência de interesses em conflito (administração e cidadão, por exemplo). Nesse caso, o Código não exige o esgotamento da via administrativa para posterior ajuizamento da demanda judicial. Observe-se, contudo, que, nas hipóteses de condenação da Administração à obrigação de fazer, dar ou

pagar quantia, é obrigatório requerimento administrativo prévio.

Considerando a universalização dos direitos sociais, defende-se, no mesmo sentido do Código, que não há lide se não houver um requerimento à Administração previamente. O ajuizamento direto da demanda em juízo, com supressão da possibilidade do cumprimento espontâneo de uma obrigação por parte da Administração, ou ainda do fornecimento de elementos fundantes da negativa de uma pretensão, acarreta a impossibilidade de a Administração atuar sob a perspectiva do direito subjetivo em equilíbrio com a igualdade de acesso aos bens públicos. Além disso, admitir a possibilidade de acesso direto ao Judiciário acarreta o fenômeno da massificação de processos e todos os nefastos efeitos que isso acarreta.

Acrescente-se que, em ambos os dispositivos transcritos, há sempre previsão expressa da concessão de medidas cautelares que venham resguardar o direito quando se fizer necessário.

Outro ponto a merecer destaque é que o Código assegura a duração razoável do processo administrativo ao conceder o prazo de um mês para que a autoridade administrativa decida o pleito, sob pena de reconhecimento de denegação tácita, com possibilidade de acesso à jurisdição administrativa.

Os últimos dispositivos do Código que se relacionam a este trabalho são os constantes nos arts. 42 e 44 e dizem respeito ao conteúdo e aos efeitos da sentença:

Art. 42 (Conteúdo do dispositivo de procedência)

- (1) Quando a sentença for de procedência, o tribunal, segundo a pretensão do demandante:
 - a) anulará total ou parcialmente o ato ou regulamento impugnado;
 - b) condenará a autoridade administrativa a emitir um ato ou regulamento ou a realizar outra atuação, incluindo dar uma coisa ou efetuar um pagamento;
 - c) condenará a autoridade administrativa a um não fazer;
 - d) declarará a existência ou inexistência de uma situação jurídica.
- (2) Se o ato administrativo impugnado já tiver sido executado, o tribunal, por

solicitação da parte, pode ordenar também que a autoridade administrativa restabeleça a situação anterior à execução.

- (3) A sentença deve dispor sobre os danos e prejuízos, se tiverem sido reclamados e se o juízo for competente.

Art. 44 (Efeitos da sentença)

A anulação de um ato individual ou de um requerimento tem efeito *erga omnes*. Por regra geral, tem efeito retroativo, sem prejuízo da possibilidade de um juiz modular os efeitos por razões de interesse público e de interesses individuais.

A primeira relevante constatação que esses dispositivos transmitem é a de que é considerada, para a prolação da decisão, a origem dos conflitos, ou seja, o regulamento, o ato administrativo, a ação administrativa, etc. Assim, resolvida a questão de fundo, todos aqueles que se encontrem em igual situação jurídica e fática são atingidos pela decisão. É o que se desprende do art. 44 do Código Modelo.

Atingindo-se a origem do conflito decorrente da ação ou omissão da Administração, decide-se uma única vez, de forma a garantir o princípio da igualdade.

5 CONCLUSÃO

A categoria de direitos fundamentais sociais que se realiza para a sociedade tem como base a dignidade da pessoa humana, cabendo ao Estado o dever de conduzir suas ações e políticas em torno desse valor com vistas a garantir a universalidade dos bens públicos. Entretanto, não existe no Brasil um direito processual diferenciado para esta espécie de demanda ou uma justiça administrativa estruturada a partir do primeiro grau até a corte suprema. Nesse ponto, há uma grave lacuna instrumental exatamente no *habitat* natural das causas repetitivas.

O Código modelo de jurisdição administrativa para a Euro-América, o Código Euro-americano de Jurisdição Administrativa, apresenta-se como uma possível proposta processual *de lege ferenda* para equacionar este fenômeno.

Com efeito, no Código há previsão normativa expressa a respal-

dar o controle jurisdicional da efetividade dos direitos fundamentais sociais com observância do princípio da igualdade, entre outros, realizáveis por meio de políticas públicas. Contudo, é considerada, para a prolação da decisão, a origem dos conflitos, resolvendo-se a questão de fundo, por meio de uma competência concentrada. Nessa perspectiva todos aqueles que se encontrem em igual situação jurídica e fática são atingidos pela decisão, garantindo a concretização do princípio da igualdade de forma a diminuir o fenômeno das demandas repetitivas, assegurando que o Judiciário não seja agente de estratificação social.

II CAPÍTULO

EXECUÇÃO FISCAL: BOAS PRÁTICAS E POSSÍVEIS SOLUÇÕES

EXECUÇÃO FISCAL: POSSÍVEIS SOLUÇÕES DENTRO DA LEGISLAÇÃO VIGENTE

José Denilson Branco¹

Resumo: A cobrança da dívida ativa tornou-se o maior problema de demanda repetitiva perante o Poder Judiciário. As causas são diversas e conhecidas. Propostas de alteração legislativa são tidas como a melhor solução, seja por aumento da estrutura do sistema judiciário, seja por intermédio de melhores mecanismos processuais de localização do devedor e seus bens. No entanto, este estudo tem a finalidade de vislumbrar alternativas dentro do ordenamento jurídico vigente, com a efetiva aplicação das leis processuais e administrativas, aliadas às regras de planejamento e gestão próprias da iniciativa privada. Esgotar o alcance e utilização das leis em vigor legitimará o processo de eventual mudança legislativa da forma de cobrança da dívida ativa. E o planejamento da gestão começa com as pessoas envolvidas no processo, sem as quais não se pode avançar na busca por melhorias.

Palavras-chave: Execução fiscal. Demanda repetitiva. Gestão. Legislação em vigor.

1 INTRODUÇÃO

O estudo do fenômeno jurídico da cobrança da dívida ativa dos entes públicos brasileiros pode ser abordado por diversos modos de observação, cada qual com suas peculiaridades de compreensão, sem a pretensão de esgotar a realidade e a essência do instituto. Não se tem a pretensão, portanto, de excluir outras formas de abordagem da cobrança da dívida ativa, mas sim de proporcionar o raciocínio

¹ Juiz Federal em Santo André – SP, especialista em Direito Tributário pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo.

crítico da investigação a partir da visão do ordenamento jurídico vigente, além de propor aplicação de planejamento e gestão aos órgãos administrativos e judiciais.

A cobrança da dívida ativa, como instrumento de expropriação patrimonial forçada contra quem se recusa a cumprir voluntariamente obrigação decorrente do fato gerador, enseja a utilização do poder estatal para atingir a finalidade do sistema tributário nacional, qual seja, proporcionar orçamento público capaz de satisfazer as necessidades da demanda de serviços públicos e os anseios da sociedade e da nação. E a Carta Política de 1988 reservou ao Poder Judiciário esta precípua função de pacificar as relações sociais por intermédio do devido processo legal, como forma de manter a segurança jurídica e o império da lei.

No entanto, diante da constatação da ineficiência do modelo atual de cobrança judicial da dívida ativa, pela baixa arrecadação e pelo excesso de demanda repetitiva de ação de execução fiscal em tramitação perante o Poder Judiciário, há que investigar os meandros desta cobrança judicial, considerando a legislação atual e a preservação das atribuições de cada Poder.

2 O MODELO ATUAL DE COBRANÇA DA DÍVIDA

O modelo atual de cobrança da dívida ativa está fundamentado na Lei n. 6.830/80, legislação que prevê a forma de inscrição da dívida ativa e sua respectiva cobrança perante o Poder Judiciário. Por seu turno, a Lei n. 4.320/62 prevê a forma de escrituração da dívida ativa tributária no orçamento público:

"Art. 39. Os créditos da Fazenda Pública, de natureza tributária ou não tributária, serão escriturados como receita do exercício em que forem arrecadados, nas respectivas rubricas orçamentárias. § 1º – Os créditos de que trata este artigo, exigíveis pelo transcurso do prazo para pagamento, serão inscritos, na forma da legislação própria, como Dívida Ativa, em registro próprio, após apurada a sua liquidez e certeza, e a respectiva receita será escriturada a esse título. § 2º – Dívida Ativa Tributária é o crédito da Fazenda Pública dessa natureza, proveniente de obrigação legal relativa a tributos e respectivos adicionais e multas, e Dívida Ativa não Tributária são os demais créditos da Fazenda Pública, tais como os provenientes de empréstimos compulsórios, contribuições estabelecidas em lei, multa de qualquer origem ou

natureza, exceto as tributárias, foros, laudêmios, aluguéis ou taxas de ocupação, custas processuais, preços de serviços prestados por estabelecimentos públicos, indenizações, reposições, restituições, alcances dos responsáveis definitivamente julgados, bem assim os créditos decorrentes de obrigações em moeda estrangeira, de sub-rogação de hipoteca, fiança, aval ou outra garantia, de contratos em geral ou de outras obrigações legais; § 3º – O valor do crédito da Fazenda Nacional em moeda estrangeira será convertido ao correspondente valor na moeda nacional à taxa cambial oficial, para compra, na data da notificação ou intimação do devedor, pela autoridade administrativa, ou, à sua falta, na data da inscrição da Dívida Ativa, incidindo, a partir da conversão, a atualização monetária e os juros de mora, de acordo com preceitos legais pertinentes aos débitos tributários. § 4º – A receita da Dívida Ativa abrange os créditos mencionados nos parágrafos anteriores, bem como os valores correspondentes à respectiva atualização monetária, à multa e juros de mora e ao encargo de que tratam o art. 1º do Decreto-lei n. 1.025, de 21 de outubro de 1969, e o art. 3º do Decreto-lei n. 1.645, de 11 de dezembro de 1978. § 5º – A Dívida Ativa da União será apurada e inscrita na Procuradoria da Fazenda Nacional."

A Lei n. 6.830/80 estabeleceu o modelo de cobrança judicial da dívida pública na forma de lei especial em relação do Código de Processo Civil, sendo este apenas utilizado subsidiariamente na ausência de instrumento processual específico contido na lei especial: Art. 1º – *A execução judicial para cobrança da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias será regida por esta Lei e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil.*

O chefe do Poder Executivo federal, estadual e municipal, assim como dos entes públicos da Administração direta e indireta, assumem o compromisso de bem arrecadar tributos e rendas públicas para a realização do orçamento público, sob pena de improbidade administrativa, na forma da Lei n. 8.429/92:

"Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente: (...) X – agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público;"

No mais, a Receita Federal do Brasil e as Secretarias de Finanças dos estados e municípios têm se tornado os mais ágeis órgãos da Administração Pública, pois fiscalizam e recebem os créditos tributários para manutenção do Estado. No entanto, tal eficiência não vai além quando há inadimplemento da obrigação tributária por parte do contribuinte, ou mesmo impugnação administrativa do lançamento tributário. A partir deste momento inicia-se a deficiência administrativa na condução da arrecadação e consequente cobrança da dívida ativa.

As impugnações administrativas seguem tortuoso caminho até a última instância administrativa, tal como o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF na esfera federal, sem previsão legal de prazo para encerramento da esfera administrativa.

Exceção à regra é a caducidade pelo decurso de prazo de procedimento administrativo paralisado por mais de três anos, pendente de julgamento ou despacho. A perda do direito de lançar o crédito decorrente de ação punitiva em procedimento administrativo está prevista no artigo 1º da Lei n. 9.873/99 e estabelece que:

"Art. 1º Prescreve em cinco anos a ação punitiva da CARF Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado. § 1º Incide a prescrição no procedimento administrativo paralisado por mais de três anos, pendente de julgamento ou despacho, cujos autos serão arquivados de ofício ou mediante requerimento da parte interessada, sem prejuízo da apuração da responsabilidade funcional decorrente da paralisação, se for o caso."

O destino dado às obrigações tributárias federais não honradas no vencimento, e não impugnadas, seguem para a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, a qual desempenha a função de inscrever o crédito em dívida ativa e executá-lo perante a Justiça Federal por intermédio da ação de execução fiscal. Nem sempre há agilidade neste procedimento e as ações executivas chegam ao Poder Judiciário próximas ao prazo final de prescrição,

fato que desequilibra a sorte do processo, haja vista o longo tempo entre o fato gerador e a cobrança, o que proporciona a dilapidação do patrimônio do devedor por diversos motivos.

Não há, portanto, uma legislação voltada à perene cobrança da dívida ativa dos inadimplentes no âmbito da Administração Pública, revertendo-se a responsabilidade da cobrança para o Poder Judiciário como regra. E também não há estrutura suficiente nas procuradorias fiscais para suportar estas ações judiciais dentro do razoável prazo de duração do processo, atrasando invariavelmente o bom e necessário andamento processual.

Assim, o acúmulo de ações em tramitação é regra no processamento das execuções fiscais, considerando, ainda, que o juiz não deve dar andamento de ofício em processos judiciais, cabendo às partes requererem os respectivos atos necessários ao regular andamento.

Estudo realizado pela Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas – IPEA² detectou que o tempo médio da ação de execução fiscal na Justiça Federal, a mais célere na cobrança da dívida ativa, é de oito anos de tramitação judicial, sendo que a citação leva em média 1.920 dias (cerca de cinco anos) e caracteriza-se como uma das maiores causas da morosidade na Justiça Federal, com reflexos nas demais causas, pois se utiliza da mesma estrutura judiciária. Porém, somente 1/3 das ações de execução fiscal terminam em pagamento, sendo que nos outros 2/3 não se encontram os devedores ou seus bens. Por conta do excesso de demanda sem solução final em tempo razoável, principalmente oriunda da execução fiscal, o custo anual da Justiça brasileira atinge cerca de 1,46%³ do PIB – Produto Interno Bruto, um dos mais caros do mundo, e aumentando a cada ano, considerando que 90% do orçamento é destinado ao custeio da folha de pagamento dos servidores (Justiça em Números 2015 – CNJ). No entanto, os grandes devedores da Fazenda Nacional são apenas 18.729 pessoas físicas ou jurídicas em todo o país, mas

2 A execução fiscal no Brasil e o impacto no Judiciário, CNJ-IPEA, 2011, pág. 11

3 Estudo comparado sobre recursos, litigiosidade e produtividade: a prestação jurisdicional no contexto internacional, CNJ, 2011, pág. 16

representam 60% do crédito inscrito e ajuizado, qual seja, R\$ 1,25 trilhão.

Além disso, o custo direto para o exequente na cobrança da dívida ativa perante o Poder Judiciário é zero, pois os entes públicos não pagam custas ou diligências judiciais nas ações de execução fiscal. Este é um dos motivos pelos quais a transferência da responsabilidade da cobrança da dívida ativa é vantajosa. Mas a consequência disso é o gasto com atos e diligências inúteis, porém formalmente corretos. Além disso, a qualidade do processamento e o valor arrecadado são baixos, visto que se dá o mesmo tratamento entre grandes e pequenos devedores, sem qualquer poder de previsão do resultado “pagamento”.

Outrossim, os Conselhos de Fiscalização, apesar de pagarem custas judiciais para ingresso das ações de execução fiscal (1% do valor da causa), o fazem em valores irrisórios. A Lei de custas n. 9.289/96, que regulamenta o valor das custas judiciais para utilização do sistema judicial da Justiça Federal, está vinculada à extinta Unidade Fiscal de Referência – UFIR, a qual teve o valor congelado em 2000, mas até hoje é utilizada com indexador, ensejando a cobrança de valores congelados desde então, entre o mínimo de R\$ 10,64 e máximo de R\$ 1.915,38. Tais fatos são corroborados pela baixa arrecadação com as custas judiciais do 1º grau da Justiça Federal em 2013, que foi apenas de R\$ 64.286.355,29⁴.

Assim, o resultado anual do modelo atual de cobrança é a concentração deste tipo de ação judicial no primeiro grau de jurisdição da Justiça Federal, sem solução final previsível e com andamento lento. As ações de execução fiscal representam cerca de 40% do total⁵ de processos em tramitação.

No entanto, a solução mais utilizada até o presente momento é o aumento da estrutura do sistema judiciário, com a criação de mais varas e cargos, com aumento das despesas permanentes do Poder Judiciário. Vale

4 Conselho da Justiça Federal em <http://daleth.cjf.jus.br/atlas/Internet/CustasJudiciais1.htm> -acesso em 29.03.2016

5 CNJ – Justiça em Números 2015, pág. 288/292

dizer, aumento de escaninhos para estocar os infundáveis processos sem solução final, com custos de tempo e dinheiro para a sociedade.

3 A EXPROPRIAÇÃO DE BENS FORA DO ÂMBITO DO PODER JUDICIÁRIO

A Constituição da República de 1988 permite a expropriação de bens dentro do devido processo legal. É comando contido nas garantias constitucionais no seu artigo 5º: LIII – *ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente; e LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;*

Assim, é discutível a legalidade da cobrança administrativa direta, sem ordem judicial, com poderes jurisdicionais de expropriação de bens dos particulares, se assim concedidos aos procuradores da Fazenda ou mesmo agentes do Fisco.

Há diversos defensores da legalidade da cobrança administrativa com expropriação direta de bens do devedor. Neste sentido está a lição do Desembargador Federal ANTONIO DE SOUZA PRUDENTE⁶, defendendo que “A execução administrativa do crédito da Fazenda Pública afigura-se juridicamente possível na força dos atributos dos atos administrativos, que se revestem da presunção de legitimidade, decorrente do princípio da legalidade da Administração, da imperatividade impositiva de seu cumprimento coercitivo e da autoexecutoriedade consistente na possibilidade desses atos serem imediata e diretamente executados pela própria Administração, no uso de sua supremacia de Poder Público, independentemente de ordem judicial.”

O professor e juiz federal Renato Lopes Becho⁷ elenca defensores e opositores da cobrança administrativa da dívida ativa:

“Há diversos e excelentes trabalhos a respeito do anteprojeto indicado. Vários

6 CEJ 2000-08, Reforma da Execução Fiscal, tese de doutorado do Desembargador do TRFI Antonio de Souza Prudente

7 Revista CEJ, Brasília, Ano XVIII, n. 63, p. 111-119, maio/ago. 2014

trabalhos demonstram que seus autores são a favor da execução fiscal administrativa, enquanto outros são contrários à mudança legislativa. Veja-se, a respeito, os artigos de Antônio Souza Prudente (2007, p. 10 – 33), Hugo de Brito Machado Segundo e Raquel Cavalcanti Ramos Machado (2007, p. 154-174), Humberto Gomes de Barros (2007, p. 4-9), Luiz Henrique da Costa Pires (2007, p. 86-95), Mairan Gonçalves Maia Júnior (2007, p. 96 – 100), Sacha Calmon Navarro Coêlho (2007, p. 380-391) e Yoshiaki Ichihara (2007, p. 146-151). Humberto Gomes de Barros destacou que: *A modernização do Poder Judiciário [...] dará um passo decisivo quando a cobrança dos créditos estatais deixar de ser um encargo do Poder Judiciário, deslocando-se para a Administração, onde ganhará agilidade e rendimento econômico.* (BARROS, 2007, p. 9)".

O fato é que as procuradorias da Fazenda, em todos os níveis da Administração Pública, não dispõem de estrutura física e humana para suportarem o enorme estoque de processos em tramitação perante o Poder Judiciário, ou mesmo processos novos. Por exemplo, a Procuradoria da Fazenda Nacional⁸ conta com 2.072 procuradores e 1.518 servidores em 116 unidades espalhadas pelo país. Tem atuação judicial em cerca de 7.500.000 processos em face de 3.550.000 devedores. Do total dos débitos em cobrança (R\$1.387.504.353.743,71) 90,60% deste valor (R\$ 1.257.087.194.095,93) encontra-se ajuizado. A Fazenda Nacional responde por 50,3% do total das execuções fiscais propostas na Justiça Federal, enquanto que Conselhos Profissionais representam outros 36,4% deste montante (IPEA 2011).

Com estes números é possível concluir que a PGFN não tem estrutura para suportar toda a carga da execução fiscal federal, em caso de exclusiva cobrança administrativa. Nos estados e municípios, a estrutura não é diferente, o que inviabiliza a eficácia do projeto de cobrança administrativa da dívida ativa a curto e médio prazo.

No mais, para a constrição de bens na esfera administrativa, os procuradores teriam que dispor dos deveres e prerrogativas da magistratura tanto pela inamovibilidade do cargo e da localidade, considerando as pos-

8 <http://www.pgfn.fazenda.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/pgfn-em-numeros-2014/pgfn-em-numeros> , acesso em 29.03.2016

síveis ingerências políticas e peculiares a cada ente público, principalmente nos pequenos municípios, quanto pela obrigação de receber pessoalmente o devedor ou seu patrono, e despachar em tempo razoável os requerimentos a eles dirigidos.

Enfim, diagnósticos sobre a execução fiscal são inúmeros e concordantes. Precisamos, pois, de soluções plausíveis dentro do possível, do razoável e da legalidade.

4 SOLUÇÕES POSSÍVEIS POR INTERMÉDIO DA GESTÃO E DA EFETIVIDADE DAS LEIS EM VIGOR

Antes de se vislumbrar eventual mudança radical de paradigma na forma da cobrança da dívida ativa, com alteração legislativa significativa no modelo matriz, mister se faz a mudança sob a ótica da efetiva aplicação da legislação vigente, tanto pelo Poder Executivo quanto pelo Poder Judiciário, como forma de comprovação e legitimação do esgotamento do modelo atual. Há legislação vigente não regulamentada, passível de utilização como filtro processual do excesso de demanda fadada ao insucesso na recuperação do crédito, além de mecanismos judiciais e gerenciais que permitem a identificação precoce destes casos em juízo, com a precípua finalidade de reserva de tempo e estrutura para dedicação aos casos com potencial de recuperação do crédito, entre outras soluções.

Nenhuma revolução legislativa suprirá a limitação estrutural e humana dos entes envolvidos na dinâmica do processo de cobrança da dívida ativa. Por isso, há que se haver esforço conjunto com foco na melhoria da recuperação do crédito e da prestação jurisdicional em tempo razoável. Cada Poder tem possibilidade de contribuir para a redução do problema dentro de suas atribuições, sem transferi-las aos demais.

A realidade é que o sistema judiciário não comporta mais tamanha demanda de ações de execução fiscal sem consumir enormes recursos humanos e financeiros para manutenção de sua estrutura. O Judiciário brasileiro está sob risco de não mais se sustentar em si mesmo, notadamente a 1ª instância. Debrucemo-nos, então, sobre os mecanismos gerenciais e legais em vigor, na

busca do aprimoramento do modelo atual pelo equilíbrio da demanda, da qualidade da prestação, da duração razoável do processo e do custo sustentável.

4.1 PELO PODER EXECUTIVO

4.1.1 GESTÃO DA DEMANDA POR INTERMÉDIO DA LEGISLAÇÃO DE SELEÇÃO DO CRÉDITO RECUPERÁVEL

No âmbito do II FONEF⁹, realizado em Brasília – DF na sede da Associação dos Juízes Federais do Brasil – AJUFE, nos dias 16 e 17 de março de 2016, a Ilustre Procuradora da Fazenda Nacional, Dra. Anelize Lenzi Ruas de Almeida, Diretora de Gestão da dívida ativa da União Federal, destacou a intenção do Governo Federal, por intermédio do Ministério da Fazenda, em regulamentar no âmbito administrativo os requisitos para sobrestamento da ação de execução fiscal, com a estipulação das hipóteses de sobrestamento dos processos inexecutíveis na recuperação do crédito, focando nas ações com efetiva perspectiva de recebimento. A regulamentação administrativa do artigo 40 (sobrestamento a pedido do exequente) da Lei de Execuções Fiscais é atribuição concedida por lei ao Ministro da Fazenda, por intermédio do Decreto-Lei n. 1.569/77 (com a redação dada pela Lei n. 13.043/2014), como forma de orientar e padronizar a atuação dos procuradores da Fazenda, a qual autoriza a não cobrança judicial de créditos inexpressivos e custosos, ou sobrestamento do curso das ações judiciais em andamento, mas de difícil recuperação do crédito. Assim define a lei:

"Art. 5º – Sem prejuízo da incidência da atualização monetária e dos juros de mora, bem como da exigência da prova de quitação para com a Fazenda Nacional, o Ministro da Fazenda poderá determinar a não inscrição como Dívida Ativa da União ou a sustação da cobrança judicial dos débitos de comprovada inexecutibilidade e de reduzido valor."

A primeira parte deste artigo foi regulamentada pela Portaria MF n. 75, de 22 de março de 2012, fixando o valor mínimo consolidado em R\$

20.000,00, o qual encontra-se defasado diante da inflação dos últimos quatro anos. E a segunda parte ainda carece de regulamentação. Necessário se faz, como gestão de créditos recuperáveis, o aumento do valor mínimo da cobrança judicial e a regulamentação administrativa do limite e requisitos de sobrestamento das ações em curso.

Não obstante, será necessária a previsão administrativa dos requisitos mínimos para o requerimento de sobrestamento do feito por parte do procurador da Fazenda, tendentes à padronização e previsibilidade dos atos judiciais praticados pela Fazenda Nacional, tais como a realização da citação (pessoal ou edital), realização de atos judiciais de tentativa de arresto/penhora eletrônica (esgotamento das diligências de contas bancárias – BACENJUD e cadastro de veículos – RENAJUD, instrumentos de maior eficácia na localização de bens do devedor) e o derradeiro ato judicial de decretação da indisponibilidade futura de bens imóveis aos cartórios (por intermédio da Rede de Gestão Integrada de Informações Territoriais – SINTER ou do sistema ARISP em São Paulo), prevista no artigo 185-A do Código Tributário Nacional, única ferramenta capaz de restrição futura de bens até o presente momento. Assim, a determinação administrativa estará em consonância com a Súmula 560¹⁰ do Superior Tribunal de Justiça

"– A decretação da indisponibilidade de bens e direitos, na forma do art. 185-A do CTN, pressupõe o exaurimento das diligências na busca por bens penhoráveis, o qual fica caracterizado quando infrutíferos o pedido de constrição sobre ativos financeiros e a expedição de ofícios aos registros públicos do domicílio do executado, ao Denatran ou Detran."

Destaca-se que grandes devedores da Fazenda Nacional (dívida acima do valor consolidado de R\$ 10 milhões de reais) são apenas 18.729 pessoas físicas ou jurídicas em todo o país, mas representam 60% de todo o crédito inscrito e ajuizado na Justiça Federal. Numa visão pragmática, o exequente atualmente dá, em regra, o mesmo tratamento entre ações de

10 Súmula 560, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2015, DJ 15/12/2015.

execução fiscal entre pequenos e grandes devedores, o que resulta em 2/3 (dois terços) de atos processuais sem qualquer efetividade, por conta da não localização do devedor ou seus bens na maioria das ações executivas. Servem apenas para manter a formalidade judicial, sem foco na finalização da ação. Por isso, regulamentar administrativamente o requerimento de sobrestamento dos processos judiciais inexecutíveis de recuperação do crédito é medida de extrema urgência, em curto prazo, na medida que otimiza o processamento das demais execuções fiscais e diminui a fonte de morosidade do sistema judiciário.

4.1.2 ABATIMENTO DO VALOR PENHORADO NO PARCELAMENTO EM CURSO

O exequente necessita regulamentar com clareza o direito de o contribuinte abater ou compensar os valores penhorados eletronicamente em juízo, a requerimento do devedor, do total do parcelamento realizado após a penhora e deferido pelo exequente. A Lei n. 11.941/2009, artigo 11, I, determina que os parcelamentos: “(...) I – *não dependem de apresentação de garantia ou de arrolamento de bens, exceto quando já houver penhora em execução fiscal ajuizada*”.

No entanto, manter a garantia em dinheiro nos autos até o final do parcelamento onera o devedor e restringe o sucesso da cobrança, quando requerido o abatimento pelo devedor como forma de antecipação do pagamento.

Nos parcelamentos realizados por intermédio das Leis n. 11.941/2009 (especial) e n. 12.865/2013 (especial) é possível realizar o abatimento, mas apenas em créditos fazendários. Entretanto, nos parcelamentos realizados no âmbito das Leis n. 12.996/2014 (especial) e n. 10.522/2002 (convencional) ou qualquer crédito previdenciário, não há possibilidade de adiantar parte do pagamento mediante a utilização do valor penhorado nos autos judiciais.

Não há justificativa plausível para tratamento diferenciado em situações idênticas, quando o contribuinte visa utilizar seus próprios bens, ainda que penhorados, para o pagamento da dívida. Torna-se imperioso que exequente vislumbre mecanismos administrativos que facilitem o pagamento e otimize a finalização do processo judicial o quanto antes, a requerimento do devedor.

4.1.3 BASE DE DADOS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Importantes bases de dados dos contribuintes estão à disposição das Agências Reguladoras, tais como ANATEL e ANAEEEL. Recente decisão do Supremo Tribunal Federal (RE 601314 e ADI 2859, 2390, 2386 e 2397) criou novo marco acerca do sigilo das informações do contribuinte, constante em banco de dados públicos. Por esta decisão, os órgãos públicos de fiscalização tributária podem compartilhar informações sigilosas, na forma de transferência do sigilo. Mesmo mecanismo pode ser realizado entre as Agências e procuradorias fiscais para a atualização do endereço do devedor. Empresas de energia elétrica, telefonia, internet, etc dispõem de banco de dados atualizados de tomadores de serviços públicos concedidos, o que facilita o trabalho de busca para localização do devedor. Não há necessidade de ordem judicial para acesso a estes dados cadastrais, já que quem pode o mais, a transferência do sigilo da movimentação bancária, pode, então, o menos, a transferência da informação do endereço ao magistrado. Vê-se que o cliente (exequente) dispõe da informação em seus bancos de dados, mas não a repassa ao seu advogado (procurador), fato que restringe a atuação judicial do procurador.

4.1.4 A PETIÇÃO INICIAL COM INFORMAÇÕES SOBRE PARCELAMENTO

É comum devedores citados em ações de execução fiscal ou que tiveram ciência acerca de indisponibilidade de numerários ou veículos, por exemplo, comparecerem no balcão da secretaria, sem advogado, em busca de informação sobre a ação executiva. Por vezes trazem documentos que demonstram o caráter alimentar do valor penhorado ou simplesmente requerem informações de como pagar ou parcelar o débito. Algumas secretarias, antevendo o problema, juntam à carta postal ou ao mandado citatório informações sobre local e forma de pagamento, para facilitar a compreensão do devedor em como proceder em caso de pagamento ou parcelamento da dívida, fato desconhecido da maioria dos pequenos e médios devedores.

Neste sentido, faz-se necessário que a petição inicial venha acompanhada de tutorial de como proceder em caso de pagamento ou parcela-

mento, com dados sobre o local e forma de pagamento. Por exemplo, algumas secretarias adotaram o seguinte modelo:

INSTRUÇÕES PARA PARCELAMENTO/PAGAMENTO DE EXECUÇÃO FISCAL

1. A Fazenda Nacional encontra-se à disposição para compor amigavelmente o pagamento do débito, para extinção da Ação/Execução Fiscal já em andamento na Justiça Federal.
2. **DÍVIDAS NÃO-PREVIDENCIÁRIAS:** solicitar o pagamento ou parcelamento em até 60 (sessenta) meses diretamente pelo sítio da Fazenda Nacional, www.pgfn.fazenda.gov.br ou na Receita Federal, Central de Atendimento ao Contribuinte, Térreo, Avenida José Cabalero 35 ou Procuradoria da Fazenda Nacional, Avenida 1º de Maio n. 178, Centro, Santo André;
3. **DÍVIDAS PREVIDENCIÁRIAS:** entrar em contato diretamente com a Receita Federal/Fazenda Nacional à Avenida José Cabalero, 35 ou Avenida 1º de Maio n. 178, Centro, Santo André, na Central de Atendimento ao Contribuinte, Térreo, para quitação dos valores devidos, por via administrativa, em quota única ou através de parcelas mensais em até 60 (sessenta) meses;
4. **OBS:** Para suspensão ou extinção do processo de Execução Fiscal, após a realização do parcelamento/pagamento, deverá ser comunicada a xª Vara Federal da Justiça Federal de Santo André no endereço Av. Pereira Barreto, n. 1299, 1º andar – Santo André/SP ou através do *e-mail*: xxx_sec@jfsp.jus.br.
5. O parcelamento suspenderá a cobrança judicial já iniciada e o pagamento total extinguirá a ação.

No caso de Conselhos Profissionais, conforme já disposto na Lei n. 12.514/2011 e nos regulamentos dos Conselhos, mas geralmente desconhecido dos devedores, há possibilidade de redução administrativa sobre juros

e multas com desconto de até 100% para pagamento à vista diretamente nas sedes dos Conselhos; desconto de 80% para pagamento parcelado em até três vezes; desconto de 70% para pagamento parcelado em até seis vezes, desconto de 60% para pagamento parcelado em até nove vezes, desconto de 50% para pagamento parcelado em até doze vezes, ou parcelamento em até 24 parcelas mensais, sem descontos, além da possibilidade de baixa na inscrição perante o Conselho mesmo com débitos atrasados ou parcelados (art. 9º).

Estas informações, em verdade, constituem-se em direito dos contribuintes em atraso, e não são simples opção do exequente. Por tais motivos, devem fazer parte da peça inicial ou dos documentos que a acompanham.

4.1.5 A QUEBRA DA CREDIBILIDADE DO SISTEMA DE COBRANÇA PROVOCADA POR PARCELAMENTOS ESPECIAIS

A criação de parcelamentos federais especiais ao longo dos anos trouxe resultados negativos para a arrecadação da dívida ativa. Apesar do inegável implemento de arrecadação dentro da conveniência e oportunidade administrativa, os problemas advindos destes parcelamentos foram negativos para a cobrança judicial da dívida. Contribuiu para o descrédito da cobrança judicial e fomentou a cultura da impunidade tributária ao criar expectativas sobre futuros benefícios em novos parcelamentos, induzindo a protelação do pagamento da dívida até a edição de nova lei de parcelamento. A manutenção de único modelo de parcelamento convencional, tal como previsto na Lei n. 10.552/2002, garante o direcionamento do devedor a uma das modalidades de pagamento da dívida após o recebimento da citação ou da penhora eletrônica.

4.1.6 PADRONIZAÇÃO DA ATUAÇÃO DA PROCURADORIA DA FAZENDA NACIONAL

Constatação recorrente nas ações de execução fiscal é a precariedade da comunicação entre o cliente (exequente) e seu advogado (procurador). Diversos atos judiciais poderiam ser evitados, ou mesmo processos sobrestados, como a melhora na comunicação entre cliente e autor, tais como comunicação de deferimento de parcelamento ou pagamento, os

quais não são comunicados ao juízo. A duplicidade de atos por conta da ineficiência na comunicação mantém o processo ativo por anos, quando deveria ser remetido ao arquivo sobrestado aguardando o final do parcelamento, ou mesmo a extinção do processo nos casos de anulação da certidão da dívida ativa, por exemplo.

Por outro lado, há localidades em que os procuradores lançam cota na petição inicial, requerendo indisponibilidade eletrônica de bens em caso de não localização do devedor na primeira tentativa de citação. Isto agiliza o processo e evita novo despacho ou vista dos autos, já que a consequência lógica é a realização deste ato em alguma fase do processo. No entanto, este requerimento não se repete de forma padronizada em todas as localidades, ficando ao alvedrio de cada procurador.

Também, os requerimentos de indisponibilidade do artigo 185-A do CTN realizados por procuradores comportam ofícios a dezenas de órgãos públicos, como ANAC, BOVESPA, MARINHA, etc, no sentido de restrição futura em caso de constatação de bens do devedor. Contudo, somente o sistema de registros de imóveis dispõe desta ferramenta para restrição futura em alguns estados da Federação.

Para melhorar a agilidade dos processos de execução fiscal, o Tribunal de Justiça de São Paulo¹¹ tomou a iniciativa de criar cartilha da execução fiscal, orientando o exequente municipal a otimizar os trabalhos da Justiça, como por exemplo:

(...)

Também em relação à municipalidade, outras medidas podem ser adotadas para otimização das rotinas:

I – Petição inicial – A petição inicial deve conter todos os pedidos possíveis, como por exemplo, requerer a citação por carta e:

I.1 – ... “em caso de AR negativo, a expedição de mandado e, posteriormente, se o caso, edital”

¹¹ <http://www.tjsp.jus.br/Institucional/PrimeiraInstancia/ExecucaoFiscal/Default.aspx?f=2> acessado em 30.03.2016

1.2 – ... “caso o AR seja positivo e, decorrido o prazo sem pagamento, o bloqueio no Bacenjud, Infojud, Renanjud e mandado de penhora.

Por isso, a previsão de atos judiciais requeridos no curso da ação de execução fiscal pode ser antecipada pelos procuradores, em requerimentos iniciais, no ensejo de otimizar o trabalho, tais como arresto prévio, ofício aos registros de imóveis e citação por edital após diligências negativas, entre outros, sem que isso interfira na independência de atuação dos procuradores, pois são atos previsíveis e até indispensáveis no curso da ação.

4.2 PELO JUDICIÁRIO

4.2.1 A GESTÃO JUDICIAL NAS SECRETARIAS DAS VARAS

O Direito precede a gestão na esfera judicial, mas dela é dependente na administração do processamento da secretaria da vara. O magistrado não vincula sua convicção às consequências gerenciais no andamento dos processos, mas deve ter a previsão do resultado de sua decisão, como forma de mensurar efetividade e qualidade da decisão durante o tempo de tramitação do processo.

Segundo o IPEA¹², não há evidência significativa de que exista um modelo mais bem-sucedido do que outro na gestão judicial da secretaria de vara mista ou especializada em execução fiscal. Porém, a simples escolha, nas ações de execução fiscal, de que todas as citações sejam realizadas precipuamente por intermédio de mandado entregue pelo oficial de justiça, em detrimento do comando preferencial descrito no artigo 8º, I, da LEF (via postal com aviso de recebimento) impacta diretamente no volume de trabalho realizado na central de mandados (onde houver) e no tempo de processamento da secretaria, entre outros efeitos. O efeito judicial é quase sempre o mesmo, ou seja, 53% das primeiras tentativas de citações resultam negativas em quaisquer das modalidades escolhidas. Porém, o efeito na gestão é maior, pois haverá perda de tempo com recursos humanos da Justiça na diligência e na expedição da secretaria, gastos públicos com des-

12 CNJ – IPEA, 2011, pág. 14

locamento e atrasos processuais nos demais atos a cargo do oficial de justiça e conseqüentemente nas outras classes processuais. Tempo é custo para a sociedade, pois atos inúteis custam dinheiro em salários e despesas.

O magistrado precisa ter o poder de previsão do resultado de sua gestão, concatenando os atos judiciais para determinado resultado de melhor prestação jurisdicional em tempo razoável de processamento. O compromisso do magistrado é com a prestação jurisdicional de qualidade e celeridade, sendo que o resultado “pagamento” é mera consequência deste trabalho, e não objetivo em si mesmo.

O poder de previsão do resultado em cada despacho judicial no processo de execução fiscal, no sentido de evitar-se repetição de atos anteriores ou inúteis, tem, então, a finalidade de encurtar a duração do processo até solução final, principalmente os inexecuíveis, pois cada despacho exige, em média, pelo menos um ano para sua realização, considerando elaboração do ato, a assinatura do ato pelo juiz, publicação, vista para exequente/devedor, ordem de espera no escaninho da secretaria, execução do ato, retorno de informações, juntada de documentos, fila de espera para nova análise e finalmente análise pelo servidor.

Recentes alterações trazidas por legislações esparsas – análise de ofício da prescrição, indisponibilidade de bens, penhora eletrônica, alargamento das garantias de juízo, entre outras – tiveram influência na Lei de Execuções Fiscais, sem, no entanto, apresentarem grandes avanços em termos de tempo de processamento e recuperação do crédito, fatos que indicam a necessidade de se enfrentar o problema do volume da demanda sob outra perspectiva.

Uma das alternativas é buscar um trabalho estratégico de resultado na secretaria da vara, em substituição ao trabalho de alta produção e baixa efetividade. O planejamento visa orientação qualificada aos servidores pelo magistrado treinado para a gestão (de preferência pelas escolas de magistratura), mediante informações prévias, precisas e confiáveis sobre o resultado almejado, aliado ao trabalho em equipe com noções de gestão e planejamento. E toda gestão começa com a qualificação das pessoas envolvidas no processo, pois a falha humana interdita as fases subsequentes da gestão. Por isso, o gestor não consegue sozinho gerir toda a secretaria da

vara. Necessita, pois, do engajamento de todos os integrantes do processo, sejam eles juízes, diretores, servidores, procuradores ou estagiários.

4.2.2 O EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO

A melhor informação para se orientar na gestão da secretaria da vara é a fornecida pela pesquisa IPEA, na qual indica que somente 33% das ações de execução fiscal terminam em parcelamento ou pagamento. Nas demais, não se encontram os devedores ou seus bens, por motivos alheios ao poder jurisdicional. Na Justiça Federal o tempo médio para citação (pessoal ou edital) leva em torno de cinco anos, assim como tem-se a média de um ano para cumprimento de cada despacho judicial.

Neste universo de formalidades, é de rigor a aplicação do artigo 7º da Lei de Execuções Fiscais como norma especial em relação ao Código de Processo Civil, com a realização de arresto prévio (BACENJUD e RENAJUD são os mais eficientes) logo após a primeira tentativa de citação do devedor no endereço fornecido (inciso II) ou nos casos de citação pessoal (por carta) sem respectivo pagamento do prazo legal. No atual contexto da LEF, o juiz pode agir de ofício, para seguir pelo arresto prévio ou penhora do artigo 7º, III, da LEF, diante da expressa disposição desta lei especial, ao determinar que o despacho inicial de citação engloba a ordem de constrição de bens, quando o devedor não é localizado nos endereços fornecidos por ele aos órgãos públicos ou, quando localizado, não efetua o pagamento no prazo legal:

"Art. 7º – O despacho do Juiz que deferir a inicial importa em ordem para: (...) II – penhora, se não for paga a dívida, nem garantida a execução, por meio de depósito, fiança ou seguro garantia; III – arresto, se o executado não tiver domicílio ou dele se ocultar;"

Grande parte destes arrestos prévios não resultarão em constrição de bens, donde se poderá presumir o início da inexecutabilidade da ação executiva. Quem não tem imóvel, veículo ou dinheiro em conta corrente encontra-se civilmente insolvente ou está ocultando o patrimônio. E cabe ao exequente comprovar a segunda hipótese. Ofícios ao sistema

SINTER ou ARISP podem confirmar a inexistência de bens imóveis, assim como BACENJUD e RENAJUD a inexistência de ativos em conta-corrente ou registrado no DENATRAN.

O derradeiro ato jurisdicional antes do sobrestamento do processo por inexecução na recuperação do crédito é a indisponibilidade prevista no artigo 185-A do CTN. Firmou-se entendimento sumular dos atos necessários à finalidade da prestação jurisdicional na busca de bens do devedor nos seguintes termos:

"Súmula 560 – A decretação da indisponibilidade de bens e direitos, na forma do art. 185-A do CTN, pressupõe o exaurimento das diligências na busca por bens penhoráveis, o qual fica caracterizado quando infrutíferos o pedido de constrição sobre ativos financeiros e a expedição de ofícios aos registros públicos do domicílio do executado, ao Denatran ou Detran. (Súmula 560, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2015, DJ 15/12/2015)."

Ressalte-se que toda esta celeuma acerca da possibilidade (ou não) do juiz agir de ofício nos termos do artigo 7º da LEF poderia ser suprida com o simples requerimento na petição inicial, para realização de indisponibilidade de bens após a primeira tentativa infrutífera de citação ou após o não pagamento no prazo legal. Tal atitude processual proativa do exequente otimizaria o processo em anos, a depender, também, do entendimento do magistrado.

O pensamento médio dos magistrados federais manifestado nos dois primeiros FONEF's foi no sentido da aplicação do artigo 7º da LEF (arresto sem necessidade de requerimento do exequente após a primeira tentativa de citação) em detrimento do antigo artigo 655-A do CPC (atual artigo 854).

O acórdão no recurso RESP n. 1.240.270, Relator Ministro Mauro Campbell, decidiu que:

"O sistema Bacenjud pode ser utilizado para efetivar não apenas a penhora on-line, como também o arresto on-line. Preenchidos os requisitos legais, o juiz

pode utilizar-se do Bacenjud para realizar o arresto provisório previsto no art. 653 do Código de Processo Civil, bloqueando contas do devedor não encontrado. Em outras palavras, é admissível a medida cautelar para bloqueio de dinheiro via Bacenjud nos próprios autos da execução. Nesse sentido é a orientação firmada pela Primeira Seção, no julgamento do REsp 1.184.765/PA, submetido ao regime de que trata o art. 543-C do Código de Processo Civil, em que ficou restabelecida a decisão do Juízo Singular, que, em 30.01.2008, determinara, com base no poder geral de cautela, o “arresto prévio” (mediante bloqueio eletrônico pelo sistema Bacenjud) dos valores existentes em contas bancárias da empresa executada e dos corresponsáveis (Rel. Min. Luiz Fux, DJe 3.12.2010)”.

Também já decidiu o Superior Tribunal de Justiça em recurso repetitivo (RESP 1.184.765/PA, Rel. Ministro Luiz Fux, 1ª Seção, 03.12.2010) a desnecessidade de esgotamento de todos os meios de obtenção de informações extrajudiciais sobre o executado e seus bens e que as diligências restassem infrutíferas, após a edição da Lei n. 11.382/2006, relativizando a ordem vocacional da penhora para utilização do Bacenjud.

Uma vez priorizada a detecção dos processos inexecutáveis por intermédio das diligências com resultados negativos e eventual citação por edital, o segundo resultado almejado é direcionar o devedor citado ao parcelamento ou pagamento integral do débito, mediante tutorial juntado na petição inicial de como assim proceder. Apesar de não ser função judicial oferecer esta informação, esta atitude proativa melhora o trabalho no atendimento do balcão da secretaria, evitando que o contribuinte venha buscá-las.

4.2.3 PRAZOS PROCESSUAIS PARA O EXEQUENTE

O processo judicial eletrônico terá o condão de mitigar o privilégio do exequente de não se submeter a prazo processual nas ações de execução fiscal, assim como de receber os autos como forma de intimação pessoal. Ao remeter-se os autos eletronicamente aos procuradores, estipular-se-á prazo determinado para manifestação, visando a efetividade do princípio constitucional da razoável duração do processo judicial. Resta claro que se há prazo legal para o magistrado praticar atos jurisdicionais em cada fase do

processo, há de ter-se prazo processual para os procuradores dos exequentes manifestarem-se nos autos. Ninguém pode estar acima da lei, não se submetendo a prazos processuais.

Sobre a necessidade de cumprimento de prazos processuais por parte do exequente, como forma de equilíbrio das partes, o ensinamento do professor e juiz federal Renato Lopes Becho¹³ não deixa dúvida quanto ao ordenamento jurídico aplicável à espécie:

“Especificando melhor: se, nos autos, a exequente foi intimada a se manifestar sobre as provas juntadas pelo executado – nos termos do CTN, art. 204, § único, e da Lei n. 6.830/80, art. 3º, § único – e deixa passar prazo excessivo (superior a sessenta dias) sem apresentar contraprova (demonstrativo de extrato do Fisco provando que o pagamento indicado foi aproveitado, demonstrativo do Fisco de que a compensação requerida foi indeferida e que tal decisão tornou-se definitiva etc.), o juiz deve interpretar o art. 267, III, do CPC como não promoção de atos e diligências que competia à exequente. A prudência indica que, se o exequente teve apenas sessenta dias para levantar as provas de que necessita, pode ser prudente que o julgador lhe conceda prazo suplementar de 30 dias, baseando-se no artigo 267, III, do CPC. Os autos da execução fiscal terão ficado, então, por 90 dias em mãos do exequente, o que não mais justificaria nenhuma concessão de novo prazo, sob pena de eternização do feito executivo fiscal. Todavia, para a correta aplicação do artigo 267 do Código de Processo Civil, deve ainda o Magistrado intimar novamente a procuradoria fazendária, para suprir a omissão em 48 (quarenta e oito) horas, sob pena de extinção do feito (CPC, art. 267, § único). Caso o exequente não apresente as provas necessárias, quedando-se inerte no dever de provar o alegado em juízo, é dizer, não apresentando contraprova, deve o julgador extinguir o feito, sem julgamento de mérito. Acreditamos que a presente interpretação está em consonância com a Constituição Federal e com as leis processuais, conforme já adiantado. Entendemos, também, que a interpretação da legislação acima indicada está em consonância com a jurisprudência do Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região e do Egrégio Superior Tribunal de Justiça. ”

13 Revista TRF 3ª Região n. 110, nov. e dez./2011

O PJ-e deve comportar, outrossim, como ferramenta de controle dos prazos processuais de autos sobrestados de execução fiscal, no sentido de alertar o gestor da vara acerca da ocorrência da prescrição intercorrente, no ensejo de controlar o volume de processos sobrestados e prescritos. Com escaninhos físicos este trabalho é feito manualmente e a sobrecarga de trabalho não permite o correto controle destes prazos.

4.2.4 PROCESSOS SOBRESTADOS E PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE

Está pendente de julgamento em recurso repetitivo RESP n. 1.340.553¹⁴, da relatoria do Ministro Mauro Campbell, 1ª Seção/STJ, com efeito sobre 1,81 milhão de ações de execução fiscal sobrestadas de ofício, com possível aplicação para casos futuros de sobrestamento e extinção de ofício, com aplicação da prescrição intercorrente. Na decisão que reconheceu o efeito repetitivo das ações em 31.08.2012, ficou decidido que:

“No caso concreto, torna-se relevante decidir à luz do art. 543-C, do CPC: a) Qual o pedido de suspensão por parte da Fazenda Pública que inaugura o prazo de 1 (um) ano previsto no art. 40, §2º, da LEF; b) Se o prazo de 1 (um) ano de suspensão somado aos outros 5 (cinco) anos de arquivamento pode ser contado em 6 (seis) anos por inteiro para fins de decretar a prescrição intercorrente; c) Quais são os obstáculos ao curso do prazo prescricional da prescrição prevista no art. 40, da LEF; d) Se a ausência de intimação da Fazenda Pública quanto ao despacho que determina a suspensão da execução fiscal (art. 40, §1º), ou o arquivamento (art. 40, §2º), ou para sua manifestação antes da decisão que decreta a prescrição intercorrente (art. 40, §4º) ilide a decretação da prescrição intercorrente. Súmula 314/STJ, verbis: “Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente».

A decisão final acerca do termo inicial para contagem da prescrição intercorrente é tema relevante para o direcionamento de milhares de outras ações fiscais que se encontram nas mesmas condições.

14 Julgamento adiado em 25.02.2016 – último acesso em 28.03.2016

4.2.5 CONSELHOS PROFISSIONAIS

As anuidades cobradas pelos Conselhos Profissionais, anteriores a 2012 (para o Conselho de Contabilidade, anteriores a 2011, por força da Lei n. 12.249, de 11.06.2010), são tidas como inconstitucionais e podem ser extintas de ofício, principalmente as que não se encontram os devedores ou seus bens. A fixação dos valores das anuidades destes Conselhos somente entrou em vigor com a edição da Lei n. 12.514/2011. As anuidades devidas aos Conselhos Profissionais são espécies de tributo no gênero contribuição social, devendo o lançamento tributário e as multas impostas renderem estrita observância ao princípio da reserva legal, sendo instituídas ou majoradas por lei em sentido formal (art. 5.º, II, e art. 150, I, ambos da Constituição Federal de 1988). No entanto, as Leis n. 9.649/98 (caput e dos parágrafos 1º, 2º, 4º, 5º, 6º e 8º do art. 58) e n. 11.000/2004 (caput e §1º do art. 2º), que atribuíram aos Conselhos Profissionais a competência para a instituição da contribuição, tiveram seus dispositivos declarados inconstitucionais¹⁵ pelo Supremo Tribunal Federal, Tribunal Regional Federal da 2ª, 4ª e 5ª Região, não havendo suporte legal para cobrança de anuidades instituídas por resolução.

No mesmo sentido, a Certidão da Dívida Ativa – CDA que fundamenta cada execução, aponta o fundamento legal como sendo a lei que criou o Conselho, na qual estabelece a competência deste para fixar o valor da anuidade. Vê-se que o objetivo da norma é permitir que a resolução do Conselho Profissional fixe o valor das anuidades, sendo de mesmo conteúdo do artigo 2º da Lei n. 11.000/2004 e do artigo 58, §4º da Lei n. 9.649/98, ambos já declarados inconstitucionais. Portanto, a referida lei é anterior à Constituição de 1988, não tendo sido recepcionada pela nova ordem cons-

15 STF, Plenário, ADIN n. 1.717, Rel. Min. SYDNEY SANCHES, DJ 28.3.2003; TRF2, Plenário, APELREEX 2008.51.01.000963-0, Rel. Des. Fed. SALETE MACCALÓZ, E-DJF2R 9.6.2011 – e Súmula n. 57 do TRF2: “são inconstitucionais a expressão “fixar”, constante do caput, e a integralidade do §1º do art. 2º da Lei n. 11.000/2004”, bem como a Corte Especial do TRF4 e o Plenário do TRF5. Precedentes: TRF2. Súmula 57. TRF2. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE 200851010009630; TRF-4. INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONST. NA AMS N. 2006.72.00.001284-9/SC; TRF-5. ARGUIÇÃO DE INCONST. NA AC N. 2004.83.00.019585-0/01.

titucional, neste aspecto, por violar a legalidade tributária. E tratando-se de obrigação tributária incerta e ilíquida, imperioso o reconhecimento, de ofício pelo magistrado, da nulidade absoluta do título executivo, conduzindo à sua extinção sem resolução do mérito¹⁶.

4.2.6 PESQUISA E TREINAMENTO: CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS E AJUFE

O Centro de Estudos Judiciários tem importante papel no treinamento, pesquisa e desenvolvimento da Justiça Federal, tal como proposto pela Lei n. 11.798, de 29/10/2008, que alterou a lei de criação de Superior Tribunal de Justiça (Lei n. 8.472/92). Sua competência está plenamente definida no artigo 8º, inclusive com gastos anuais obrigatórios de, no mínimo, 40% na área de pesquisa, da seguinte forma:

" Art. 8o Ao Centro de Estudos Judiciários compete: I – realizar e fomentar estudos, pesquisas, serviços editoriais e de informação, com vistas na modernização da Justiça Federal; II – planejar, coordenar e executar atividades de formação e aperfeiçoamento de magistrados e servidores, em articulação com as escolas de magistratura dos Tribunais Regionais Federais, segundo normas a serem editadas pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados; III – elaborar e encaminhar à Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados o Plano Nacional de Aperfeiçoamento e Pesquisa para os Juizes Federais. § 1o É vedada a realização de qualquer atividade pelo Centro de Estudos Judiciários relativa a tema estranho à competência da Justiça Federal, conforme o art. 109 da Constituição Federal. § 2o É obrigatória a realização de pelo menos uma atividade anual do Centro de Estudos Judiciários nas sedes dos Tribunais Regionais Federais. § 3o Os gastos anuais com as atividades-fim do Centro de Estudos Judiciários serão vinculados à área de pesquisa em, no mínimo, 40% (quarenta por cento), conforme prioridades constantes de Plano Plurianual a ser aprovado pelo Conselho da Justiça Federal. § 4o Integrará a es-

16 ...A inconstitucionalidade de tributo inscrito na Dívida Ativa fulmina pressuposto de validade da correspondente execução fiscal e deve ser conhecida de ofício, nos termos do art. 267, § 3º, do CPC... – STJ – EAg 724.888/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe 22/6/2009).

estrutura administrativa do Centro de Estudos Judiciários o Conselho das Escolas da Magistratura Federal, presidido pelo ministro diretor do Centro e composto pelos diretores das Escolas da Magistratura dos Tribunais Regionais Federais e pelo Presidente da Associação dos Juízes Federais do Brasil."

Neste sentido, com uma verba expressiva destinada à pesquisa, o CEJ pode contribuir para o incentivo e estudo nesta área da cobrança da dívida ativa, considerando que quase 40% das ações em trâmite na Justiça Federal versam sobre execução fiscal, além do fato de que as soluções apontadas até o presente momento somente indicam o aumento da estrutura do sistema judiciário. Há que se pensar na cobrança da dívida ativa como demanda de massa e repetitiva, pois revela-se como o maior gargalo da tramitação das ações na Justiça Federal. Treinar o magistrado para administrar a gestão da vara é investimento e não despesa para a sociedade. Precisamos pensar o Judiciário Federal de dentro para fora. Estudá-lo para compreendê-lo. E tentando suprir a lacuna de discussão acerca deste tema na esfera federal, a Associação dos Juízes Federais – AJUFE inaugurou em 2015 o evento anual denominado Fórum Nacional de Execuções Fiscais – FONEF, como forma de trazer à pauta a discussão permanente sobre a cobrança da dívida ativa. A concentração de esforços destas instituições traria inegáveis avanços no treinamento e estudo do maior problema da Justiça Federal.

5 CONCLUSÕES

A visão situacional da legislação vigente demonstra o não esgotamento do modelo atual de cobrança da dívida ativa. Há espaço para avanços na qualidade da prestação jurisdicional concatenando-se a regulamentação de lei com gestão judicial. Isto não representa a solução do problema, mas sim um norte para a estagnação que se encontra o modelo atual da cobrança da dívida ativa. A figura do juiz gestor é cada vez mais exigida no comando da secretaria da vara e precisa ser incentivada pelas escolas de magistratura e pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. A mudança legislativa do modelo de cobrança da dívida ativa, por

si, não resolverá a limitação estrutural e humana do sistema judiciário ou das procuradorias da Fazenda. No entanto, o trabalho ordenado dos envolvidos no processo da cobrança tem o potencial de produzir mais resultados positivos ao direcionarem seus esforços para a recuperação de crédito exequível. Cabe, assim, a rápida identificação dos créditos inexecuíveis mediante mecanismos regulamentados na esfera administrativa, aliada a requerimentos judiciais padronizados e direcionados à solução previsível do processo, seja pagamento ou sobrestamento.

**O PAPEL DO JUIZ PARTICIPATIVO NA REDUÇÃO DO
CONGESTIONAMENTO DAS AÇÕES DE EXECUÇÃO FISCAL:
O CASO DA 1ª VARA DE EXECUÇÕES FISCAIS
MUNICIPAIS DE VITÓRIA – ES**

Anselmo Laghi Laranja¹

Janete Vargas Simões²

Resumo: O presente artigo busca demonstrar a importância do papel do 'juiz participativo' e como essa nova postura por parte do magistrado tem impacto na efetividade do enfrentamento das demandas repetitivas de execução fiscal, pelo Poder Judiciário.

Palavras-chave: Execução fiscal. Juiz participativo. Demandas repetitivas.

1 INTRODUÇÃO

Das poucas coisas que se pode dizer com certo grau de consenso sobre a democracia é que ela não é um regime político barato, principalmente quando instaurada em países continentais como o Brasil. Um sistema de direitos, para ser resguardado, demanda uma série de gastos públicos, seja com o pagamento de servidores públicos, com o custeio do sistema eleitoral ou mesmo com o financiamento do Poder Judiciário.

Nesse contexto, o Brasil chama atenção por possuir um Poder

1 *Doutorando em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Mestre em História Social das Relações Políticas pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo (TJES). Membro do Grupo de Trabalho de Ações de Planejamento, Organização e Gestão Estratégica das Execuções Fiscais do Estado do Espírito Santo.*

2 *Mestre em Direito e Garantias Constitucionais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Desembargadora e Coordenadora do Grupo de Trabalho de Ações de Planejamento, Organização e Gestão Estratégica das Execuções Fiscais do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo (TJES).*

Judiciário extremamente custoso, chegando a gastar, em relação ao PIB, quase quatro vezes o que países como Chile, Venezuela, Espanha ou Argentina gastam³. Esse alto custo do Poder Judiciário implica, principalmente, a impossibilidade de utilização desses recursos para outras áreas em que investimentos públicos são necessários, como a infraestrutura, os direitos sociais e a segurança pública, por exemplo.

O presente artigo se guia pela pergunta: qual o papel do Juiz de Direito em meio a esse cenário de ineficiência no gasto dos recursos públicos com o Poder Judiciário? Para isso, delimitou-se como objeto de estudo o caso das execuções fiscais, que representam um dos maiores desafios para o Poder Judiciário, tendo em vista se tratar de um caso de demandas repetitivas, com altas taxas de congestionamento, onde se observa a enorme dificuldade do Poder Judiciário em compor as lides advindas do crédito tributário, muitas vezes com um custo de tramitação mais elevado que o próprio valor que se pretende arrecadar.

Ainda nesse sentido, selecionou-se dentre as diversas causas que geram o fenômeno da ineficácia do processo de execução fiscal, a ideia de um contraponto à figura tradicional do magistrado, que deve ser alterada para postura “participativa”, que, tal qual estudada em outras situações⁴, representa aquela forma de atuação do juiz que dialoga, tanto extra-autos quanto para além do âmbito da unidade judiciária, com a sociedade e demais instituições.

3 Estudo realizado por Luciano Da Ros, cientista político da UFRGS. Para mais informações, vide: DA ROS, Luciano. O custo da justiça no Brasil: uma análise comparativa exploratória. In.: *The observatory of Social and Political Elites of Brazil*. v. 2, n. 9, junho, 2015.

4 LARANJA, Anselmo Laghi. Jurisdição da infância e juventude: o juiz participativo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 406, p. 4-32, nov./dez, 2009. Ver também: SIMÕES, Janete Vargas. O papel dos Juizados Especiais Cíveis no Estado do Espírito Santo e a eficácia da prestação jurisdicional, 2006, Dissertação (Mestrado em Direito e Garantias Constitucionais) – Faculdade de Direito de Vitória – FDV, Vitória, 2006.

2 E QUANDO O PROBLEMA NÃO ESTÁ NA QUANTIDADE?

Ao se falar em demandas repetitivas, o imaginário remete a inúmeras pilhas de autos de cor azul, amarela, verde e rosa, etc., que abarrotam o Poder Judiciário com lides que nem sempre encontrariam ali o melhor fórum para discussão. Essa avalanche alcançou, em 2014, a marca de 99,7 milhões de processos em tramitação em toda a Justiça brasileira (CNJ, 2015, p. 34).

A análise macroscópica do Poder Judiciário não permite, no entanto, acreditar que esses quase 100 milhões de processos possam ser resolvidos a partir dos mesmos instrumentos de desobstrução de gargalos, independente da natureza dessas ações. Pelo contrário, a análise de como esses processos transitam pelo Poder Judiciário demonstra que eles possuem especificidades próprias, de acordo com a natureza da ação.

Para se exemplificar, pode-se utilizar os dados levantados pelo Relatório da Série “Justiça em Números”, publicado pelo CNJ no ano de 2014. Segundo esse documento, no ano de 2013, 59% do número total dos novos casos ajuizados em primeira instância eram ações de conhecimento, enquanto as execuções representavam 22% dos novos casos. Apesar disso, ao se analisar os processos pendentes, ou seja, aqueles que não foram baixados no ano anterior, observou-se que as ações de execução representavam 54% desse total (CNJ, 2014, p. 36). Percebe-se que, enquanto o processo de conhecimento tem como principal fator de impacto a quantidade de feitos que chegam ao Poder Judiciário, nas ações de execução o que mais impacta é a dificuldade de extingui-las.

Assim sendo, tem-se um primeiro exemplo que corrobora com a tese de que as dificuldades que o Poder Judiciário enfrenta no processamento e resolução das lides a ele apresentadas são complexas, ou seja, possuem causas variadas, interdependentes ou não.

Selecionadas, nesse contexto de complexidade, as ações de execução fiscal, observa-se, ainda, que elas são, das ações de demandas repetitivas, o maior desafio do Poder Judiciário, que ainda lida com meios ineficientes de processá-las.

Para demonstrar o tamanho desse desafio, pode-se utilizar a taxa de congestionamento. Esse índice foi definido pelo CNJ a partir de três variáveis

formuladas tal qual na Figura 1. Ele visa a demonstrar a capacidade do Poder Judiciário em processar as demandas e tem como referência os processos pendentes, os novos casos e os processos baixados. O resultado desse cálculo sempre gera uma porcentagem, em que 0% de congestionamento representa o ideal em que todos os processos da vara foram baixados, enquanto 100% de congestionamento representa aquela situação modelo em que nenhum processo da vara foi baixado.

FIGURA 1 – FÓRMULA DA TAXA DE CONGESTIONAMENTO

$$TxC = \frac{1 - (\text{Total de processos judiciais baixados})}{(\text{Total de casos novos} + \text{Total de casos Pendentes})}$$

Fonte: CNJ – Sítio eletrônico (<http://goo.gl/oEwFQ5>)

Para a execução fiscal, esse índice alcançou em 2013 (CNJ, 2014) a marca de 91%, o que foi repetido em 2014 (CNJ, 2015, p. 44). Essa é a maior taxa de congestionamento do Poder Judiciário e significa que, aproximadamente, a cada 10 processos de execução fiscal, apenas um foi baixado. Na série histórica entre 2009 e 2013 (Tabela 1), demonstra-se o impacto que a ineficiência no trato das ações de execução fiscal possui na taxa de congestionamento geral do Poder Judiciário.

TABELA 1 SÉRIE HISTÓRICA DA TAXA DE CONGESTIONAMENTO EM COMPARAÇÃO COM DEMAIS PROCESSOS

Taxa de Congestionamento	Ano 2009	Ano 2010	Ano 2011	Ano 2012	Ano 2013
Execução Fiscal	87%	91%	90%	89%	91%
Demais processos	62%	62%	62%	61%	61%
Total	70%	71%	71%	70%	71%

Fonte: CNJ Justiça em Números 2014

O Relatório da série “Justiça em Números” de 2015 resumiu bem esse impacto ao expor:

“Os processos de execução de título extrajudicial fiscal são os grandes responsáveis pela morosidade dos processos de execução, tendo em vista que representam aproximadamente 75% do total de casos pendentes de execução, com taxa de congestionamento de 91%, sendo que essa taxa se repete tanto em âmbito da Justiça Federal, quanto da Justiça Estadual. Desconsiderando tais processos, a taxa de congestionamento do Poder Judiciário seria reduzida de 71,4% para 62,8% no ano de 2014 (CNJ, 2015, p. 43).”

Existem diversas propostas para a redução da taxa de congestionamento da execução fiscal e desobstrução dos gargalos que o Poder Judiciário possui. Nada obstante, acredita-se que um fator que se tem negligenciado é a figura do “juiz participativo”, conforme demonstrado a seguir.

3 O JUIZ PARTICIPATIVO E O CASO DA 1ª VARA DE EXECUÇÕES FISCAIS DE VITÓRIA

A resolução dos conflitos interpessoais por meio da heteronomia não é algo recente nas sociedades humanas⁵, o que não significa que a forma de atuação dos juízes foi sempre a mesma. Sugere-se dividir as modalidades de atuação dos magistrados em três categorias: (i) juiz tradicional; (ii) juiz gestor; (iii) juiz participativo.

Chama-se, nesse artigo, por juiz tradicional aquele magistrado que se enquadra tanto numa perspectiva autonomista do processo⁶ quanto que

5 Para fins históricos, o Livro do Êxodo demonstra como, já naquele tempo, havia a preocupação de se estruturar um sistema judiciário, mesmo que rudimentar. Essa passagem descreve, inclusive, regras de competência entre os “órgãos” desse sistema (BIBLIA, Êxodo, 18, 17-27)

6 Conforme doutrina clássica, a fase autonomista da metodologia de estudo do direito processual possui uma “visão puramente introspectiva, no exame de seus institutos, de suas categorias e conceitos fundamentais; e visto o processo costumeiramente como mero instrumento técnico predisposto à realização da ordem jurídica material” (CITRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2002, p. 42).

se apega à crença dos dogmas positivistas⁷ iniciados no século XIX. Dessa fusão, o jurista tradicional considera que a lei é a expressão máxima e pronta da ordem jurídica. Por isso, cabe a ele apenas executar os comandos dela advindos, sem questionar as conotações deontológicas ou os resultados práticos que sua atuação causa na vida das pessoas.

Por juiz gestor entende-se o modelo de magistrado que, inserido nas transformações hermenêuticas e filosóficas trazidas pelo texto constitucional de 1988, passa a considerar o direito de acesso à justiça como um legítimo direito fundamental, bem como princípio hermenêutico para interpretação do processo, que deve ser apto à entrega do direito reclamado. No entanto, ele se limita ao cumprimento das normas estabelecidas pelo ordenamento jurídico para sua atuação enquanto agente investido de jurisdição e gestor de uma unidade judicial. Nesse modelo de jurisdição e gestão, se reconhece as conotações deontológicas da lei, bem como se preocupa com prazos e metas a serem alcançados para um Poder Judiciário eficiente, mas essa atuação está limitada à sua unidade judicial.

O terceiro e último modelo corresponde ao juiz participativo⁸. Nesse modelo, agregam-se às transformações conquistadas pelo gestor a consciência do impacto que sua jurisdição possui na organização social. Assim, o juiz participativo é aquele que assume a postura de “interagir com a sociedade, fazendo com que a jurisdição avance para um nível mais elevado, de intensa participação do magistrado, que deve conhecer os principais anseios da comunidade em que está inserido” (LARANJA, 2009, p. 7). Para realizar isso, o ‘juiz participativo’ não atua apenas na unidade judiciária sob sua gestão, mas intercambia necessidades, pedidos e reflexões entre os diversos entes públicos e privados, cujas atuações afetam sua jurisdição.

7 A partir do século XIX, o então “positivo legal” se estabelece e, com ele, os pressupostos de “autodelimitação da Ciência do Direito ao estudo da lei positiva e o estabelecimento da tese da ‘estatalidade do direito’” (FERRAZ JÚNIOR, 2014, p. 35).

8 Para outros detalhes sobre a figura do juiz participativo e como esse modelo de atuação se relaciona com outras áreas do fenômeno jurídico, vide LARANJA, Anselmo Laghi. Jurisdição da infância e juventude: o juiz participativo. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 406, p. 4-32, nov./dez, 2009.

Enquanto agente participante da construção de um ordenamento jurídico adequado, esse modelo de magistrado pode, inclusive, utilizar da criatividade para propor soluções estruturais, institucionais ou legais, tudo voltado para melhor efetividade da tutela jurisdicional.

Tendo isso em vista, cabe ressaltar que o “juiz participativo” se difere do fenômeno de ativismo judicial, em que a jurisdição atua como se legislador fosse. Pelo contrário, é em decorrência do reconhecimento que a atividade jurisdicional do magistrado está vinculada aos limites semânticos e hermenêuticos da norma jurídica que faz surgir a necessidade de uma atuação mais forte do magistrado com os Poderes Executivo e Legislativo, a fim de um aperfeiçoamento do sistema jurídico, sem a violação ao princípio da separação dos poderes e sem abdicar da ideia de imparcialidade no julgamento do caso concreto da atividade jurisdicional tradicional. Portanto, o ‘juiz participativo’ incentiva e fortalece a harmonia entre as três esferas de poder da República, a fim que se possa encontrar soluções concretas para os entraves do Poder Judiciário. O juiz, enquanto operador cotidiano do processo, encontra-se em posição privilegiada de observação dessas deficiências e pode, com participação ativa nos debates, propor mudanças e fazer sugestões para o aperfeiçoamento do sistema judiciário.

Para ilustrar a figura do juiz participativo, pode-se utilizar o exemplo da 1ª Vara de Execuções Fiscais Municipais de Vitória⁹ (ES).

No período entre setembro de 2013 e março de 2014, a taxa de congestionamento da Vara era de 94%. Isso significava que, a cada 100 processos, apenas 6 eram baixados. Esse índice é maior que os 91% da média de congestionamento da execução fiscal para todo o Poder Judiciário. Além disso, a Vara possuía um acervo de aproximadamente 24 mil processos, o que fazia dela a Vara com o maior acervo do Estado do Espírito Santo (ABDO FILHO, online, 2015).

9 No ano de 2014, a organização judiciária do Estado do Espírito Santo foi alterada pela Lei Estadual n. 788/2014. Uma das consequências dessa mudança foi a alteração do nome da “12ª Vara Cível” para “1ª Vara de Fazenda Pública Privativa de Execuções Fiscais Municipais de Vitória”. No decorrer deste texto, foi utilizada a denominação abreviada “1ª Vara de Execuções Fiscais Municipais de Vitória”.

Essa situação seria irreparável se se objetivasse apenas cumprir as metas de produção exigidas aos magistrados, até porque, a estrutura da Vara e o próprio trâmite do processo de execução fiscal não tornaria o cumprimento dessas metas possíveis. Foi necessário pensar como enfrentar estruturalmente esses problemas e conseguir também apoio de outros entes públicos.

O primeiro passo foi aproveitar as análises macroscópicas produzidas pelo CNJ para avaliar gargalos no trâmite processual dos tribunais brasileiros. A partir desses dados, foi possível traçar um plano estratégico de enfrentamento das demandas de execução fiscal. Aproveitando-se das características do juiz gestor, foi apoiada e incentivada a digitalização da Vara, pelo Tribunal de Justiça do Espírito Santo e, pelo Município de Vitória, a implementação do Refis. O primeiro garantiu uma nova estrutura, mais rápida e eficiente para o processamento das ações. O segundo permitiu que uma série de processos fossem arquivados por conta do parcelamento ou por conta da quitação das dívidas.

O juiz da 1ª Vara de Execuções Fiscais de Vitória, e coautor desse artigo, fortaleceu sua atuação perante os demais órgãos do Município de Vitória, seja por meio de ofícios e reuniões com o representante do Poder Executivo, bem como a presença na sessão na Câmara Municipal de Vitória quando da votação de Projetos de Lei que visavam à desjudicialização da cobrança da dívida ativa no Município.

Além disso, a partir de uma postura participativa, o Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo instituiu o *Grupo de Trabalho para Estabelecer a Política de Conciliação de Processos Envolvendo Execuções Fiscais no Estado do Espírito Santo*¹⁰, coordenado pela Desembargadora, e coautora deste artigo, Janete Vargas Simões, que iniciou um profundo diálogo interinstitucional no estado, a fim de enfrentar estruturalmente o problema da execução fiscal.

Um dos grandes frutos dessa postura “participativa” foi a Deliberação Conjunta emitida pelo Tribunal de Justiça, o Tribunal de Contas e o Ministério Público Especial de Contas, todos do Estado do Espírito

10 Grupo criado por meio do Ato Normativo n. 212/2015 (TJES, 2015).

Santo (TJES; TCES; MPECES, 2015). Esse ato criou a sinergia necessária para incentivar os municípios espírito-santenses a adotarem medidas mais efetivas que a judicialização na cobrança da dívida ativa, em especial, a normatização da cobrança administrativa, como àquelas relativas ao protesto da CDA ou ao registro dos devedores em entidades que prestem serviços de proteção ao crédito, por exemplo.

Essas ações geraram resultados extremamente satisfatórios para o nível de produtividade da Vara, que caiu de 94% de taxa de congestionamento para 65%, bem abaixo da taxa de congestionamento da Execução Fiscal nacional (91%). Além disso, o acervo de processos entre janeiro de 2013 e agosto de 2015 foi reduzido de aproximadamente 24 mil processos para 15 mil.

Os bons resultados alcançados na Vara municipal fortaleceram e retroalimentaram a atuação do Grupo de Trabalho, que incentivou a reprodução das medidas de sucesso para outros municípios do estado por meio de medidas de conscientização dos gestores em relação à importância da desjudicialização e dos cidadãos em relação à importância do adimplemento do débito fiscal. Um compilado das atividades do grupo apenas no final do ano de 2015 podem ser observadas na Tabela 2.

Por fim, a partir do enfrentamento estrutural das ações de execução fiscal em âmbito estadual, pode-se notar que determinados gargalos na cobrança administrativa do crédito fiscal demandavam alterações do sistema tributário, o que motivou um diálogo interinstitucional com o Poder Legislativo em âmbito federal. Assim, no dia 16 de novembro de 2015, o Grupo de Trabalho apresentou ao senador Ricardo Ferraço a minuta do que seria o Projeto de Lei do Senado n. 755 de 2015 (BRASIL, 2015, p. 12), visando a tornar o protesto de Certidão de Dívida Ativa causa de interrupção do prazo prescricional para a propositura da ação de execução fiscal. Acredita-se que essa medida, convertida em Lei mediante singela alteração do artigo 174 do Código Tributário Nacional, terá forte impacto no processo gradativo de desjudicialização da cobrança da dívida fiscal, em benefício de um Poder Judiciário muito mais descongestionado e, de fato, mais acessível e efetivo na prestação jurisdicional ao cidadão.

4 CONCLUSÃO

TABELA 2 – HISTÓRICO DE EVENTOS DO GRUPO DE TRABALHO DE EXECUÇÃO FISCAL

Data	Evento
23 de setembro de 2015	Publicação do Ato Normativo n. 212/2015, editado pela Egrégia Presidência do Tribunal de Justiça, instituindo o Grupo de Trabalho de Ações de Planejamento, Organização e Gestão Estratégica das Execuções Fiscais.
25 de setembro de 2015	Evento no Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo – Deliberação Conjunta.
1º de outubro de 2015	1ª Reunião do GT.
05 de outubro de 2015	2ª Reunião do GT.
15 de outubro de 2015	3ª Reunião do GT.
19 de outubro de 2015	1º Encontro do GT.
21 de outubro de 2015	TJES e Associação dos Municípios do Estado Espírito Santo dialogam acerca da implementação das medidas de redução das ações de execução fiscal.
23 de outubro de 2015	Juízes debatem redução de ações de execução fiscal com prefeitos e com o governador do estado.
26 de outubro de 2015	Reunião com o prefeito do município de Cariacica.
03 de novembro de 2015	Lançamento do Protesto Eletrônico de Certidões de Dívida Ativa implementado pelo município de Cachoeiro de Itapemirim.
12 de novembro de 2015	Reportagem publicada no jornal A Gazeta: “Mutirão para quitar o débito”.
16 de novembro de 2015	2º Encontro do GT: Proposta de projeto de lei é entregue ao senador Ricardo Ferraço.
23 a 27 de novembro de 2015	Mutirão realizado pelo TJES em parceria com o município de Vitória.

A análise macroscópica, formada pelas pesquisas do CNJ, traz importante aspecto de diagnóstico da realidade da situação do Judiciário brasileiro, bem como sustenta o início de um processo de intervenção institucional para adequação da estrutura organizacional do Poder Judiciário para a maior efetividade da satisfação do crédito tributário. No entanto, a execução fiscal e, em especial, o exemplo apresentado da 1ª Vara de Execuções Fiscais Municipais de Vitória, demonstram a importância do juiz enquanto agente participante da dinâmica social que, por vivenciar o cotidiano das varas de execuções fiscais, é o agente que possui uma das melhores condições de mover um processo descentralizado e de reformas no modo de enfrentar o desafio das demandas repetitivas advindas de execução fiscal.

O tratamento individual de processos, quando diz respeito a casos repetitivos, precisa ser repensado pelos magistrados, pois do contrário não conseguirão cumprir a função jurisdicional, com a efetividade ditada pela Constituição.

O juiz moderno não pode mais se limitar a exercer apenas o papel de julgador, impondo-se que seja amadurecida a ideia de gestor e, além disso, de agente “participativo” da dinâmica social por acesso à justiça, o que faz com que seja preciso que ele abra os olhos para a necessidade de dialogar com os Poderes Executivo e Legislativo e a sociedade organizada na busca de alternativas para o bom cumprimento da jurisdição.

Atento a essas necessidades, o magistrado titular da 1ª Vara de Fazenda Pública Privativa de Execuções Fiscais Municipais de Vitória lançou mão de várias medidas “participativas” com o propósito de modificar a situação de congestionamento da unidade judiciária, com o que foram colhidos importantes frutos.

A desjudicialização da cobrança dos créditos públicos por intermédio do protesto de CDAs e da dispensa de ajuizamento de ações de execuções fiscais de pequenos valores, com a transferência de parte das atribuições do Poder Judiciário para Serventias Extrajudiciais, têm contribuído sobremaneira para o descongestionamento da 1ª Vara de Fazenda Pública

Privativa de Execuções Fiscais Municipais de Vitória, que, desde a tomada dessas medidas, tem obtido sucesso no tocante à diminuição do número de feitos em tramitação e à redução da propositura de novas demandas. Esse trabalho foi reproduzido e, como fruto de intenso apoio do Tribunal de Contas e do Ministério Público de Contas, intensificou-se o debate com os Poderes Executivos Estadual e Municipais, bem como com as inúmeras Casas Legislativas, dando-se início a um tempo de maior eficiência no trato dessa “demanda repetitiva”.

Nada disso teria sido possível sem que fossem feitas interlocuções com outros poderes, entidades e instituições, o que mostra ser mesmo imperativo que o juiz repense o papel que lhe cabe desempenhar como representante do Estado no exercício da função jurisdicional e adote a postura necessária de um “Juiz Participativo”.

REFERÊNCIAS

- ABDO FILHO. Um juiz tem 24 mil processos. **Gazeta Online**. Vitória. 11. out. 2013. Disponível em: http://gazetaonline.globo.com/_conteudo/2013/10/noticias/dinheiro/1464070-um-juiz-tem-24-mil-processos.html. Acessado em: 10 set. 2015.
- BÍBLIA. A. T. Gênesis. In.: Bíblia. Português. **Bíblia Sagrada**. Barueri, SP, Sociedade Bíblica do Brasil, 2013.
- BÍBLIA. Português. **Bíblia sagrada**. Tradução de Padre Antônio Pereira de Figueiredo. Rio de Janeiro: Encyclopaedia Britannica, 1980.
- BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado n. 755/2005. Altera a Lei n. 5.172/66 – Código Tributário Nacional – para tornar o protesto de Certidão de Dívida Ativa, causa de interrupção do prazo prescricional para a ação de execução fiscal. **Diário do Senado Federal**, n. 191, 26 nov. 2015.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2014**: ano-base 2013. Brasília: CNJ, 2014.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2015**: ano-base 2014. Brasília: CNJ, 2015.

DA ROS, Luciano. O custo da justiça no Brasil: uma análise comparativa exploratória. In.: **The observatory of Social and Political Elites of Brazil**. v. 2, n. 9, junho, 2015.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

LARANJA, Anselmo Laghi. Jurisdição da infância e juventude: o juiz participativo. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 406, p. 4-32, nov./dez, 2009.

SIMÕES, Janete Vargas. **O papel dos Juizados Especiais Cíveis no Estado do Espírito Santo e a eficácia da prestação jurisdicional**, 2006, Dissertação (Mestrado em Direito e Garantias Constitucionais) – Faculdade de Direito de Vitória – FDV, Vitória, 2006.

TJES. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Ato normativo n. 212/20115. Institui o Grupo de Trabalho para estabelecer a Política de Conciliação de processos envolvendo Execuções Fiscais no Estado do Espírito Santo. **E-diário**, ed. 5019, 23 set. 2015.

TJES; TCES; MPECES. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo. Ministério Público Especial de Contas do Estado do Espírito Santo. **Deliberação conjunta**. **E-diário**, ed. 5086, 02 out. 2015.

III CAPÍTULO

SISTEMA BRASILEIRO DE PRECEDENTES

DO EFEITO VINCULANTE À FORÇA OBRIGATÓRIA DOS PRECEDENTES

Vânia Hack de Almeida¹

Resumo: O efeito vinculante surge no controle concentrado de constitucionalidade e passa para o controle difuso através de uma série de instrumentos que vão sendo desenvolvidos pelas vias jurisprudencial e legislativa, culminando com a súmula vinculante. A força obrigatória dos precedentes tem origem no sistema de repercussão geral do recurso extraordinário e hoje, com o Novo CPC, é estendido aos precedentes judiciais indistintamente.

I INTRODUÇÃO

O presente artigo procura dar uma visão global a respeito dos mecanismos de vinculação às decisões judiciais, apontando o surgimento, o desenvolvimento e a atual chegada desses instrumentos ao Novo Código de Processo Civil.

O objetivo é demonstrar a evolução do efeito vinculante para fins de uma maior compreensão da matéria, porquanto é na história que se desvendam as finalidades precípuas de um dado instituto jurídico e com isso, permite-se sua interpretação e aplicação efetiva e racional.

O texto examina o surgimento do efeito vinculante no controle concentrado de constitucionalidade, o seu desenvolvimento lento e gradativo no controle difuso, até a vinculação dos precedentes judiciais.

Procura-se, a final, demonstrar que efeito vinculante e força obrigatória dos precedentes são duas denominações para a mesma realidade, porquanto ambos possuem como garantia a reclamação.

Efeito Vinculante: cumpre anotar, em um primeiro momento, que o efeito vinculante no sistema jurídico brasileiro, surgiu no controle de constitucionalidade. No controle concentrado através da ação declaratória de

¹ Desembargadora Federal do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

constitucionalidade e no controle difuso através do que se denominou processo de abstrativização do controle concreto, que nada mais é do que a tentativa de atribuir às decisões, eficácia contra todos.

Dessa forma, o desenvolvimento do tema será feito seccionando-se o controle concentrado e o controle difuso.

Controle Concentrado de Constitucionalidade: o efeito vinculante surgiu no sistema jurídico brasileiro com a Emenda Constitucional n. 3, em 1993, ao instituir a ação declaratória de constitucionalidade.

Acrescentado naquele momento à Constituição Federal, o parágrafo 2º do 102 dispunha que “As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativa federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo” (O texto foi posteriormente alterado pela EC 45).

O efeito vinculante traz consigo a possibilidade de o interessado manifestar, junto ao Supremo Tribunal Federal, reclamação contra decisões proferidas por órgãos jurisdicionais ou entes administrativos, contrárias à decisão dotada de efeito vinculante, proferida pelo Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, I).

Quando examinou a matéria, na Questão de Ordem que se travou na ADC n. 1, o Supremo Tribunal Federal manifestou o entendimento de que o efeito vinculante “redunda em novas consequências de ordem processual: a inobservância da sentença na ação declaratória de constitucionalidade afronta a autoridade desse julgado e dá ensejo à reclamação...” (Relator Min. Moreira Alves). No mesmo precedente, disse o eminente relator que o efeito vinculante “é um *plus* com relação à ação direta de inconstitucionalidade, graças ao qual se dá ao novo instrumento de controle de constitucionalidade a eficácia necessária para enfrentar o problema....” para, afinal, concluir que

“do efeito vinculante resulta: a) se os demais órgãos do Poder Judiciário, nos casos concretos sob seu julgamento, não respeitarem a decisão prolatada nessa ação, a parte prejudicada poderá valer-se do instituto da reclamação para

o Supremo Tribunal Federal, a fim de que este garanta a autoridade dessa decisão...”

Como se depreende dos trechos acima transcritos, o efeito vinculante, na interpretação que lhe deu o Supremo Tribunal Federal, permite ao interessado fazer valer a decisão através da reclamação.

Transforma-se a reclamação, portanto, em garantia do efeito vinculante.

Em um primeiro momento, quando do julgamento da Questão de Ordem na ADC 1, entendeu nossa Corte Constitucional que o efeito vinculante seria tão-somente atribuído à ação declaratória de constitucionalidade, em face do silêncio do legislador constituinte reformador sobre sua aplicação à ação direta de inconstitucionalidade.

Quando veio a lume a Lei n. 9.868, em 1999, o efeito vinculante foi atribuído à ação direta de inconstitucionalidade, conforme disciplina do art. 28, parágrafo único:

“A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal”.

Este dispositivo fez o Supremo Tribunal Federal rever sua posição anterior quanto à Questão de Ordem na Reclamação n. 1.880, atribuindo efeito vinculante também à ação direta de inconstitucionalidade, nos termos do art. 28, parágrafo único, da Lei n. 9.868/99, considerado constitucional.

O STF ao examinar a matéria na questão de ordem arguida na Reclamação n. 1.880, culminou por entender constitucional o citado dispositivo legal, ou seja, estendendo o efeito vinculante também ADI.

Assim foi ementada a referida decisão:

EMENTA: QUESTÃO DE ORDEM. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. JULGAMENTO DE MÉRITO. PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 28 DA LEI 9868/99: CONSTITUCIONALIDADE. EFICÁCIA VINCULANTE DA DECISÃO. REFLEXOS.

RECLAMAÇÃO. LEGITIMIDADE ATIVA. 1. É constitucional lei ordinária que define como de eficácia vinculante os julgamentos definitivos de mérito proferidos pelo Supremo Tribunal Federal em ação direta de inconstitucionalidade (Lei 9868/99, artigo 28, parágrafo único). 2. Para efeito de controle abstrato de constitucionalidade de lei ou ato normativo, há similitude substancial de objetos nas ações declaratória de constitucionalidade e direta de inconstitucionalidade. Enquanto a primeira destina-se à aferição positiva de constitucionalidade a segunda traz pretensão negativa. Espécies de fiscalização objetiva que, em ambas, traduzem manifestação definitiva do Tribunal quanto à conformação da norma com a Constituição Federal. 3. A eficácia vinculante da ação declaratória de constitucionalidade, fixada pelo § 2º do artigo 102 da Carta da República, não se distingue, em essência, dos efeitos das decisões de mérito proferidas nas ações diretas de inconstitucionalidade. 4. Reclamação. Reconhecimento de legitimidade ativa *ad causam* de todos que comprovem prejuízo oriundo de decisões dos órgãos do Poder Judiciário, bem como da Administração Pública de todos os níveis, contrárias ao julgado do Tribunal. Ampliação do conceito de parte interessada (Lei 8038/90, artigo 13). Reflexos processuais da eficácia vinculante do acórdão a ser preservado. 5. Apreciado o mérito da ADI 1662-SP (DJ de 30.08.01), está o Município legitimado para propor reclamação. Agravo regimental provido. (Rcl 1880 AgR / SP, Relator Min. MAURÍCIO CORRÊA, 07/11/2002)

Em decorrência, a Emenda Constitucional n. 45, consagrando esta posição, alterou a redação do art. 102, § 2º.

Desta forma, o efeito vinculante, hoje por disposição constitucional, é produzido tanto pela ADC como ADI.

Controle Difuso de Constitucionalidade: no direito brasileiro, este controle surge na Constituição de 1891, sob a influência do *judicial review* desenvolvido no direito norte-americano. Importado para o direito brasileiro, o instituto apresentou, de logo, a possibilidade de decisões conflitantes e contraditórias, além de ensejar infinitas demandas, já que os efeitos eram restritos ao caso concreto. A vinculação brasileira ao sistema *civil law* não permitia a adoção do *stare decisis* característico do sistema da *common law*.

Posteriormente, sob a égide da Carta de 1934 foi atribuído ao Senado Federal competência para suspender a execução de norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, produzindo o ato par-

lamentar (Resolução) efeito *erga omnes*. A mesma possibilidade persiste na Constituição de 1988 (art. 52, X).

Aponta-se, também, como um dos primeiros instrumentos de vinculação adotado no direito brasileiro, a reserva de plenário, instituto que tem suas origens na Constituição Federal de 1934, cujo art. 179 veio determinar que “Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus juízes poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do poder público”.

Consagrado no art. 97 da atual Carta, o objetivo precípua da reserva de plenário é a segurança jurídica, por impedir decisões de inconstitucionalidade contraditórias entre tribunais. Por isso, todos os órgãos e membros do colegiado ficam vinculados à decisão proferida pelo órgão plenário ou especial.

Após 1988 e o surgimento de demandas de massa, ou seja, temas infinitas vezes reproduzidos em ações individuais, suscitando juridicidade de atos governamentais, agrava-se o problema das decisões conflitantes.

Começam a surgir, a partir daí, mecanismos de transformação do controle concreto, na tentativa de atenuar tais dificuldades.

No âmbito dos Juizados Especiais Federais (Lei n. 10.259/01), o recurso extraordinário passa a admitir medidas de natureza cautelar para sobrestar o processamento de outros recursos extraordinários que versem sobre o mesmo tema. A decisão do Supremo Tribunal Federal será vinculante (art. 14, §§ 4º e 9º).

À época, já apontava o Ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal, que o recurso extraordinário “deixa de ter um caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva.”

Em seguida, aproveitando-se da novidade legislativa acima referida, a Corte Suprema, alterando seu Regimento Interno, passa a admitir a suspensão de recursos extraordinários oriundos dos Juizados Especiais, com sobrestamento na origem (art. 321 do RI do STF).

Mesmo com a referência expressa aos Juizados Especiais, em algumas situações o Supremo Tribunal Federal passou a deferir medidas liminares determinando o sobrestamento dos recursos extraordinários nos quais

se discutam determinadas matérias, fora do âmbito dos Juizados (AC 272-RJ, Rel. Min. Ellen Gracie; MC no RE 519394-2, Rel. Min. Gilmar Mendes).

Na sequência, o Código de Processo Civil sofre alterações, tentando impedir a repetição de controvérsias já conhecidas.

Para tal, o art. 285-A dispôs:

“Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada” (Lei n. 11.277/96).

Já o art. 518, § 1º, disciplinou:

“O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.” (Lei n. 11.277)

Por fim, o art. 557:

“O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior.

§1º A. Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso” (Lei n. 9.756/98).

Promulgada a Emenda Constitucional n. 45, denominada reforma do Poder Judiciário, surge no cenário constitucional a Súmula Vinculante.

Foi inserido no Texto Constitucional o art. 103-A, que institui a súmula vinculante, a ser editada pelo Supremo Tribunal Federal após reiteradas decisões sobre matéria constitucional e produzirá tal efeito.

Para ser editada, a Súmula Vinculante pressupõe que a questão tenha sido objeto de reiteradas decisões sobre norma acerca da qual haja controvérsia atual, entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública, de tal monta que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica (art. 103-A, § 1º).

Cumprir referir, por fim, importante discussão travada no Supremo Tribunal Federal, na Reclamação 4335. O Relator, Min. Gilmar Mendes, em decisão inovadora e polêmica, levantou a tese de que

“...a fórmula relativa à suspensão de execução de lei pelo Senado há de ter simples efeito de publicidade, ou seja, se o STF, em sede de controle incidental, declarar, definitivamente, que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação àquela Casa legislativa, para que publique a decisão no Diário do Congresso”.

Em outras palavras, com a evolução dos mecanismos de objetivação do controle difuso de constitucionalidade, o Min. Gilmar Mendes chega a afirmar que a decisão do Supremo Tribunal em Recurso Extraordinário ou outra ação de caráter individual e subjetivo, produzirá, por si só, eficácia contra todos.

É a consagração da tese da objetivação ou abstrativização do controle difuso.

Força Obrigatória dos Precedentes: tem origem na Emenda Constitucional n. 45/2004.

A reforma do Poder Judiciário trouxe a exigência da Repercussão Geral para a admissibilidade do Recurso Extraordinário.

A Lei n. 11.418/06, que regulamentou o novo sistema, alterou o Código de Processo Civil, mantendo sobrestados na origem o recurso extraordinário em que se postulam matéria com controvérsia similar, enquanto a Corte julga apenas um ou alguns, representativos da controvérsia.

Embora a decisão no Recurso Extraordinário não produza efeito vinculante, várias decisões no mesmo sentido geraram a edição de Súmula Vinculante.

A seguir, o Recurso Especial ganha prerrogativa semelhante, com a regulamentação dos Recursos Repetitivos.

A Lei n. 11.672/08, inspirada no sistema da Repercussão Geral, evita o julgamento isolado de processos considerados repetitivos.

O Novo Código de Processo Civil que entrou em vigor em 08 de março de 2016 e trouxe o novel instituto do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR, admissível quando presente o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, além da efetiva ou potencial repetição de processos que controvertam sobre a mesma questão. (art. 976)

Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada a todos os processos que versem idêntica questão e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal. (art. 985)

Quando apreciada a matéria em Recurso Especial ou Recurso Extraordinário, a tese jurídica firmada será aplicada em todo o território nacional (art. 987).

Por outro lado, é de suma importância, também nessa hipótese, a possibilidade de o interessado ajuizar reclamação pelo efeito daí resultante na prática, a saber, o efeito vinculante (art. 988).

Ou seja, o precedente judicial ganha uma força obrigatória, torna-se cogente, produzindo os mesmos efeitos vinculantes da súmula.

2 CONCLUSÃO

Assistimos a um processo de redemocratização, que culminou com a promulgação da Carta de 1988.

Dentre os problemas enfrentados pelo sistema jurisdicional brasileiro, aponta-se o da repetição de processos que debatem o mesmo tema, redundando em uma controvérsia em milhões de processos.

A nova consciência de cidadania, somada a um Judiciário fortalecido e independente, levou aos foros a inconformidade dos cidadãos contra atos governamentais abusivos.

Por vezes milhões de processos discutindo a respeito de uma mesma matéria, como, por exemplo, empréstimos compulsórios, tributos inconsti-

tucionais, reajuste de prestações da casa própria junto ao Sistema Financeiro Habitacional, índice de reajuste de benefícios previdenciários, índice de reajuste do FGTS, dentre outros tantos, chegavam aos tribunais superiores.

Às ações individuais correspondem decisões individuais, por vezes díspares, revelando pontos sensíveis dos sistema, sobretudo a isonomia e a segurança jurídica.

O controle concreto de constitucionalidade não conseguia resolver a contento essa excessiva demanda, mesmo já contando com alguns instrumentos objetivos, como a possibilidade de o Senado suspender a execução da norma declarada inconstitucional e a reserva de plenário.

Surge uma aproximação do controle difuso com o controle concentrado, que empresta ao difuso alguns mecanismos, sobressaindo o efeito vinculante.

Merece transcrição observação feita pelo Min. Sepúlveda Pertence, em seu voto quando do julgamento da ADC n. 4, onde identificava que

“Vivemos um sistema singular em que, ao cabo de um longo processo de acomodação, decoplagem, terminamos com a convivência integral dos dois sistemas clássicos de controle de constitucionalidade. Eles se aproximam no mundo inteiro, como notou Cappeletti, mas sempre com a predominância de um deles. O Brasil, no entanto, importou com a República, o sistema difuso americano, enfraquecido, porém, entre nós, pela ausência do *stare decisis*, e foi, talvez por isso, pouco a pouco, fazendo concessões ao sistema austríaco até que, em 1965, de repente – à base com uma fundamentação desprezível ligada ao descongestionamento do Supremo Tribunal Federal – se completou esse acoplamento e passaram a conviver os dois sistemas na sua integralidade. A partir daí, é claro, cabe a este Tribunal construir um sistema de convivência, de harmonização desses dois sistemas, no qual é fatal, dada a eficácia universal do controle abstrato, que este venha a predominar sobre o controle difuso, paralisando-o ou mesmo extinguindo-o em cada caso, seja por força da decisão liminar da ação direta – praticada entre nós com dimensões que nenhum outro ordenamento conhece – seja por força da decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.

A evolução normativa e jurisprudencial acima relatada demonstra que a inserção do efeito vinculante nas decisões judiciais, de todas as ordens e instâncias, é fruto da realidade e de suas vicissitudes.

Já foi dito que é papel de um Tribunal Constitucional “velar por uma prática jurisdicional uniforme.” (Rui Medeiros, A Decisão de Inconstitucionalidade. Universidade Católica Editora, Lisboa, 1999, p. 98)

É na tentativa de resolver o problema da sobrecarga de processos em todas as instâncias jurisdicionais, bem como a instabilidade por ele gerada, que se busca, pela valoração dos precedentes, atingir a um determinado grau de celeridade e segurança jurídica.

De outro lado, impende referir, ao cuidar-se do desenvolvimento do efeito vinculante, a resistência que o instituto sofreu.

Várias críticas foram apontadas. Obstáculo à criatividade judicial, à inovação do direito, petrificação da jurisprudência, dentre outras.

A principal crítica foi dirigida a suposta restrição sofrida pela independência do Poder Judiciário, predicamento constitucional.

No próprio Poder Judiciário houve (e ainda há) dificuldade em sua aceitação.

Diversas teses buscam justificar a forte resistência à eficácia vinculante.

Apona-se a filiação do sistema jurídico brasileiro ao *civil law*, onde só a lei (em sentido amplo) é fonte de direito.

De outro lado, há um importante dado histórico e político institucional. O país viveu um longo período sob regime militar, onde o Judiciário perdeu parte de suas atribuições constitucionais e legais.

Após a chamada abertura, não se permite qualquer mácula a uma total e irrestrita independência, que se mostrou imediata em decisões de grande significado, seja em temas referentes à constitucionalidade de atos estatais, seja no que tange a políticas públicas, dentre outros.

Esses fatos explicam, embora não justifiquem, a firme convicção de órgãos jurisdicionais, recusando-se a observar decisões de tribunais superiores se diversa da convicção pessoal de seus membros, mesmo sabendo que, após muito tempo gasto no percurso lento de inúmeras fases recursais,

a decisão seria reformada.

Parte da magistratura resiste à aplicação irrestrita da súmula vinculante, por entender que isso importa em redução de sua jurisdição. Em sua visão, o poder soberano de julgar se apequena frente à compulsoriedade de decidir em conformidade com precedentes.

Em consequência, a aceitação de um sistema onde os precedentes produzam eficácia obrigatória, de natureza normativa, é um processo muito vagaroso, composto de lentos e progressivos, passos. É o que se assiste atualmente.

SISTEMA BRASILEIRO DE PRECEDENTES: UMA PROMESSA NÃO CUMPRIDA DE REDUÇÃO DA LITIGIOSIDADE?

Clara da Mota Santos Pimenta Alves¹

Resumo: Os instrumentos de vinculação brasileiros não vêm cumprindo a promessa de redução da litigiosidade, pois, desde a reforma constitucional do ano de 2004, continuam agindo no topo do sistema judicial, sem influir no grande ajuizamento anual de novos processos. O novo Código de Processo Civil segue pela mesma linha de atuação até agora pouco efetiva. O presente artigo investiga possibilidades de contenção desse avanço exponencial de feitos, através de nova significação do acesso à justiça.

Palavras-chave: Acesso à justiça. Litigiosidade. Demandas repetitivas.

1 INTRODUÇÃO

A emenda constitucional n. 45, que buscou reformar o Poder Judiciário no ano de 2004, fez uma clara aposta na construção de um sistema de precedentes e vinculação de decisões judiciais como forma de descongestionar os tribunais brasileiros. A intenção foi explícita, constando nos pareceres da tramitação legislativa a ideia de que a súmula vinculante, a repercussão geral no recurso extraordinário, dentre outros mecanismos, seriam a solução para o caos então instalado nas Cortes².

Entretanto, mais de dez anos depois, o nosso Poder Judiciário chega ao quantitativo de 71,2 milhões de processos pendentes no ano de 2014,

¹ Juíza Titular da 2ª Relatoria da Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais de Mato Grosso em auxílio na Vara Única as Subseção Judiciária de Ilhéus – BA.

² Cf. parecer de n. 538 da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado, de 2002, disponível em: www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=44577, acesso em 17.9.2012.

aos quais se acrescentaram os 28,9 milhões de casos novos ajuizados todo ano³. Não existem sinais de que o crescimento exponencial vá estancar, embora haja cada vez mais instrumentos de suposta vinculação e o incentivo à conciliação judicial e extrajudicial só tenha aumentado.

A entrada em vigor da Lei n. 13.105/15 (Novo Código de Processo Civil) renova as tentativas e a colocação de energias na busca pela mesma solução que nos trouxe poucos resultados até agora. O novo diploma aposta na instituição de uma cultura de precedentes no Brasil, embora mantenha praticamente íntegro o sistema recursal existente e não apresente uma visão diferenciada sobre o acesso à justiça.

Até o momento, o sistema de recursos repetitivos e repercussão geral não impactou o ajuizamento de novos processos e não serviu para a pacificação social efetiva, pois a taxa de julgamento pelas Cortes superiores é baixa, apenas se alterando um panorama em que o represamento antes ocorria nos tribunais superiores e agora ocorre em segundo grau, perante os órgãos julgadores do recurso de apelação⁴.

O novo Código de Processo Civil, por sua vez, utiliza a fórmula de considerar “não fundamentada” a decisão que não aplica precedente firmado com *status* vinculante em tribunal superior e ainda institui a nova figura do incidente de resolução de demandas repetitivas, previsto no art. 976 do NCPC para as situações em que houver “*efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito*” e o “*risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica*”.

Volta à cena o mesmo arsenal dos instrumentos de vinculação já

3 Cf. dados do relatório Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça, ano 2014.

4 Em pesquisa recente, Fábio Portela demonstra o fracasso da repercussão geral como filtro de causas, afinal o STF considerou que 70% das demandas a ele direcionadas têm relevância que transcende o interesse das partes. Além disso, o autor detectou que “há uma grande defasagem entre o número de temas submetidos à repercussão geral e o quantitativo de temas que tiveram seu mérito julgado após o reconhecimento da repercussão. Em média, a cada ano, são submetidos para exame 104,17 temas e apenas 20 temas têm o mérito julgado. [Cf. Fábio Portela, “Quando a busca pela eficiência paralisa o Judiciário”, disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jan-28/fabio-portela-quando-busca-eficiencia-paralisa-poder-judiciario>, Acesso em 20.02.2013].

vigentes, autorizando-se a suspensão de processos em curso, os bancos de teses e a aplicação em massa do que for decidido. A legislação reproduz ainda o velho hábito nacional de instituir prazos que não conseguem se sobrepôr às circunstâncias fáticas, afirmando que o incidente deve ser julgado no lapso temporal de um ano⁵.

Continua, no entanto, sem resposta à pergunta que precisa ser enfrentada: *quem deve estar no sistema de justiça brasileiro e até quando?* O país está disposto a gastar 1,3% do seu PIB com o Poder Judiciário estocando cada vez mais processos, construindo uma justiça que já se posiciona como uma das mais caras do ocidente?^{6 7}

O que proponho com o presente artigo é analisar a ideia de que

5 Art. 980 do NCPC: “O incidente será julgado no prazo de 1 (um) ano e terá preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus”.

6 Luciano Da Ros nos expõe os dados financeiros relativos à justiça brasileira, asseverando que: “o orçamento destinado ao Poder Judiciário brasileiro é muito provavelmente o mais alto por habitante dentre todos países federais do hemisfério ocidental.⁶ Tal despesa é, com efeito, diversas vezes superior à de outros países em diferentes níveis de desenvolvimento, seja em valores proporcionais à renda média, seja em valores absolutos per capita. Considerando as taxas de câmbio correntes à época da coleta de dados, o orçamento anual per capita do Poder Judiciário brasileiro é equivalente a cerca de US\$ 130,32 ou €94,23.⁷ Estes valores são superiores aos de todos os países da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), com exceção apenas dos gastos de tribunais suíços (€122,1) e alemães (€103,5). Por habitante, a despesa do Poder Judiciário brasileiro é muito superior em valores absolutos à de países cuja renda média é claramente superior, como Suécia (€66,7), Holanda (€8,6), Itália (€50), Portugal (€43,2), Inglaterra (€42,2) e Espanha (€27) (CEPEJ 2014, 43). Isto coloca a despesa com o Poder Judiciário no Brasil em nível equiparável ao de países desenvolvidos, sendo inclusive bastante elevado em relação à grande maioria deles”. [Luciano Da Ros, O custo da justiça no Brasil: uma análise comparativa exploratória, disponível em: <http://observatory-elites.org/wp-content/uploads/2012/06/newsletter-Observatorio-v.-2-n.-9.pdf>, acesso em 07.03.2016].

7 Diversos órgãos de imprensa vêm noticiando os custos envolvidos na operação da justiça brasileira. De acordo com notícia do Jornal Valor, “As despesas do Poder Judiciário no Brasil equivalem a 1,3% do Produto Interno Bruto (PIB). Somados a esse percentual o orçamento do Ministério Público, de 0,32% do PIB, e mais 0,2% do custo das defensorias públicas e advocacia pública, o gasto total com o sistema de justiça no país chega a 1,8% do PIB, ou R\$ 121 bilhões. Esse sistema consome 0,2% do PIB na França, 0,3% do PIB na Itália, 0,35% do PIB na Alemanha e 0,37% do PIB em Portugal. O PIB usado para o cálculo é o do Banco Central, de R\$ 5,73 trilhões, em 12 meses até agosto”. [Claudia Safatle, Justiça no Brasil é uma das mais caras do mundo. Jornal Valor Econômico, veiculado em 30.09.2015].

o atual sistema de vinculação instituído é a solução isolada para a profusão de demandas existente e propor como alternativa uma releitura do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição de 1988, dogma no qual não se mexe e em relação ao qual não há programação de política pública, juízo de razoabilidade, comparação internacional ou qualquer medida, por menor que seja, de racionalização. A porta de entrada da justiça foi escancarada, os seus guardiões sumiram, e, infelizmente, a porta de saída é cada vez mais distante.

A construção de uma visão de justiça mais ampla, justiça como desenvolvimento em seus variados matizes, afasta a necessidade de intervenção judicial como fator preponderante no alcance desse valor e autoriza a construção do sistema de justiça como uma das políticas públicas viáveis, não de modo atomizado, individualista, caro e inefetivo socialmente como temos hoje.

Num primeiro segmento, tratarei de algumas críticas ao sistema de precedentes da forma como posto, no seu aspecto de pouca densidade argumentativa, legitimidade democrática e de confiabilidade. Em seguida, abordarei as inovações trazidas pelo Novo Código de Processo Civil para, ao final, tratar da concepção de acesso à justiça que pode ser construída em termos concretos para se qualificar e racionalizar a prestação jurisdicional brasileira.

2 DEFICIÊNCIAS DO SISTEMA BRASILEIRO DE VINCULAÇÃO DE PRECEDENTES

2.1 BAIXO GRAU DE REDUÇÃO DA LITIGIOSIDADE

Até a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, os alicerces do embrionário “*stare decisis*” brasileiro eram a súmula vinculante, a repercussão geral e os recursos repetitivos.

O primeiro problema advindo desse esquema é a constatação de que não houve redução quantitativa na litigiosidade, nem tampouco aceleração de julgamentos nas instâncias superiores, mas apenas uma transferência de represamento para as instâncias de admissibilidade dos recursos especiais e extraordinários, em boa parte porque o Supremo Tribunal Federal tem centralizado o debate, declarando a repercussão geral de aproximada-

mente 70% dos temas afetados⁸.

Os instrumentos de vinculação, além disso, sempre partem da premissa de que a uniformização de uma tese de direito em tribunais superiores basta para liquidar a profusão de processos, o que não encontra eco nas estatísticas judiciais.

Segundo os dados apurados pelo Conselho Nacional de Justiça, de logo, se percebe que processos individuais não necessariamente repetitivos que são as demandas trabalhistas respondem pela maioria esmagadora dos casos novos ajuizados. Eles representam aproximadamente cinco milhões de novos processos por ano.

No âmbito da Justiça Federal, embora o Relatório Justiça em Números (2014) tenha catalogado o assunto mais recorrente como o sendo o das demandas de direito público (direito administrativo, FGTS, etc.), classe que corresponde a 14,26% dos feitos ajuizados, tal se deu em virtude da partição dos processos previdenciários em variadas classes, tais como auxílio-doença (554.799 casos/ano), aposentadoria por invalidez (346.412 casos/ano), aposentadoria por idade (231.698 casos/ano), benefício assistencial (201.074 casos/ano), aposentadoria por tempo de contribuição (121.324 casos/ano), pensão por morte (114.991 casos/ano), salário-maternidade (70.377 casos/ano) e aposentadoria especial (63.847 casos/ano). Somando-se os percentuais, eis que as demandas individuais previdenciárias de concessão de benefício correspondem a 31,87% dos novos processos que entram no Poder Judiciário, ou seja, mais que o dobro da classe que ocupa a primeira posição.

Se o aumento de processos judiciais ano a ano desde 2004 demonstra que as atuais ferramentas de vinculação não refrearam a litigiosidade, esse panorama da tipologia dos casos ajuizados evidencia que a criação de mais um mecanismo como o incidente de resolução de demandas repetitivas do novo Código de Processo Civil pode não ter nenhum impacto relevante no quantitativo de processos novos ajuizados, uma vez que continua a atacar as mesmas causas, sem se voltar para uma análise do que pode ser

8 Fábio Portela, Op. cit., acesso em 20.02.2013.

melhorado para que as demandas não sejam sequer ajuizadas ou para a contenção do acesso à justiça desmedido.

Como numa fase inicial, os instrumentos de vinculação tiveram suas energias voltadas para os tribunais superiores, produzindo efeito que – já salientei – foi mais de paralisação do que de resolução de questões, além de não se ter resolvido a situação de aparente estrangulamento do Poder Judiciário, a estratégia utilizada acabou por dissociar a realidade experimentada pela cúpula daquela existente nos juízos de primeiro grau. Os números mostram que, a despeito de produzir mais e possuir melhores índices, o primeiro grau tem maior taxa de congestionamento. Nas palavras do já citado relatório do CNJ, “apesar de os magistrados e servidores lotados neste grau de jurisdição produzirem mais e de possuírem maior carga de trabalho, tal esforço produtivo não tem sido suficiente para desafogar este grau de jurisdição, pois a taxa de congestionamento permanece em altos patamares (em torno de 75%) desde 2010, sem qualquer tendência de queda ou crescimento”.

Portanto, a súmula vinculante, a repercussão geral e os recursos repetitivos não produziram resultados na redução do volume de processos e na aceleração geral de julgamentos (diminuição de taxa de congestionamento). No entanto, contraditoriamente, mais uma vez as soluções legislativas caminham no sentido de criar mecanismos que não causam impacto no dimensionamento do sistema de justiça.

2.2. BAIXA QUALIDADE ARGUMENTATIVA E POUCO FOMENTO DE SEGURANÇA JURÍDICA

O respeito às decisões judiciais num grau que seja capaz de alterar o quadro de ajuizamento de demandas é algo que depende de mudança de cultura judicial e não de mera imposição normativa. No sistema da *common law* nem sempre houve expressa menção ao *stare decisis* e a política de respeito às decisões judiciais sempre veio acompanhada da máxima atenção aos fatos da causa⁹.

9 Luiz Guilherme Marinoni, *Precedentes Obrigatórios*, 3ª Ed., São Paulo: RT, 2013, p. 252.

A jurisprudência analítica de Austin e Bentham foi o marco da consolidação doutrinária e conceitual do *stare decisis*^{10 11}. A observância dos precedentes é, acima de tudo, um clamor geral por coerência em relação a todo o sistema jurídico¹²¹³. Lá não existe uma obrigatoriedade, um imperativo, discutindo-se os fundamentos pelos quais os juízes se reportam – ainda que para alterá-los – a julgamentos anteriores. Logo, *stare decisis* não significa repetição pura e simples de decisões, mas o dever de considerá-las e superá-las, o que também não se casa com as modalidades de vinculação instituídas a partir de sanções e reclamações voltadas contra as decisões da magistratura em primeiro grau.

Neste cenário, Neil Duxbury conclui que não pode ser sacado um argumento consequencialista, pragmático ou deontológico como única explicação para o fato de os precedentes serem levados em consideração. Ele assenta que o valor de uma doutrina de precedentes está não na sua capacidade de comprometer os julgadores com um determinado curso de ação, mas na sua capacidade simultaneamente de criar “uma amarra e uma válvula para certo grau de discricionariedade. A presunção de que as decisões anteriores devem ser respeitadas não é, pois, um compromisso com a repetição de erros do passado¹⁴.

No Brasil, por outro lado, a vinculação não tem vindo associada a

10 Clara da Mota Santos, *Ativismo judicial e mutação constitucional: uma proposta de reação democrática do controle difuso de constitucionalidade à tese de sua “objetivação”*, disponível em: <http://repositorio.unb.br/handle/10482/13900>, acesso em 28.03.2016.

11 Neil Duxbury, *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge University Press, 2008, p. 37.

12 Segundo Earl Maltz: “Few would argue that the actions of courts are not affected profoundly by the basic political/moral culture in which the court operates. An important tenet of our political/moral culture, however, is that judges should feel strongly constrained by prior cases”. [The nature of precedent, *North Carolina Law Review*, Vol n. 66, 1988].

13 Para Neil Duxbury: “It is worth pointing out immediately that this is not to claim that reasons demanded like cases be treated alike. The requirement was that judgments be consistent with the law as a whole, not with specific earlier decisions”. [Op. Cit., p. 49].

14 *Ibid.*, p. 151.

essa citada mudança de cultura judicial. Primeiro porque não há atenção aos fatos. Em segundo lugar, as decisões tomadas pelos tribunais centrais têm se espalhado para a base do sistema como se fossem as únicas corretas, como se exaurissem a interpretação e fossem totalizantes em relação aos casos julgados. Tanto essa é a vertente em andamento que as decisões constitucionais do Supremo Tribunal Federal (STF) chegam a gerar efeito de ações rescisórias em massa e está sendo fomentada uma perigosa – sobretudo naquilo que tem de pouco discutida e refletida – construção no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ) de acordo com a qual, também em matéria infraconstitucional, a palavra do tribunal é a única aceitável¹⁵.

O que há de grave nessa conjuntura é que os tribunais têm estabelecido a força persuasiva dos precedentes pela simples imposição normativo-estatal, engendrada por emendas constitucionais recentes ou mesmo por legislação infraconstitucional. Não existe nenhuma apreciação ou ponderação em torno da legitimação discursivo-procedimental ou de qualquer vertente teórica de legitimação existente. Em outras palavras: a base do suposto ativismo judicial que aqui se pratica e da vinculação crescente das decisões é única e exclusivamente normativa, sendo mínima a sustentabilidade dessas decisões no campo da argumentação. Como não há apego aos fatos e argumentação ao redor deles, terceiros estranhos aos processos passaram a ter que adotar decisões de cuja confecção não participaram não porque esta tenha sido uma tradição moldada ao longo do tempo na história da jurisdição brasileira e nem porque tais decisões se imponham pelo argumento e pela discussão na esfera pública, mas simplesmente porque elas passaram a ser impositivas, tal como os diplomas legislativos.

A quantidade de precedentes vinculantes que pululam é de tal ordem que o tecido social não consegue absorver o que é ou não decidido, ganhando lugar uma preocupante constatação: se tudo é importante, talvez nada efetivamente o seja. A avassaladora imposição de mecanismos de vinculação de precedentes judiciais no Brasil, prática esta que não fazia parte

15 Voto-vista do Min. Teori Zavascki no REsp.960.523/DF e na AR 3.525/DF.

da nossa cultura constitucional e institucional, não tem sido pautada por um acréscimo de qualidade argumentativa das decisões, nem tampouco – friso novamente – pela construção de um sistema de justiça viável.

A hipótese inicial, que pode ser extraída do cotejo de alguns casos julgados pelos tribunais superiores, é a de que, não raro, o edifício jurisprudencial está sendo erigido sobre bases inconsistentes, de sorte que o convencimento e a respeitabilidade das decisões não estão sendo moldados pelos fundamentos nelas expostos. Decerto, os precedentes judiciais podem ter a sua força vinculante conferida pelo ordenamento, expressa ou implicitamente, porém, se essa vinculação, no fim da sua cadeia sequencial, embasa-se em outros precedentes de pouca ou nenhuma fundamentação, o que se tem é a construção de um sistema jurídico baseado exclusivamente na autoridade dos tribunais, delineando-se um monopólio do discurso jurídico e não a dialeticidade proposta pelas vertentes conceituais atuais.

Pode-se, desde logo, pinçar uma situação para melhor expor a problemática abordada. Ao editar a súmula vinculante n. 11, que proíbe o uso injustificado de algemas, o STF valeu-se de quatro decisões pretéritas (RHC 56465, DJ de 6/10/1978; HC 71195, DJ de 4/8/1995; HC 89429, DJ de 2/2/2007; e HC 91952, DJe n. 241, em 19/12/2008). Contudo, três dos julgados validaram o uso de algemas e não contêm nenhuma fundamentação específica a respeito da questão. Somente na última decisão paradigma partiu-se para o enfrentamento do tema, porém ali não foram firmadas as conclusões cristalizadas na súmula. Não há nenhum registro de prévia decisão que tenha determinado que as autoridades deveriam justificar por escrito o uso de algemas, mas lá está na súmula vinculante esta exigência.

Inúmeros outros casos evidenciam que a raiz de propagados entendimentos jurisprudenciais reside em outros julgamentos que, ao final, não argumentam propriamente os seus pontos de vista. Com isso, ganha corpo um sistema autorreferencial, fechado em suas compreensões unívocas e que retroalimenta novas posições igualmente destituídas de legitimação mais profunda.

Como não poderia deixar de ser, graves consequências advêm do mo-

delo que está sendo arquitetado tanto pelas reformas constitucionais quanto pela prática judicial. Em primeiro plano, percebe-se que a massificação de decisões destituídas de um processo sólido de construção agrava a crise de legitimidade da atividade jurisdicional. Além disto, ao invés de se inclinar para uma postura de concepção do direito processo dialético-cultural, o sistema tem se pautado pelo autoritarismo de decisões que pouco se justificam.

A falta de amarras fáticas é ainda preocupante quando se considera que as Cortes, mesmo com os instrumentos de vinculação, não raro, modificam seus posicionamentos sem utilizar as estritas técnicas de superação de precedentes engendradas no âmbito da *common law*. Veja-se, por exemplo, que a polêmica decisão da Suprema Corte norte-americana no caso do aborto (*Roe v. Wade*) sobreviveu a inúmeras composições. Tal reverência e perenidade ainda não ocorrem no Brasil, tudo a indicar que não estamos avançando no ganho de maior confiabilidade e segurança jurídica pelo só fato de existir a repercussão geral no recurso extraordinário.

Assim, algumas conclusões podem ser retiradas deste tópico: i) a partir do momento em que as decisões passam a vincular amplamente todas as cortes e a administração pública, elas precisam de um *plus* de legitimação e de profunda análise fática, não podendo ser proferidas nas mesmas bases da antiga sistemática; ii) são questionáveis decisões que apenas citam outras anteriores em cadeia e sem fundamentação que seja externa a esta referibilidade contínua; iii) a existência de uma previsão constitucional da força vinculante das decisões, ou seja, a procedimentalização, por si só, confere legitimidade suficiente ao sistema; iv) a carência de fundamentação acaba por traduzir uma concepção do direito que se justifica apenas pela autoridade do órgão prolator; v) o caminho adotado pelo sistema brasileiro é o do monopólio do discurso, com pouco espaço para pluralismo hermenêutico, já que os casos não necessariamente são amadurecidos na primeira instância, quando um processo singular é eleito como paradigma e os demais são paralisados; vi) ainda que tenha incorporado o sistema de vinculação, o direito brasileiro não o fez com acréscimo de segurança jurídica, porquanto os próprios tribunais não apresentam rí-

gidos critérios para a superação de entendimentos.

Outras indagações podem ser levantadas e, sem que haja a pretensão de esgotar um tema de tal magnitude, é preciso situar crítica e analiticamente o momento brasileiro. O nosso atual sistema de precedentes não apenas deixou de transformar o sistema de justiça em algo racional, como ainda não melhorou qualitativamente de modo substancial as decisões, o que seria de se esperar a partir da redução de processos nas Cortes superiores.

3 SISTEMA DE VINCULAÇÃO PREVISTO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O novo Código de Processo Civil, na linha do quanto antecipado, não promove uma virada de mesa no sistema judicial, utilizando-se da técnica de precedentes como solução isolada e dentro da antiga perspectiva segundo a qual a não aplicação adequada de um julgado gera o efeito rebote da reclamação.

A primeira providência do diploma foi a de propor o manejo de embargos pela não aplicação de precedente. Ora, já se mostra comum a interposição de embargos por falta de motivação, embargos estes que, conforme se verifica rotineiramente na jurisprudência, são rejeitados por decisões padrão. O fato isolado de se considerar uma decisão “não fundamentada” não irá propiciar uma necessária alteração de entendimento dos magistrados, a seguir a lógica hoje vigente. Além disso, a ideia do art. 985 do NCPC é a de que a construção de uma tese jurídica no incidente de demandas repetitivas liquida o eventual processo judicial, sem atentar para as seguintes circunstâncias: i) usualmente outras questões são veiculadas nos feitos; ii) o art. 285-A do antigo Código, de um jeito ou de outro, já vinha dando conta deste problema; iii) a reclamação judicial funciona como outra demanda no panorama quantitativo da jurisdição.

Numa rápida apreciação não há, portanto, novel instrumento legal que permita um impacto severo no ajuizamento de demandas, não se podendo extrair dos institutos trazidos consequências muito distintas das hoje existentes.

4 NOVA PERSPECTIVA DE ACESSO À JUSTIÇA

Difícilmente qualquer diploma normativo infraconstitucional vai reduzir a litigiosidade verificada em nosso país sem que seja ressignificada a cláusula do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, segundo a qual toda lesão ou ameaça de lesão pode ser veiculada perante o Poder Judiciário.

Abordei, de início, as estatísticas de demandas gerais que congestionam a justiça, sendo marcante a prevalência das de cunho trabalhista. Quando se enfoca especificamente a Justiça Federal, vê-se que os processos que se repetem são predominantemente atinentes à política pública de seguridade social. O jurisdicionado questiona sobretudo o pagamento de aposentadorias e benefícios por incapacidade, o que nos faz indagar se estas demandas devem ou não trafegar pelo sistema de justiça da forma como hoje trafegam.

Ora, a expansão da litigiosidade na Justiça Federal está associada a uma gigantesca gama de políticas de seguridade que passaram a ser mais facilmente justiciáveis com a criação dos Juizados Especiais Federais, por meio da Lei n. 10.259/2001.

Num primeiro plano, a amplitude dos atuais números evidencia um possível desacerto da medida de tornar indistintamente gratuita a jurisdição na primeira instância dos Juizados. Com efeito, no que se referem aos benefícios previdenciários e sociais, a demanda judicial pode ser uma aventura, uma aposta de risco baixo. Tanto é assim que, não raro, a cada negativa do benefício se sucedem novos requerimentos administrativos até que se consiga a perícia favorável ou o enquadramento necessário à concessão do benefício, o que foi inclusive impulsionado por recente entendimento que abranda a coisa julgada em tal seara¹⁶.

O acesso à justiça deve ser visto de forma ampla dentro de uma política de distribuição de renda, não devendo significar o estrito acesso formal ao Poder Judiciário. No Brasil de hoje, sob a perspectiva econômica,

16 Cf. julgamento da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais, comentado em <http://www.conjur.com.br/2015-mai-14/coisa-julgada-reapreciada-diante-prova>.

não há nenhum desincentivo à litigiosidade. Muito pelo contrário. Somente na Justiça Federal 60% dos litigantes nada paga aos cofres públicos¹⁷. O novo Código de Processo Civil não enfrenta essa realidade e mantém a gratuidade de justiça como regra, sem refletir, ainda que minimamente, o efetivo escalonamento de renda visto na sociedade. E, no que toca aos Juizados, acabou-se por sobrecarregar o sistema com um nível de demanda que não consegue ser rapidamente equacionado como seria necessário.

Por outro lado, além de não ser endurecido o filtro na admissibilidade das demandas, certo é que há uma concepção de justiça distributiva difusa e pouco clara no âmbito dos Juizados Especiais Federais. O sistema acaba por gerar expectativas infladas de concessão de benefícios sociais, considerando a alternância rápida no âmbito da Turma Nacional de Uniformização, o sistema recursal complexo, bem como alguns posicionamentos jurisprudenciais bastante mitigadores dos requisitos legais¹⁸.

A contenção da litigiosidade talvez demande, com isso, uma reestruturação dos termos da política de seguridade, que passe a ser assistencial em muitos de seus benefícios e não previdenciária e ainda que sejam aprimorados entendimentos administrativos, minando-se a litigância exacerbada em seu nascedouro. A título de exemplo basta ver que a maior realização de justificações administrativas por parte do INSS, com oitiva dos vizinhos e testemunhas dos requerentes da aposentadoria rural, acabaria por reduzir substancialmente a quantidade de processos ajuizados. Todo esse mapea-

17 Nas palavras de Fábio Tenenblat, “Do total de 1.223 ações propostas por pessoas físicas, a gratuidade foi concedida em 767 (62,71%). Isto significa que, em apenas 37,29% dos processos, houve recolhimento de custas e os autores se dispuseram a correr os riscos da sucumbência”. [Cf. Limitar o acesso ao Poder Judiciário para ampliar o acesso à justiça, Revista CEJ, Brasília, Ano XV, n. 52, p. 23-35, jan./mar. 2011].

18 Em recente julgado o Superior Tribunal de Justiça alterou o regime da aposentadoria híbrida, estatuinto que “uma pessoa tem direito a se aposentar por idade, na forma híbrida — como trabalhador rural e urbano —, quando atinge 65 anos (homens) ou 60 (mulheres), desde que tenha cumprido a carência exigida com a consideração dos períodos urbano e rural. Nesse caso, não faz diferença se ele está ou não exercendo atividade rural no momento em que completa a idade ou apresenta o requerimento administrativo, nem o tipo de trabalho predominante”. Cf. <http://www.conjur.com.br/2014-nov-05/nao-estar-atividade-rural-pedir-aposentadoria-mista>.

mento pode e deve ser acompanhado por um Poder Judiciário que passe a ter o controle do nível de demanda a que é submetido.

Em síntese, o acesso à justiça que simbolize o efetivo alcance da distribuição de bens da vida passa pelo alinhamento e sintonia entre os poderes, sobretudo Executivo e Judiciário. O primeiro precisa internalizar e observar entendimentos já sedimentados pelos julgados, ao passo em que o segundo precisa construir um sistema de precedentes sólido, pautado em coerência, que não varie a cada composição de órgãos julgadores. Ao Legislativo cabe a criação de novos mecanismos que tragam para o sistema de justiça quem efetivamente precisa dele. E, de outra parte, não se pode deixar de perceber que o Poder Judiciário é o grande interessado na sua sustentabilidade e na boa prestação do serviço público consubstanciado na jurisdição, cabendo a ele o mapeamento e a deflagração de políticas que coíbam o surgimento de demandas para além da sua capacidade de resolução.

5 CONCLUSÃO

A mera previsão de instrumentos de vinculação através de imposição normativa não tem resolvido a crise de exacerbada litigiosidade do sistema de justiça brasileiro, já que a utilização deles não vem associada ao incremento de coerência nas decisões. A despeito de já estarem à disposição recursos repetitivos e repercussão geral, dentre outros, certo é que esses novos precedentes não necessariamente tem acalmado o tecido social, alimentando-se a expectativa rotineira de sua alteração, conforme variam as composições das Cortes.

Por conseguinte, o efetivo refreamento da litigiosidade depende da contenção do acesso abusivo e indiscriminado à justiça por litigantes que não fazem o pagamento de adequadas custas processuais, do que os Juizados Especiais Federais são o exemplo mais acentuado, ou ainda se utilizam do sistema de justiça para perpetuar condutas administrativas que já sabem, de antemão, serem ilegais. Noutra senda, o Poder Judiciário deve ser agente catalisador do ajustamento de políticas públicas de modo a que os litígios sejam contidos em seu nascedouro, isto é, cabe à parcela do estado diretamente afetada a guinada de rumos, o pensamento de soluções, que

podem passar pela criação de um contencioso administrativo especializado¹⁹ ou ainda pelo ajustamento de conduta por parte do Poder Executivo antes da deflagração de milhares de processos judiciais. As soluções precisam ser urgentemente pensadas, considerando o atual nível de demandas que não é administrável e vencível.

REFERÊNCIAS

DA ROS, Luciano. *O custo da justiça no Brasil: uma análise comparativa exploratória*. Disponível em: <http://observatory-elites.org/wp-content/uploads/2012/06/newsletter-Observatorio-v.-2-n.-9.pdf>, acesso em 07.03.2016.

DUXBURY, Neil. *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge University Press, 2008.

MALTZ, Earl. *The nature of precedent*, North Carolina Law Review, Vol. n. 66, 1988.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*, 3ª Ed., São Paulo: RT, 2013.

MORAES, Vânia André Cardoso de. *Demandas repetitivas decorrentes de ações ou omissões da administração pública: hipóteses de soluções e a necessidade de um direito processual público fundamentado na Constituição*. Série Monografias do CEJ. Brasília: CJF, 2012.

PORTELA, Fábio. *Quando a busca pela eficiência paralisa o Judiciário*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jan-28/fabio-portela-quando-busca-eficiencia-paralisa-poder-judiciario>, acesso em 20.02.2013

SANTOS, Clara da Mota. *Ativismo judicial e mutação constitucional: uma proposta de reação democrática do controle difuso de constitucionalidade à tese de sua “objetivação”*. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/handle/10482/13900>, acesso em 28.03.2016.

TENENBLAT, Fábio. *Limitar o acesso ao Poder Judiciário para ampliar o acesso à justiça*, Revista CEJ, Brasília, Ano XV, n. 52, p. 23-35, jan./mar. 2011.

19 Essa é a posição de Vânia André Cardoso de Moraes, quando assevera que: “A objeção que aqui se faz com relação à adoção do rito do art. 543-C aos processos em que há presença da Administração Pública assemelhasse à realizada no item anterior e diz respeito à necessidade do trâmite dos processos nas instâncias inferiores para, tão somente após um longo decurso de tempo, a matéria vir a ser examinada pelo STJ, quando já materializado o fenômeno da massificação processual”. [Demandas repetitivas decorrentes de ações ou omissões da administração pública: hipóteses de soluções e a necessidade de um direito processual público fundamentado na Constituição. Série Monografias do CEJ. Brasília: CJF, 2012].

OS DESAFIOS DO MODELO BRASILEIRO DE PRECEDENTES

Taís Schilling Ferraz¹

Resumo: Avalia o processo de introdução do sistema de respeito aos precedentes, alerta para os desafios da sua absorção no Brasil, decorrentes do condicionamento do jurista a um modelo eminentemente dogmático de produção, leitura e aplicação do Direito.

Palavras-chave: Precedente. *Ratio decidendi*. Dogmatismo. Efeitos.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2. Vinculação aos precedentes no Brasil. Escolha e imposição do legislador. 3. O elemento vinculante em um precedente. 4. A formação do precedente brasileiro e a sua natural abstração. 5 A busca do fundamento determinante no precedente brasileiro. 6 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

A recente opção do legislador de inserir no sistema jurídico brasileiro a ideia de vinculação aos precedentes judiciais, transformando algumas decisões do Poder Judiciário de fontes secundárias em fontes primárias do Direito, não ocorre sem incompreensões e resistências. Muitas delas são imperceptíveis ao jurista forjado sob as bases de um sistema que tem na lei o centro gravitacional do universo jurídico e que relega a um papel secundário, indireto, as decisões do Poder Judiciário que a interpretam e aplicam.

É forte o paradigma que associa e restringe a atividade de julgar a

¹ Juíza Federal em Porto Alegre, Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Mestre em Direito pela PUCRS, foi juíza auxiliar da Presidência do STF.

um processo de mera descoberta do significado da lei, que se supõe unívoco, sem espaço para singularidades.

Este artigo pretende demonstrar a importância de se compreender adequadamente as bases deste conjunto, o que significa não apenas explorar o sentido de precedente, seus elementos vinculantes e não vinculantes, suas características no modelo brasileiro, mas, e principalmente, perceber e enfrentar as naturais dificuldades na sua produção, invocação e utilização em um contexto onde a busca de preceitos genéricos, tal qual os da lei, tende a ditar a forma como deve ser construída, lida e aplicada uma decisão judicial nascida para produzir efeitos expansivos.

2 VINCULAÇÃO AOS PRECEDENTES NO BRASIL: UMA IMPOSIÇÃO DO LEGISLADOR

Embora juízes e tribunais sempre tenham convivido com precedentes, a tendência foi associá-los à ideia de uniformização da jurisprudência. Neste caminho, muitos instrumentos processuais foram concebidos: embargos infringentes, incidentes de uniformização, embargos de divergência, súmulas, rescisórias e inexigibilidade de título executivo inconstitucional, efeitos vinculantes das decisões em controle concentrado de constitucionalidade, entre outros.

Uniformizar a jurisprudência e respeitar precedentes, no entanto, são escolhas diferentes. Ao ingressar em um modelo baseado na observância de precedentes, julgados anteriores de tribunais deixam de ser utilizados como meros padrões de solução ou como reforço argumentativo na motivação, e passam a ser aplicados como fundamentos determinantes e, muitas vezes, suficientes em decisões subsequentes. Previsibilidade e estabilidade da atuação do Poder Judiciário são verdadeiros alicerces de um sistema de precedentes e não apenas efeitos indiretos alcançados por um processo de padronização de julgamentos.

O novo CPC torna obrigatório o respeito aos precedentes. A opção vem expressa e delimitada no art. 927.

É interessante atentar para o fato de que esta inovação ocorre,

aqui, por força de lei e não porque se reconheça uma natural autoridade e legitimidade das decisões judiciais, as quais, no Brasil, nunca estiveram classificadas dentre as fontes primárias do Direito.

A história jurídica brasileira está construída sobre as bases do *civil law*, onde as normas ocupam espaço central.

Nas origens remotas deste modelo estão alguns dogmas. Justiça e consequências da decisão são atributos situados fora do âmbito cognitivo. A lei contém sentido unívoco, não comporta mais de uma interpretação, e o problema da justiça é do legislador, devendo-se respeitar a separação de Poderes. *Dura lex sed lex*.

Observe-se que a principal razão de ser do denominado juiz *bouche de la loi* estava na ausência de confiança no magistrado, justificada à época do seu surgimento na preocupação em impor limites ao poder do Estado, do qual o juiz se apresentava como um dos porta-vozes. Garantindo-se que o juiz observaria a lei ao decidir, estaria garantida a democracia contra o poder absoluto, pois as leis seriam o produto do trabalho daqueles que verdadeiramente representavam o povo.

Esta parece a leitura caricata de um sistema jurídico hoje inexistente.

Mas não é. O paradigma dogmático sobre o qual se construiu o sistema jurídico e jurisdicional do país contém inúmeras derivações deste modelo. Dele vem o apego às decisões de caráter declaratório, em que o juiz não cria, limita-se a enunciar um direito preexistente, as garantias prometidas por ritos intermináveis, onde haja espaço a mais ampla cognição, na busca da descoberta da única *verdade*. Juízos de verossimilhança sempre aparecem como desvios do sistema, sendo submetidos às mais variadas ressalvas e meios de impugnação. Tradicionalmente se tratou como exceção indesejável a interferência na esfera jurídica do réu antes do trânsito em julgado, com a descoberta plena *verdade*, que, assim como o direito material, não é construída no processo, é algo a ser pelas *revelado* ao juiz. E que venham os recursos.

Por mais que hoje se reconheça que o juiz faz escolhas durante o

processo interno que se desenvolve em seu pensamento ao decidir², onde, para além da lei, interferem, mesmo inconscientemente, sua experiência, fatores históricos, ideológicos e vieses³, é assim que as escolhas feitas são justificadas perante as partes e a sociedade. Ao demonstrar, na fundamentação da sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento, o juiz, comumente, faz uso de métodos estritamente racionais, especialmente dedutivos, apresentando verdades apriorísticas, para chegar à subsunção e à justificação das consequências jurídicas que pretende atribuir aos fatos sob sua apreciação.

É fundamental, no atual processo de mudança, reconhecer o quanto o sistema pátrio, eminentemente dogmático, assenta-se nesse paradigma. Não para que se excluam tais dogmas por completo da teoria da decisão, mas para que o intérprete perceba o quanto é influenciado por seus métodos e o quanto busca, muitas vezes inconscientemente, em supostas normas de validade universal, a justificativa para aplicá-los, negando a si papel criativo e de evolução histórica, e fugindo das diferenças que o mundo concreto a ele apresenta.⁴

Este paradigma não se desconstrói pela mera imposição de res-

2 Citando José Puig Brutau, autor da obra *A jurisprudência como fonte de Direito*, Portanova afirma que o direito, ao utilizar a lógica formal, esqueceu suas origens retóricas e ligadas à vida prática. A ideia de que a sentença seja o resultado de um silogismo corresponde a uma simplificação exagerada e pouco fiel daquilo que verdadeiramente acontece com a formação do convencimento do juiz. O silogismo jamais representará a formação mental da sentença. (PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. 3 ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1999, p. 253).

3 Os professores e cientistas Cass Sunstein e Richard Thaler demonstram que diversos fatores inconscientes podem influenciar a arquitetura das escolhas (THALER, Richard. H. e SUNSTEIN, Cass R. *NUDGE: O Empurrão para a Escolha Certa: Aprimore suas decisões sobre saúde, riqueza e felicidade*; trad. Marcelo Lino. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 21. Sobre o tema, remete-se o leitor, ainda, à obra « Subliminar. Como o Inconsciente influencia nossas vidas » de Leonard Mlodinow (Rio de Janeiro: Zahar, 2013).

4 O jurista holandês Grotius afirmava que apenas aquilo que, sendo natural, conserva-se sempre o mesmo, poderia ser reduzido a uma ciência. Assim, como interpretou Ovídio, justificava-se a fuga da diferença, o horror pelo individual, que depois seria encontrado em Savigny e que iria caracterizar a cultura europeia dos séculos seguintes (GROTIUS, Hugo, apud SILVA, Ovídio Baptista da. *Processo e Ideologia*, 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 69.).

peito aos precedentes. Quem foi forjado em um sistema que depende tanto das normas para condicionar condutas, ainda que se reconheça vinculado aos precedentes, neles tenderá a buscar preceitos de valor universal, à semelhança da lei, com suas características de generalidade e abstração.

Um precedente, no entanto, não tem a generalidade da lei. É produto do exame de circunstâncias concretas, examinadas dentro e à luz de um contexto determinado. Ainda que dele se possam colher um ou mais preceitos universalizáveis, estes jamais poderão ser totalmente abstraídos dos elementos de fato e de direito que lhe deram fundamento.

3 O ELEMENTO VINCULANTE EM UM PRECEDENTE

A doutrina do *common law* e, mais recentemente, a brasileira, abriga o sentimento de que “*it is a basic principle of the administration of justice that like cases should be decided alike*”.⁵

A dificuldade está em se estabelecer o que torna os casos iguais, especialmente, conforme alerta SCHAUER,⁶ porque, obviamente, nenhuma decisão anterior em um precedente em potencial terá sido construída em bases totalmente idênticas às do caso subsequente. No mínimo as partes serão diferentes, e o tempo, o que pode ser relevante no contexto, havendo, ainda, diferenças absolutamente sem consequências.

Como se determina o que é similar e o que é diferente? E que similaridades e diferenças de fato importam? Estas questões vêm sendo tradicionalmente associadas a uma outra: Por que a corte do precedente decidiu o caso daquela forma? E é esta pergunta que remete à *ratio decidendi* da decisão candidata a funcionar como precedente.

5 CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*, 4 ed., New York: Oxford University Press, 1991, p. 3. No Brasil, entre outros, MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 17.

6 SCHAUER, Frederick. **Precedent** (2011). Cópia eletrônica disponível em <http://ssrn.com/abstract=1836384>. Acesso em 29 abr. 2016.

A *ratio decidendi* de uma decisão é o princípio (*ruling on a point of law*⁷) que, com as características de abstração e generalidade, se extrai especialmente (mas não exclusivamente) da fundamentação de um julgado⁸. São os motivos determinantes da decisão, passos necessários para que o julgador chegue a um determinado resultado.

É também conhecida como *holding* ou *rule* de um caso. Uma proposição (ou mais de uma) extraída da decisão, e que é passível de abstrair-se e reproduzir-se para reger casos fundados em circunstâncias semelhantes, por um processo de universalização que deve ser empreendido pelo intérprete.⁹ É destinada a ser a porção transcendente e vinculante de uma decisão.

Nem todos os fundamentos contidos em uma decisão formam a sua *ratio*. Algumas proposições, embora sejam incluídas no contexto da motivação, não são determinantes para o resultado a que chega o órgão julgador. Trata-se da categoria do *obiter dictum*.

A distinção entre *ratio* e *obiter dictum* nas decisões, em um típico sistema de precedentes, é fundamental. E a principal razão é o grau de vinculação que uma e outro exercem sobre os julgamentos futuros. A *ratio* é importante em razão de sua natureza obrigatória. As cortes devem seguir a *ratio*, concordando ou não com ela. O que se exige não é a concordância, mas a aquiescência.¹⁰ Quanto ao *obiter dictum*, embora se lhe reconheça alguma força persuasiva, não obriga à observância.

Embora não haja fórmula perfeita para identificar, em uma decisão, o que configura a *ratio decidendi* e o que deve ser classificado apenas como

7 BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MARSHALL, Geoffrey. Precedent in the United Kingdom. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Roberts (org.). *Interpreting Precedents. A Comparative Study*. Vermont: Ashgate Publishing Company, 1997, p. 338.

8 A *ratio decidendi*, segundo MARINONI, não tem correspondente no processo civil adotado no Brasil. No common law, é extraída e elaborada a partir dos elementos da decisão, isto é, da fundamentação, do dispositivo e do relatório (MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit. 2013, p. 220).

9 GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 264.

10 COWNIE, Fiona; BRADNEY, Anthony; BURTON, Mandy. *English Legal System in Context*. 5. ed. New York: Oxford University Press, 2010, p. 99.

dictum,¹¹ adota-se, aqui, a lição de WAMBAUGH, para quem a *ratio decidendi* é uma regra geral sem a qual um caso seria decidido de forma diferente.¹²

Nesta linha, ainda que se trate de uma proposição excelente aos olhos do intérprete, se ela não for determinante para o resultado da decisão, constituirá mero *dictum*.

4 A FORMAÇÃO DO PRECEDENTE BRASILEIRO E SUA NATURAL ABSTRAÇÃO

Tendo-se presentes os contornos não tão objetivos da *ratio decidendi*, tal como concebida no sistema do *common law*, é preciso perceber que a simples transposição destes mecanismos de identificação para o sistema brasileiro, essencialmente enraizado no dogmatismo e na abstração, não conduzirá, necessariamente, aos mesmos resultados.

E um dos motivos é que, aqui, tal como estruturado o regime de precedentes, os tribunais quando decidem, já o fazem com a perspectiva de estabelecer uma *rule* para os casos iguais.

Escolhem-se os recursos (e agora também processos) representativos de controvérsias constitucionais e infraconstitucionais, tendo-se presente que seus julgamentos projetarão efeitos sobre um sem-número de processos em tramitação. Trata-se do requisito da transcendência, presente de forma clara no sistema de julgamento das demandas repetitivas.

A introdução de mecanismos típicos do julgamento objetivo ao regime de tramitação e decisão dos recursos extraordinários, especiais e do incidente de resolução de demandas repetitivas, como a participação do *amicus curie*, a possibilidade de realização de audiências públicas e de modulação de efeitos, tem provocado a abstração¹³ cada vez maior das decisões

11 It's almost impossible to devise a formula for determining the ratio decidendi of a case... (COWNIE, Fiona; BRADNEY, Anthony; BURTON, Mandy. Op. Cit., p. 101).

12 WAMBAUGH, Eugene, apud CROSS, Rupert; HARRIS, J. W., in English Law. 4 ed. New York: Oxford University Press, 1991, p. 52.

13 FERRAZ, Taís Schilling. A abstração da questão constitucional de repercussão geral frente ao

frente aos recursos que lhes servem como representativos da controvérsia constitucional ou infraconstitucional.

O objetivo é carrear ao momento da decisão a maior quantidade possível de elementos, de forma a que a questão constitucional ou infraconstitucional seja examinada sob todos os ângulos e que as consequências do julgamento possam ser projetadas.

Questões não suscitadas nos recursos escolhidos para paradigmas acabam sendo levadas à apreciação dos julgadores pela ação dos *amici*, pela juntada de memoriais de iniciativa de partes que litigam em feitos sobrestados que versam a mesma questão, por provocações da tribuna e de relatores de feitos análogos.

O resultado imediato é que serão objeto de exame fundamentos de fato e de direito não necessariamente contidos nos recursos eleitos inicialmente como paradigmas. E o enfrentamento de tais questões poderá ser *ratio decidendi* do julgado, cujo alcance, para efeitos de utilização futura do julgamento como precedente, terá que ser definido para além dos contornos do *leading case*.

Diversas decisões já proferidas pelo STF no regime da repercussão geral demonstram este fenômeno, sendo comum inclusive que, reconhecida a repercussão geral de determinada questão constitucional no bojo de um recurso extraordinário inicialmente selecionado como representativo dessa controvérsia, em outro venha a ser julgado o mérito¹⁴, o que conduz à indagação quanto ao verdadeiro papel do recurso-paradigma, que vem sendo muito mais acidental que essencial.

O alargamento do debate, obviamente, não pode ser objeto de

recurso extraordinário. Revista Jurídica, n. 439, p. 25-46, 2014.

14 A questão da constitucionalidade da revogação da isenção da COFINS para as sociedades civis de prestação de serviços teve repercussão geral reconhecida no RE 575.093, tendo sido, porém, julgada no mérito através dos REs 377.457 e 381.964. Já o tema da constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel teve repercussão geral reconhecida no RE 562.051, vindo a ser apreciado, no mérito, nos REs 349.703 e 466.343. Em ambas as situações os recursos em que formado o julgamento paradigma eram inclusive anteriores ao regime da repercussão geral, mas seus temas tiveram a repercussão geral reconhecida em recursos mais novos, já na vigência do novo sistema.

censura. Espera-se que, ao decidir, os tribunais o façam à vista do maior volume possível de conhecimento.

O que pouco tem sido percebido é que a vinculação a um paradigma dogmático, inclusive daqueles que produzem os precedentes no novo sistema, e a conseqüente busca da solução em normas gerais e abstratas, acaba por condicionar desde a formação do *leading case* até a sua aplicação a outros casos.

A ideia de que o precedente produz norma geral está presente, e tem marcado o sistema de julgamento, frequentemente seguido da extração de teses e até da edição de súmulas. A mesma perspectiva pode ser observada nas instâncias ordinárias, que tendem a reconhecer que tal julgamento permite a motivação dos casos análogos através de técnica eminentemente silogística e simples.

Um precedente, entretanto, não vale como proposição em tese. Impõe-se vincular o princípio dele extraído às razões que o tenham justificado, de modo a aferir sua potencialidade de influir no julgamento de outros casos.

Respeitar um precedente significa respeitar as razões de fato e de direito que lhe serviram de base, as quais não podem de forma alguma ser dissociadas das circunstâncias concretas consideradas e do seu contexto. Invocar tais razões para dar solução jurídica a outros casos exige, não raras vezes, adequação da resposta às respectivas particularidades.

E se as decisões-paradigma, no sistema de precedentes brasileiro, são forjadas a partir de fundamentos de fato e de direito advindos das mais variadas origens, como audiências públicas, recursos repetitivos, atuação dos *amici curiae*, etc., a busca da *ratio decidendi* deverá ser empreendida a partir de todos os elementos efetivamente considerados, de forma a extrair-se, para efeitos de universalização, o que for determinante. É neste processo que se encontra o princípio ou *rule* do precedente. Este princípio, ainda que tenha sido construído a partir de elementos aportados de múltiplas fontes ao momento da decisão, estará sempre relacionado a fatos determinados, tratados como fundamentais no julgamento. Não há como abstraí-lo do contexto de onde proveio, por mais amplo que tenha se tornado este contexto em razão da sistemática de julgamento.

Neste sentido, impõe-se questionar em que medida contribui para um sistema baseado no respeito aos precedentes a produção sistemática de teses jurídicas, prática já tão comum ao término do julgamento de temas com natureza repetitiva ou com repercussão geral. As teses encaminham o intérprete ao processo de abstração, e um precedente, como visto, não tem – nem deve ter – a generalidade de uma lei.

Há riscos, neste caminho, de que se transmude o anacrônico juiz *bouche de la loi* no juiz *bouche du précédent*, a aplicar abstratamente o preceito originado da decisão superior sem atentar para as particularidades de cada caso concreto, como se da mesma forma tradicionalmente pensada para a lei, o precedente pudesse encerrar uma única e unívoca vontade.

5 A BUSCA DO FUNDAMENTO DETERMINANTE NO PRECEDENTE BRASILEIRO

A separação entre *ratio* e *dictum*, considerando-se o sistema de julgamento que vem sendo adotado pelas cortes brasileiras de precedentes, exigirá esforço extra e especial cautela.

Questões que poderão ser classificadas como essenciais à formulação do princípio de direito enunciado no julgamento (as quais, uma vez suprimidas modificariam seu resultado) poderão ser derivadas de outros casos concretos, ou mesmo de alegações aportadas à discussão no momento do julgamento, de maneira que a adoção futura desta decisão como precedente não se resolverá apenas pelo uso das técnicas tradicionais do *common law*, embora devam elas ser conhecidas e exercitadas.

Um precedente, tal como concebido em suas remotas origens é um julgamento inovador e será tratado como tal apenas se no julgamento de um caso subsequente puder ser invocado como razão de decidir.

Aqui, porém, ele surge como elemento informador da solução de um grande volume de controvérsias já instauradas e, em grande medida, por causa delas, voltando-se, ao menos no momento em que é construído, à solução de processos já existentes.

As concepções não são incompatíveis. Necessário, porém, ter aten-

ção para a natural tendência do jurista do *civil law* à busca de preceitos abstratos e ao uso do silogismo e da lógica dedutiva como mecanismos suficientes de decisão. E será fundamental que as atribuições entre tribunais superiores e instâncias ordinárias sejam melhor delimitadas e harmonizadas.

É aos juízes e tribunais nas instâncias ordinárias que compete cogitar se há identidade suficiente entre o chamado *instant case*, que é o processo que está sob apreciação e o candidato a *precedent case*. A eles, em sendo o caso de aplicar um precedente, cabe dar solução definitiva aos casos em concreto. Para que o sistema tenha êxito, é preciso que os tribunais superiores assumam em definitivo o papel de cortes de interpretação do direito, deixando para as instâncias de origem a solução dos processos individualmente, e exonerando-se da função de revisar cada feito individualmente.

A função dos juízes e tribunais de dar aplicação material aos precedentes forjados no novo sistema de julgamento de processos repetitivos e de repercussão geral pode recuperar, em grande medida, o sentido da atuação das instâncias ordinárias, que há muito vêm gozando de pouca importância, figurando como mero rito de passagem, especialmente nas questões de direito.

Para tanto, tais órgãos de base não deverão buscar nos precedentes normas prontas e acabadas, que possam substituir-se às alegações das partes em concreto, à fundamentação e à problematização decisional. A fonte onde deverão beber os juízos ordinários está localizada nos argumentos de princípio que informaram a decisão-paradigma e não em seu enunciado final. E tais argumentos de princípio haverão de ser localizados para além dos limites do recurso-paradigma, o método de decisão será mais indutivo e exigirá problematização.

Mais do que isso, estes argumentos não estarão necessariamente concentrados no voto do relator do precedente.

Diante da amplitude dos elementos de fato e de direito carreados ao momento da decisão, bem assim, dos argumentos de natureza consequencial, suscitados em decorrência do seu futuro efeito expansivo, pode ocorrer – e muito comumente ocorre – que a *ratio decidendi* de um importante julgamento esteja distribuída nos diversos votos dos magistrados que dele participaram.

Com frequência, nos tribunais brasileiros, chega-se a uma mesma decisão sob a perspectiva do seu dispositivo – prover ou desprover um recurso, reconhecer ou não um direito –, porém por fundamentos absolutamente diferentes. Este dissenso pode se estabelecer entre os julgadores ou mesmo entre as razões destes e as que foram suscitadas pela parte vencedora. Chega-se a um julgamento unânime quanto ao provimento, mas por diferentes razões.

Não há no Brasil, até o momento, a figura jurídica da *majority opinio* do direito norte-americano, onde decisão colegiada típica inicia sempre pelo registro do entendimento da maioria (*majority opinio*), seguida pelo entendimento divergente (*dissent opinio*), se houver algum. Quando houver opiniões concorrentes apresentadas em separado, elas se seguirão à *opinio* da maioria, antes do voto divergente. Os juízes individualmente podem elaborar seus votos concorrentes ou divergentes, mas a parte mais importante da decisão, que poderá se tornar precedente vinculante situa-se na *majority opinio*.¹⁵

Tendo-se presente que a força vinculante de um precedente está nos seus argumentos de princípio, na sua *ratio decidendi*, e não no seu dispositivo, já se pode identificar a dificuldade. O intérprete precisa enveredar pela profunda leitura do inteiro teor dos acórdãos para no contexto dos votos e do debate, identificar qual a *ratio decidendi* que prevaleceu. A mera leitura da ementa é insuficiente e mesmo temerária.

Se, neste processo, o intérprete percebe que não há nenhum fundamento que possa ser considerado expressão do pensamento da maioria – porque os fundamentos são substancialmente dissonantes –, estará diante de uma hipótese de não vinculação. Poderá adotar os fundamentos do relator ou de outros julgadores como reforço à sua argumentação, mas não por estar diante de um precedente dotado de força obrigatória.

É fundamental que os próprios tribunais superiores reavaliem a

15 SUMMERS, Robert S. Precedent in the United States (New York State). In: MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert. *Interpreting Precedents. A comparative study*. Vermont: Ashgate, 1997, p. 361.

forma de decidir, buscando alguns consensos mínimos quanto à fundamentação adotada para os seus julgados. Devem partir para uma forma mais objetiva de produzir e documentar o entendimento da maioria, atribuindo-se, quiçá, ao relator a missão de traduzi-lo, sem prejuízo de agregar seus fundamentos não consensuais em *obiter dictum*.

Enquanto esta percepção não ocorrer, a missão daquele que, na sequência, fará a leitura dos precedentes, avaliando a sua aplicabilidade no julgamento de casos subsequentes, estará bastante dificultada e poderá ser cercada de incompreensões. É muito comum que por argumentos até contraditórios, se chegue a uma mesma solução para o caso.

6 CONCLUSÃO

A adoção de um sistema de precedentes no Brasil exige muito mais que a importação de modelos concebidos sob paradigmas diversos. O Brasil deve construir seu próprio modelo e neste caminho será fundamental que os intérpretes e aplicadores do Direito estejam atentos para que não se despreze ou elimine o potencial dos novos instrumentos e para que não se enverede pela tendência de centrar foco apenas na norma ou no preceito originado do precedente, aplicando-o genericamente.

Diferentemente de uma norma geral, destinada a tudo resolver, o precedente é vetor de modificação e dinamização da jurisprudência. Seu sentido é transformador, seus efeitos, prospectivos. Não é da sua natureza regular situações passadas e sim servir de elemento informador de decisões futuras sobre casos análogos. É daí que não se deve identificar julgamento por precedente a simples propósito de uniformização da jurisprudência.

Sem abrir mão da ideia de que o processo é instância hermenêutica, ciência do diálogo, do convencer, é possível a introdução da ideia de respeito aos precedentes. Não como novos dogmas a serem objeto de reverência, não como normas prontas e acabadas, mas enquanto encerrem enunciados dinâmicos, contingentes e analógicos e integrativos do ordenamento jurídico.

Aclarar e integrar o sistema normativo, para usar as palavras de

Calamandrei¹⁶, não equivale a uniformizar, mas a criar ambiente que, ao tempo em que assegure segurança jurídica e previsibilidade à aplicação do Direito, não o aprisione, impedindo que absorva as mudanças e os novos contextos históricos.

É neste contexto que um sistema de precedentes pode ter bons resultados. Reconhece-se a eficácia naturalmente *ultra partes* dos julgamentos, especialmente dos tribunais superiores, mas se assegura que casos individuais tenham tratamento individualizado, quando suas especiais circunstâncias o exigirem.

REFERÊNCIAS

CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*, 4 ed., New York: Oxford University Press, 1991.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

EISENBERG, Melvin Aron. *The Nature of the Common Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

FERRAZ, Taís Schilling. **Repercussão geral – muito mais que um pressuposto de admissibilidade**. In: PAULSEN, Leandro (coord.). *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 77-107, 2011.

_____. **A abstração da questão constitucional de repercussão geral frente ao recurso extraordinário**. *Revista Jurídica*, n. 439, p. 25-46, 2014.

MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert (org.). *Interpreting Precedents. A comparative Study*. Vermont: Ashgate Publishing Company, 1997.

MacCORMICK, Neil; BANKOWSKI, Zenon; MARSHALL, Geoffrey. *Precedent in the United Kingdom*. In: MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert (org.). *Interpreting Precedents. A comparative Study*. Vermont: Ashgate Publishing Company, 1997.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do Controle à**

16 CALAMANDREI, Piero. *La casación civil*. Trad. Dantiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1945. t. II, p. 104, *apud* ZAVASCKI, Teori, *in* STF, RCL 4335/AC, j. 20 mar. 2014.

Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Precedentes. Da persuasão à vinculação.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Processo e Ideologia.** 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

TARUFFO, Michele. **Precedente e Jurisprudência**, In: Revista de Processo n. 199, p. 139-155, 2011.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Direito Jurisprudencial.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

O MODELO ARGUMENTATIVO-DISCURSIVO DE VERTICALIZAÇÃO DOS PRECEDENTES E SUA APLICAÇÃO À LITIGIOSIDADE REPETITIVA: UM RÁPIDO ENFOQUE SOBRE A LEGITIMIDADE

Ricardo Tinoco de Góes¹

I INTRODUÇÃO

A função jurisdicional do Estado, ao longo do tempo, vem se revelando nitidamente comprometida com as orientações partidas das conhecidas matrizes filosóficas do Direito e, diga-se, suas raízes dogmáticas, quase sempre, denotam alguma dependência da ciência hermenêutica, seja para propagarem o ideário de um modelo de interpretação e aplicação do Direito, fundado na Filosofia da Consciência, sediado na suposição quase parnasiana de que o sentido da norma a aplicar radica num texto a ser analiticamente decifrado e relacionado sistemicamente aos demais textos de uma só ordenação; seja segundo um modelo mais recente, calçado na Filosofia da Linguagem, cuja orientação se dá na percepção de que o sentido da norma é algo que se desvela da só fusão entre os horizontes de sentido do sujeito e da regra jurídica a interpretar.²

Nesse confronto entre essas matrizes filosóficas, é possível afirmar que para além do positivismo jurídico e sua empreitada mecanicista adotada para a interpretação, outras tantas vertentes do agora chamado pós-positivismo abalançam-se a fim de buscar certo protagonismo à tarefa de

1 *Doutor em Filosofia do Direito pela PUC/SP, Mestre em Direito Constitucional pela UFRN. Professor Adjunto da Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN (graduação, especialização e mestrado), Coordenador de Cursos para Promoção de Magistrados da ESMARN – Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte, Coordenador Adjunto do Programa de Residência Judicial – ESMARN/UFRN, Juiz Colaborador da Enfam – Escola Nacional de Formação de Magistrados, Juiz de Direito, titular da 6ª Vara Cível da Comarca de Natal-RN.*

2 Referência à dualidade representada pelas duas tradições da ciência hermenêutica aplicada ao Direito. A primeira fundada na perspectiva de decodificação racional do sentido radicado no texto, como se dá no pensamento de Emilio Betti e a segunda filiada a uma ontologia existencial, como é de se ver na hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer.

bem situar o que seria uma Teoria da Decisão Judicial, segundo os valores e os fins que a primeira corrente (o positivismo jurídico) sempre minimizou ou até tentou fazer sucumbir, frente a um arquétipo de sistema jurídico comprometido com a forma, jamais com o conteúdo das decisões judiciais.

São questões que se prendem, por exemplo, à extração dos valores jurídicos da só referência ao texto constitucional, seguindo a ordem do paradigma concretista, inerente à Constituição dirigente e, portanto, de notória conformação substancialista ou, noutro porto, são pretensões voltadas à definição dos fins normativos, por meio de procedimentos discursivos, fundadas no ideal de legitimidade pelo procedimento, com clara feição inclusiva dos demais sujeitos, numa vertente comprometida com a construção de consensos.³

Com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015), essa compreensão dicotômica do que seria de uma banda, uma interpretação fundada no texto da norma, mas também nos valores previamente sediados no texto da Constituição, extraídos ao sabor do intérprete ou, noutro lado, uma exegese reconstrutiva⁴, fundada nos princípios constitucionais discursivamente postos ao debate, ao diálogo, sempre visando a construção de consensos, é retomada e o é na perspectiva de bem desvendar-se o papel dos precedentes, assim considerados pelo signo da legitimidade que a decisão judicial deve ter frente àqueles que se colocam como seus destinatários.

O presente escrito tem, então, esse exato e direto objetivo: apontar qual dos modelos acima enunciados mais se aproxima do ideal de legitimidade da decisão judicial, tomando-se em conta, para tanto, uma teoria dos precedentes judiciais que é incorporada, pelo novo sistema processual, ao Direito Brasileiro, cuja verticalização, inobstante o seu claro compromisso

3 HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia – entre facticidade e validade*. Trad. Flavio Beno Siebeneichler, volume I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 178.

4 DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo. Martins Fontes, 2003, p. 272-273.

com a segurança jurídica, não pode e nem deve desvencilhar-se de seu outro escopo, não menos importante, fundado no propósito de prover o resgate da legitimidade das decisões proferidas pelos órgãos de Jurisdição.

2 OS PRECEDENTES JUDICIAIS NUMA PERSPECTIVA SUBSTANCIALISTA E DE EXTRAÇÃO DO SENTIDO POSTO NA NORMA.

Ao dizer-se da incorporação pelo sistema processual brasileiro da Teoria dos Precedentes, não se está dizendo, de imediato, que toda a armadura legal sobre o assunto esteja, entre nós, identicamente presente noutros sistemas jurídicos, máxime naqueles que se compreendem segundo o plano dos ordenamentos da *Common Law*.

Contudo, também não é possível afirmar que a *pedra de toque* dessa teoria tenha sido ou deva ser olvidada pelo nosso novel sistema processual. Esse cerne quanto a compreensão dos precedentes, ao nosso sentir, reside no ideal de perceber o sistema jurídico de modo íntegro, capaz de guiar as soluções a advir dos casos concretos segundo um *método* seguro, confiável e, exatamente por isso, legítimo.

Poder-se-ia então sustentar que essa confiabilidade no modo de perceber e de adotar os precedentes repousaria certamente no texto constitucional e nos valores que o mesmo já incorpora, estando assim evidenciada a sua *filia* com a concretização dessa dimensão axiológica e também deontológica do texto maior, cabendo ao intérprete a capacidade de racionalizar o modo de bem captar esses valores e de aplicá-los numa perspectiva de respeito ao que, certamente antes, em casos análogos, já fora adotado, enquanto sentido normativo, sempre se referindo ao passado, como um norte ou ditame a ser observado, invariavelmente.

A ideia, então, seria conceber o intérprete com a liberdade de analisar racionalmente o fato e a norma e comparar, em seguida, esse conjunto de dados objetivos ao que a experiência jurisprudencial já pudera ter colhido, conforme precedentes que se somaram ao longo do tempo⁵, e que

5 Importa considerar que o passado dos precedentes é tomado por Dworkin como elemento a

assumem nessa trajetória, um grau de respeitabilidade cristalino. A ponte entre esse passado (o passado dos precedentes) e o caso a julgar, seria a capacidade sempre presente do juiz (intérprete) de bem posicionar a realidade do litígio sobre o que se consolidou normativamente no tempo e nessa operação, quase algébrica, reconhecer a identidade ou não do caso, a fim de assegurar ou não, também, para a hipótese, aquela aplicação.

Nesse passo, o que se percebe claramente é o cumprimento de um *iter* quase intangível à participação de outros sujeitos, restringindo-se à figura do juiz o exercício desse labor, assim tomado como uma quase apropriação, resultante do cometimento que lhe é feito de pôr-se a serviço da interpretação da Lei ou da Constituição. Ademais, também se vê com muita objetividade o sentido normativo dessa tarefa, vazado no princípio da autoridade, quer dizer, daquele que detém o *poder de decidir, de declarar* o Direito ao caso concreto (*jus dicere*). Daí exsurgindo o tipo de legitimidade que o modelo abraça, ou seja, uma legitimidade decorrente de uma fonte formal de poder e radicada numa *performance* de claro solipsismo judicial, aprisionado pela clausura do texto legal, jamais concebido fora dessa armadura gramatical ou filológica.

Os precedentes funcionam, desse modo, como meros reflexos de algo que *já é*, mas não enquanto realidade extraída de um *ser no tempo*, a envolver toda uma gama de experiências pautadas em interpretações sediadas ao longo do agir judicial, como seria de compreender-se a partir da tradição da própria jurisdição nacional. Segundo essa linha de pensamento, referimo-nos criticamente aos precedentes, de uma maneira em que eles

convergir para a formação dessa interpretação reconstrutiva. Acontece que na visão do autor esse passado é posto ao crivo interpretativo do juiz que se dispõe a cotejá-lo com a realidade dos princípios constitucionais praticados no presente, numa verdadeira operação reconstrutiva do Direito para o caso concreto. Isso difere de uma visão totalmente presa ao passado, que põe o precedente construído como fonte única de vinculação aos casos futuros. Essa diferença é fundamental para que não se confunda uma postura pós-positivista como a de Ronald Dworkin com um aprisionamento interpretativo produzido por um ideal de atuação jurisdicional que antes se expressava como a “boca da lei” e que agora pode se sediar, perigosamente, apenas no que seria a “autoridade dos precedentes”.

serviriam apenas para reiterar posições consolidadas numa dada história, mas sem qualquer compromisso com uma legitimação vindoura, nascente. Suas formações erguem-se na esteira do que o intérprete, *de acordo com a sua consciência*, crê que deva significar. É uma significação a partir do sujeito, da sua introspecção, do seu egocentrismo...

Por essa trilha a legitimidade é, em tal caso, algo que se atribui. Ao se conferir, pela razão ou consciência, legitimidade à atividade decisória do órgão jurisdicional a ela se lança a *summa ratio*, a fonte última do saber racional à semelhança do que se verificou com o Parlamento, quando se assentou o princípio básico do legislador racional⁶, assim conformado ao propósito de justificar-se, racionalmente, mas à luz do sistema normativo, o sentido já predefinido da lei a editar.

Ora, numa sociedade marcada pela indefinição de objetivos comuns, sujeita à intensa mudança de rumos, pois que movida por interesses estratégicos de diversos setores, no mais das vezes presos à política e ao mercado⁷, como pensar na legitimidade do Direito oriundo de precedentes assim identificados? Como avaliar o grau de assentimento público e coletivo sobre precedentes que não se confirmam nas expectativas dos sujeitos de Direito, quando alijados estão do processo de participação democrática aplicável à construção desses conteúdos e como incorporar essa dinamicidade da vida, numa sociedade plural e complexa⁸, aos precedentes assim edificadas com tão intensa carga de monologismo e de estagnação?

Se a presente discussão vier a volver-se para o plano do que mais se resente a Jurisdição nesses “tempos modernos” ver-se-á que o agravamento desse tipo de reflexão é praticamente inevitável. Tratamos do que representa o efeito devastador produzido pelas demandas repetitivas num

6 FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Estudos de filosofia do direito*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 300.

7 FREITAG, Barbara. *Dialogando com Jürgen Habermas*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005, p. 165.

8 CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000, pp. 95-96. Ver também: BECK, Ulrich. *Sociedade de risco – rumo a uma outra modernidade*. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010, pp. 285-290.

cenário de total insegurança jurídica, recheado pela incerteza destacada da incoincidência entre o que pode significar o precedente e a expectativa de regular-se o destino dessa litigiosidade repetitiva repetitivas com a garantia da formação legítima desses resultados.

Afora o que se poderia dizer da própria quantidade dessas ações, que crescem em proporção geométrica e se capilarizam pelos quatro graus da Jurisdição Nacional até o cume da nossa estrutura judiciária, não olvidamos aqui da necessidade de que essa gama enorme de pessoas atingidas pelo crescente número de decisões judiciais diferentes, em forma e conteúdo, conte mesmo com a construção de uma uniformização benéfica partida dos precedentes, mas com a certeza de que o maior número de teses, argumentos e fundamentos, da mais variada origem e fonte de motivação, seja considerado, a fim de que o nível de aprofundamento sobre o *thema decidendum* harmonize-se com a horizontalidade e a latitude dos mais diferentes tipos de argumentação jurídica a aportarem sobre o caso.

O questionamento com ênfase nesse ponto é o que ganha relevo. Supõe a impossibilidade de compreender a decisão judicial numa linha com a qual se busca a segurança jurídica a qualquer custo, sem o mínimo de atenção ao que de modo colateral ou subjacente se pode igualmente perceber, enquanto influência legítima advinda, por exemplo, da esfera pública. A essência de um substancialismo fundado na extração subjetiva do sentido da norma, ao fim de construir-se o precedente, revela mesmo o desejo de consagrar-se um protagonismo judicial incompatível com o cerne de uma democracia constitucional do nosso tempo. A tanto, imperioso que se examine a possibilidade de avaliar-se a adoção de outro modelo, de clara inflexão procedimentalista, como brevemente se propõe em seguida.

3 OS PRECEDENTES JUDICIAIS NUMA PERSPECTIVA

PROCEDIMENTALISTA E DE CONSTRUÇÃO DO SIGNIFICADO DO CASO

Atado ao propósito de atingir a maximização da segurança jurídica, o novo sistema processual civil brasileiro abraçou a Teoria dos Precedentes Judiciais visando substituir a vetusta forma generalizada de prover as decisões judiciais

pelo signo do livre convencimento motivado em toda e qualquer situação, conferindo agora, em seu lugar, o modelo de verticalização dos precedentes.

Há uma chance de perceber-se, como visto, essa teorização e sua aplicação prática pelo novo CPC com uma quase exclusividade em torno do ideário da segurança, menoscabando ou secundarizando o que também é, na mesma medida, tão relevante, como é o apego à necessária legitimidade das decisões, pois, consoante se registrou, uma legitimação ancorada na fonte formal de poder não se afigura suficiente para os fins e propósitos do Estado Constitucional e Democrático de Direito.

Pondera-se, então, como saída ao dilema retratado, uma opção processualizada e não comunitarista para a formação dos precedentes, mediante a institucionalização de espaços de participação para a discussão tematizada de situações conflitivas e dissensões valorativas, situadas na base de toda e qualquer tentativa legítima para alcançar-se o consenso democrático em torno do conteúdo a decidir.

Trata-se do modelo procedimental discursivo, cujas premissas epistemológicas repousam na fecunda forma de conceber a argumentação como fonte de interpretação e vice-versa, assim adotada dentro de um ambiente de simetria entre todos os participantes e concernidos e sem o exercício de quaisquer formas de coação, salvo a do melhor argumento.⁹

Esse modelo foi bem difundido por prestigiosa corrente filosófica, nascida das entranhas da conhecida Teoria Crítica, da Escola de Frankfurt, tendo como seu lídimo representante, o filósofo e teórico da democracia deliberativa, Jürgen Habermas. Sua originalidade está centrada na visão que lança sobre a gênese de uma democracia radical a fonte de legitimidade dos atos do poder, assim pensados pelo autor, no papel inicialmente cometido ao Parlamento, já que no respeitante à Jurisdição, o modelo de processo e de procedimento assegurariam, em tese, a formação de decisões argumentativamente balizadas no pressuposto da participação sem coerção.

9 HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia – entre facticidade e validade*. Trad. Flavio Beno Siebeneichler, volume I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 138.

Acontece que esse propósito filosófico consignado na realidade de uma sociedade periférica e complexa torna necessária, segundo entendemos, a extensão de sua aplicação para a atuação dos órgãos jurisdicionais, em especial daqueles que constitucionalmente são responsáveis pela construção dos precedentes.

Para tanto, o ponto alto de justificação para a adoção de um modelo procedimental-discursivo situa-se mesmo na destinação que se reconhece à figura do precedente judicial. É que os precedentes têm sentido, a partir do reconhecimento quanto a possibilidade de dirigirem-se às situações futuras, disciplinando-as e ditando-as segundo o que argumentativamente se teve como racionalmente aceitável.

Eles se lançam ao mundo do Direito, tornando-se fonte de interpretação e de argumentação frente aos casos. Seu campo de aplicação exterioriza um compromisso ontológico com a riqueza e a diversidade dos fatos postos à mesa, daí tangenciarem o campo especulativo do Realismo e do Pragmatismo Jurídico¹⁰, enquanto escolas que realizam leituras pós-positivistas do fenômeno jurídico.

Essa sintonia com o “caso concreto” repercute na centralidade do que seria “o problema” a ser superado, consoante o que a Tópica Jurídica elege como elemento central de sua abordagem, verificada na contextualização de cada situação posta à decisão. Com isso, os precedentes assumem essa curiosa feição: ao tempo que servem para vincular a interpretação e a argumentação sobre casos futuros, sugerem, também, a possibilidade de fazer evidenciar, nesse contexto, o surgimento de novos problemas topicamente estabelecidos caso a caso.

Daí que o diálogo, o debate e a circularidade dessa argumentação favorecem ao precedente a oportunidade de ser democrática e legitimamente superado e, em consequência, de fazer germinar, até mesmo, novos precedentes, direcionados às novas situações futuras, ricas de outros ele-

10 POSNER, Richard. *A problemática da teoria moral e jurídica*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012. P. 357 e ss.

mentos informativos, circunstâncias e contingências.

Portanto, a segurança jurídica haurida no modelo de verticalização dos precedentes não se plasma apenas na chance de quase sempre guiar-se a interpretação judicial para a consolidação do que restou patenteadado no conteúdo dessas decisões paradigmáticas. A segurança, também vista sob o prisma de uma Jurisdição Democrática, alentada pelas Democracias Constitucionais, também está postada na só certeza de que a partir dos próprios precedentes, uma argumentação livre de coações, pode gerar outros tantos consensos jurídicos em torno da mesma matéria e, com isso, oportunizar democraticamente, o surgimento de novos precedentes.

Daí as sempre reconhecidas oportunidades de realizarem-se o *distinguishing* e o *overruling*, assim consideradas, respectivamente, como técnicas de distinção dos casos sujeitos à incidência dos precedentes e de superação desses últimos por novas conclusões ressaídas do debate e da argumentação.¹¹

De ver, nesse estágio de abordagem, que é essa ideia de segurança que compatibiliza o anseio da estabilização das relações jurídicas, gerando um ambiente de confiabilidade e de previsibilidade jurídica com o compromisso constitucional de prover decisões dotadas de reconhecida legitimidade, abertas à contribuição e à influência juridicamente valoradas, bem assim conducentes à formação de novos consensos. Portanto, a segurança jurídica não resulta só da estabilidade pela uniformidade, mas decorre também da segurança, enquanto certeza, de que esses conteúdos decisórios estarão sempre sujeitos à crítica pública, marcada pela técnica argumentativa e topicamente centrada no realismo e no pragmatismo dos casos submetidos à Jurisdição.

Se essa é uma impressão inafastável que se pode extrair do significado dos precedentes para um modelo de Jurisdição Democrática, invencível também é a convicção de que no plano da litigiosidade repetitiva mais ainda se reconhece a importância dessa abertura ao procedimento discursivo.

11 THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flavio Quinaud. *Novo CPC – fundamentos e sistematização*. Salvador: editora Gen, 2015, p. 359.

Diz-se do procedimento discursivo para identificar um tipo de argumentação caracterizada pela coexistência das chamadas pretensões de validade dos atos da fala, a saber: a inteligibilidade (todo proferimento deve ser inteligível, acessível ao entendimento); a verdade (enquanto expressão da realidade objetiva); a veracidade (do sentido de verdade mantido com o outro) e a sinceridade (do sentido de retitude consigo mesmo, isto é, do “acreditar” pessoalmente na verdade do que é dito e sustentado).¹²

Essas pretensões, assim compreendidas como verdadeiros requisitos para a emissão dos proferimentos da fala, direcionados ao outro interlocutor, segundo uma intersubjetividade própria do discurso, sujeitam-se naturalmente à crítica e, com isso, são problematizadas, gerando exatamente o que se define por discurso. Então, o discurso é a problematização decorrente de uma interlocução livre de coações. Sua trajetória parte do *dissenso* natural entre posições argumentativamente situadas e, em razão do *agir comunicativo* aliado ao princípio da democracia volta-se à produção ulterior de *consensos*.

Tem-se, assim, que pelo percurso natural de um procedimento discursivo, em que os atores e partícipes dessa empreitada sucedem-se em argumentações lançadas de parte a parte, há o reconhecimento quanto à produção de uma legitimação pelo procedimento, referentemente às decisões que se confinam, depois, em precedentes judiciais. Assim, o ambiente do processo judicial pode e deve servir de esteio à concretização dessa finalidade maior.¹³

Ora, se o compromisso central da Teoria dos Precedentes representa a produção de decisões capazes de vincularem a apreciação de casos surgidos posteriormente, claro está que o debate a anteceder a sedimentação desses precedentes deve ser amplo, inclusivo e não coercitivo isso porque como pano de fundo para a introdução dessa teoria no sistema processual civil brasileiro está mesmo é a garantia constitucional de acesso a

12 GOES, Ricardo Tinoco de. *Democracia deliberativa e jurisdição: a legitimidade da decisão judicial a partir e para além da teoria de J. Habermas*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 68.

13 GOES, Ricardo Tinoco de. *Op. Cit.* pp. 247-250.

uma ordem jurídica justa.

Debelar a crescente procura do Judiciário em face da repetitividade de ações não é missão de um modelo que se volta à definição de um modo uniforme de julgar com referência apenas a um passado estanque, consolidado numa Jurisprudência, muitas vezes, descompassada com os valores do presente. Reter essa demanda pela via dos precedentes é reconhecer a necessidade de se prover a sua aplicabilidade sempre norteada pela crítica pública, sedimentada numa argumentação que tome em conta outras tantas contribuições advindas da arena das discussões.

Veja-se, por exemplo, o que se dá com a formação de precedentes estabelecidos no plano da judicialização de questões coletivas, afetas à universalidade de interesses e pretensões esparsas, peculiares da chamada metaindividualidade, em que o caráter difuso de sua inserção na mundanidade da vida¹⁴, na experiência cotidiana, balizada pela tradição, impõe a sempre presente abertura ao debate. Por isso, a previsão, também para o IRDR, de audiências públicas realizadas ao objetivo de colher contribuições, informações e tudo o mais que interesse a uma boa ponderação sobre as posições substantivas postas em jogo.¹⁵

Assente-se, conforme pensamos, que o modelo de verticalização para a aplicação dos precedentes deve atender ao paradigma argumentativo-discursivo como forma do agir judicial procedimentalizado. Quer dizer: seja para construir o próprio precedente, seja para propagá-lo para as instâncias ordinárias da Jurisdição, atendendo a sua natural verticalização, é curial que a argumentação posta em discurso (portanto, como se viu, uma argumentação que se lance frente ao problema topicamente considerado) acompanhe todo o processo de aplicação dos precedentes aos casos submetidos ao crivo do Poder Judiciário, de tal sorte que nenhum órgão de ju-

14 HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia – entre facticidade e validade*. Trad. Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 35.

15 MARINONI, Luiz Guilherme. A ética dos precedentes – justificativa do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. pp. 102-104.

risdição afaste-se dessa exigência.

Esse modo de conceber a verticalização dos precedentes alimenta uma verdadeira prática democrática, no sentido de buscar a atualização corrente dos seus conteúdos, a eventual superação dos mesmos e a ratificação, pelo câmbio argumentativo, de sua aceitabilidade racional pela esfera pública, tradicionalmente carente de ação e de audição.

Ao se falar de um modelo argumentativo-discursivo adota-se um tipo ideal de procedimento que acompanha toda a atividade judiciária destinada à construção e a posterior aplicação dos precedentes aos outros casos futuros. Ela alia a segurança da uniformidade decisória com a submissão desse conteúdo uniformizado ao debate e à crítica, pois não interessa a uma Democracia Constitucional a concepção de uma uniformidade sem lastro naquilo que prestigiosa doutrina nomina de legitimação conteudística, relativamente a todo e qualquer ato de poder.

Nesse sentido, eu mesmo já havia me expressado, noutras paragens, dizendo:

“Definitivamente, numa democracia radical e autêntica, a Jurisdição não é só convencida. Ela também convence. Ou ainda: deve inserir-se num universo discursivo no qual a decisão, mesmo que formalmente conformada ao propósito de encerrar uma dada controvérsia, substancialmente adquire o perfil de mais um proferimento do próprio discurso. Ela se vaza no sentido dialógico que a pragmática universal encampa, contendo elementos de argumentação persuasiva que se dirigem não só a justificar, como dito, formalmente, as conclusões a que chegou, mas a levar aos que com ela interagiram numa dimensão prévia de discussão, a informação deontológica que parte do texto constitucional e que aterrissa sobre a realidade estabelecida no processo”.¹⁶

4 CONCLUSÃO

Ao cabo do presente escrito tem-se, em desfecho, a convicção de que estando pautado no desenho constitucional de uma Jurisdição Democrática,

16 GOES, Ricardo Tinoco de. Op. Cit. p. 251.

o sistema processual civil vale-se de uma teoria dos precedentes que, para além do ideal de prover segurança e estabilidade às decisões judiciais, não pode nem deve desvencilhar-se da finalidade igualmente relevante de assegurar legitimidade para essas mesmas decisões.

Nesta ordem, um modelo de clivagem substancialista, comprometido com os valores constitucionais preponderantes, embora possa emprestar fidedignidade ao processo hermenêutico devotado à produção dos precedentes, pode em contrapartida evidenciar o compromisso histórico com o paradigma autorritativo de Jurisdição a espelhar uma atuação isolada, solipista e introspectiva dos órgãos jurisdicionais.

Assim, uma opção procedimental-discursiva, fundada na argumentação livre de coações, simétrica e endereçada à formação de consensos, pode sim resgatar o ideal de estabilidade a tanto acalentado sem comprometer o sentido de legitimidade que deve nortear o exercício de todo ato de poder, em particular, os atos decisórios que partem do exercício da Jurisdição.

Essa realidade esbanja credibilidade quando pensada à luz da realidade contingente das demandas repetitivas, isto porque por atingirem gama significativa de interesses e pretensões de milhares de pessoas espalhadas pelo território nacional, a gravidade com que se reveste a estabilização dessas expectativas com a garantia advinda de uma interlocução permanente, capaz de produzir consensos que ratifiquem ou superem os próprios precedentes, afigura-se como um caminho certo ao resgate da legitimidade para o conteúdo das decisões judiciais. Eis uma forma diferenciada e prospectiva de conceber a aplicação dos precedentes judiciais numa realidade como a brasileira, fortemente suscetível à complexidade, à pluralidade e à flexibilidade de interesses, sempre circunstancial e contingente, em que só uma ambiência claramente comprometida com a democracia afinará a Jurisdição com os propósitos norteadores de um verdadeiro Estado Constitucional e Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco – rumo a uma outra modernidade*. Trad. Sebastião

Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo, São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Estudos de Filosofia do Direito*. São Paulo: Atlas, 2009.

FREITAG, Barbara. *Dialogando com Jürgen Habermas*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005.

GOES, Ricardo Tinoco de. *Democracia deliberativa e Jurisdição – a legitimidade da decisão judicial a partir e para além da teoria de J. Habermas*. Curitiba: Juruá, 2013.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia – entre facticidade e validade*. Trad. Flavio Beno Siebeneichler, volume I, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *A crise de legitimação no capitalismo tardio*. Trad. Vamireh Chacon. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes – justificativa do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

POSNER, Richard. *A problemática da teoria moral e jurídica*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

THEODORO JUNIOR. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. Salvador: Editora Gen, 2015.

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O MICROSSISTEMA DE PRECEDENTES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A NECESSIDADE DE MONITORAMENTO DE DEMANDAS REPETITIVAS

Ana Conceição Barbuda Ferreira¹

Resumo: Esta pesquisa procura se desenvolver no contexto das discussões acerca do microsistema de precedentes estruturado no novo Código de Processo Civil objetivando apresentá-lo na nova sistemática. Os precedentes constituem na estrutura processual vigente um pilar e deverá, produzir no âmbito processual meios de solução racional, rápida e segura, contribuindo para a efetividade do processo. Ainda, reflete, este artigo, sobre a necessidade de criação de meios efetivos de monitoramento de demandas repetitivas de modo a oportunizar sua rápida identificação e gerenciar soluções céleres em especial quando já tramitem no Poder Judiciário. O microsistema de precedentes fomentará a identificação de causas repetitivas sendo necessária a criação de meios de monitoramento através de políticas gerenciais que deverão ser adotadas pelos tribunais e até mesmo pela sociedade civil pois a todos competem o aprimoramento do sistema de justiça.

Palavras-chave: Processo Civil. Microsistema. Precedentes. Monitoramento. Demandas Repetitivas. Normas Fundamentais. Segurança. Celeridade. Racionalidade.

Abstract: This research seeks to develop in the context of discussions about

¹ Juíza de Direito do Estado da Bahia. Doutoranda em Novos Direitos pela UFBA. Mestra em Direito pela UFBA. Mestra em Família na Sociedade Contemporânea. Pós-Graduada em Direito Civil e Processo Civil pela Faculdade Baiana de Direito. Pós – Graduada em Atividade Judicante pela Universidade Federal da Bahia. Pós-graduada em Família e Contextos Sociais pela UCSal. Pós-Graduada em Direito Canônico pela UCSAL. Bacharel em Teologia pela UCSAL. Integrante do Grupo de estudos de Demandas Repetitivas e grandes Litigantes da Enfam (Portaria 16/2015).

the previous microsystem structured in the new Civil Procedure Code aiming to present it in the new system. The foregoing constitute the current procedural framework a pillar and should produce under procedural means of rational, fast and secure solution, contributing to the effectiveness of the process. Still, it reflects this article, on the need to create effective means of repetitive demands monitorament to create opportunities be readily identified and manage rapid solutions particularly when already tramitem the judiciary. The previous microsystem foster identifying repetitive causes requiring the creation of monitoring means through management policies to be adopted by the courts and even the civil society because all compete improving the justice system.

Keywords: Civil Procedure. Microsystem. Precedent. Monitoring. Repetitive demands. Fundamental standards. Safety. Swiftens. Rationality..

1 INTRODUÇÃO

O novo Código de Processo Civil funda em seu bojo o microsistema de precedentes e o faz de forma peculiar. Abraçando a norma contida no art. 926, traz por escopo a determinação para a uniformização da Jurisprudência sendo, esta preocupação do legislador, um fortalecimento e uma ampliação a teoria processual civil para o processo no Brasil.

Na sistemática atual merece destaque relevante, portanto os precedentes. Originariamente, o sistema jurídico nacional tem base no Civil Law, mas pouco a pouco os julgados dos tribunais passaram a ter um valor significativo, dando ensejo a um microsistema de precedente, que conduzirá toda ação relativamente ao julgamento dos processos.

Pensar nos precedentes e na sua aplicação envolve toda a máquina Judiciária e reclama de todos seus agentes e seus auxiliares a extração substancial da essência argumentativa e hermenêutica.

Muitos fatores contribuíram para esta nova temática, esta nova metodologia e raciocínio processual que oportunizará o estabelecimento de

teses jurídicas quais servirão de diretrizes de julgamento para os casos análogos, impondo, por força obrigatória, a vinculação e observância.

O legislador, ateu-se no novo Código de Processo Civil as mazes que atingem o Judiciário, como o excesso de formalidade, o sentimento de insegurança jurídica, a lentidão, o crescente aumento da litigiosidade sobretudo ao que pertinente as demandas repetitivas e procura gestar uma autentica teoria de precedentes, garantindo a segurança jurídica e primando pela racionalidade de toda ação processual.

2 O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E AS SUAS NORMAS FUNDAMENTAIS DE PROCESSO

O Código de Processo Civil (CPC), instituído pela Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, está sistematizado de forma muito diferenciada do código processual civil anterior. Apresenta-se o novo CPC (NCPC) como instrumento criador de um novo sistema jurídico processual e inegavelmente concebe novos institutos e estabelece novas diretrizes para o processo.

O Direito processual civil contemporâneo passou a lidar com novas imagens, postulados, normas (princípios e regras) que fundam, estabelecem um inusitado sistema, fruto da sua convivência e interação com os demais ramos do Direito e até de outras ciências e saberes, absorvendo, deste modo, novos institutos.

Longo e moroso foi o caminho rumo a esta transformação metodológica, qual se desenvolve partir da segunda metade do Século XX², fomentando uma singular relação entre o direito material e do processual, dando ensejo a relações simbióticas, de reciprocidade e trocas.

Neste aspecto, necessário o destaque a Hermes Zaneti Junior que esclarece com ênfase e clareza que direito material e processual não são estão em planos distintos, e portanto, não são antagônicos, mas convergen-

2 DIDIER Jr.,Fredie. Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida. 3ª ed. atualizada, Editora JusPodium, 2016, p. 157.

tes para “imbricá-los pelos nexos de finalidade”³. Processo é caminho para realização, da Justiça, do direito material resistido⁴.

Com esta identidade, o atual Código de Processo Civil, estrutura-se de modo muito diverso do código de processo de 1973, contendo uma parte geral dividida em seis partes (das normas processuais civis, da função jurisdicional, dos sujeitos do processo, dos atos processuais, da tutela provisória, da formação, suspensão e da extinção do processo) e uma parte especial (do processo de conhecimento e do cumprimento de sentença, do processo de execução e dos processos nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões).

Existe, ainda um livro complementar que busca orientar sobre disposições finais e transitórias, sobre *Vacatio Legis*, aplicação imediata do NCCPC, a revogação do CPC 73, e, até, sobre a doutrina do isolamento dos atos processuais. Todos estes detalhes; todas riquezas insculpidas, por si só, já caracterizam a solidez do sistema processual que se quer operante e eficaz.

É com esse espírito que o legislador abre o Livro I titulando-o como «Das Normas Processuais Civis» e em seguida, o especifica «Das Normas Fundamentais e da aplicação das normas processuais».

Não foi um trabalho despropositado do Legislador, afinal queria ele destacar que a sociedade brasileira vivenciaria um novo sistema para o processo civil, onde se verificaria, intensificaria a marca das Normas Fundamentais de Processo Civil.

Há, portanto, um empenho em se diagnosticar, normas fundamentais para o processo, normas (princípios e regras), que permearão toda a aplicação do novo CPC. Sinalize-se que o marco fundante ou a linha diretriz de todo o exercício da atividade processual, no insurgente sistema tem seu nascedouro, as suas origens ideológicas no neoconstitucionalismo.

3 ZANETI, Jr., Hermes. Teoria Circular dos planos (Direito Material e Direito Processual). Polêmica sobre a ação – a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito material e processo. Guilherme Rizzo Amaral e Fábio Cardoso Machado (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 196.

4 ZANETI, Jr., Hermes. A Teoria Circular dos planos (Direito Material e Direito Processual). Leituras Complementares de Processo Civil, 6ª ed. Revista e Ampliada. Salvador: Editora JusPodium, 2008, p. 386.

E, não sem razão, como alerta Luiz Roberto Barroso⁵, pois o Novo CPC é fruto deste fenômeno e deste tempo:

O ambiente filosófico em que floresceu foi o do pós-positivismo, tendo como principais mudanças de paradigma, no plano teórico, o reconhecimento de força normativa à Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e a elaboração das diferentes categorias da nova interpretação constitucional. Fruto desse processo, a constitucionalização do Direito importa na irradiação dos valores abrigados nos princípios e regras da Constituição por todo o ordenamento jurídico, notadamente por via da jurisdição constitucional, em seus diferentes níveis.

O pano de fundo, o sustentáculo do CPC de 2015 é a Constituição Federal. Seria uma redundância, algo de somenos importância a assertiva de que o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais contidos na CF?

Lógico que não seria possível que o NCPC e as suas normas fossem incompatíveis com a Constituição Federal, em vista da força normativa da constituição, mas a norma do artigo 1, quer inaugurar um novo sistema processual e registrar sua ideologia.

Há na norma do art. 1, se assim se pode inferir, um sinal de enraizamento e de pertença. As ciências sociológicas e as ambientais, lidam de modo singular do termo enraizamento e pertencimento e ao se apropriar destes significados pode-se extrair o conteúdo privilegiado deste dispositivo, que quer conduzir todo o processo ao Estado de Direito e por isto vinculados na interpretação das normas a Constituição Federal.

É o que de forma racional nos afirma Bueno:

“O estudo do direito processual civil nesta perspectiva, contido, não se limita a pesquisar os temas de que a Constituição trata sobre o direito processual civil.

Muito mais do que isto, trata-se de aplicar diretamente as diretrizes constitu-

5 http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf

cionais com vistas à obtenção das fruições públicas resultantes da atuação do Estado, inclusive no exercício de sua função jurisdicional, o Estado-Juiz. A lei, neste sentido, deve adequar-se, necessariamente, ao atingimento daqueles fins; não ao contrário.”⁶

Com este novo sistema uma nova categoria normativa é criada, as normas fundamentais do processo, quais consagram regras e princípios que comandam todo o raciocínio hermenêutico, interpretativo. Nos 12 (doze) primeiros artigos elencados está a disciplina fundamental para o processo, que em verdade, não se exaurem e nem se encerram em si mesmas ou nestes dispositivos.

Existem regras que estão na CF e não foram declinadas ou prescritas neste diploma legal de 2015, pelo legislador, cabendo ao seu usuário buscar o alcance das normas e princípios eleitos, ressaltando-se que desde a fase de sua elaboração os processualistas já apontavam que “para pensar em nova codificação para o processo civil, é imprescindível que o Código apareça marcando pela nossa cultura – que é a cultura do Estado Constitucional”⁷.

O NCPC mantém o consagrado princípio dispositivo, ou da inércia jurisdicional, como disposto no seu art. 2, sendo evidente a previsão de exceções, caso em que o princípio inquisitivo se perfaz por forma de disposição legal. Nestes casos, há em verdade um relevância acentuada a participação do Estado-Juiz como condutor motriz do processo.

Novos pilares são introduzidos no art. 3º do CPC. De regra o caput reproduz a norma contida no art. 5, XXXV CF. É o princípio da inafastabilidade da jurisdição ou acesso à Justiça que é anunciado e reafirmado. Mas, defende o legislador a autocomposição. Assim, cabe ao Estado promover, sempre que possível, a solução por autocomposição.

O art. 4 vem tratar do princípio da economia e eficiência processu-

6 BUENO, Cássio Scarpinella. Novo Código de Processo Civil Anotado. São Paulo: Saraiva, 2015, p.42

7 MARINONI, Luiz Guilherme. Mitidiero, Daniel. O Projeto do CPC: crítica e propostas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 60

ais. Nos remete a lembrança da previsão contida no art. 5 LXXVIII da CF e é um artigo que não encontra outro equivalente no texto codificado de 73.

Destaca-se neste instante artigo a preocupação do legislador com o tempo razoável do processo e especialmente indica que neste tempo deve-se obter um resultado que é a solução integral do mérito, com ênfase, em evidência, na atividade satisfativa.

São os princípios da duração, da primazia da decisão e da satisfação. Note-se que o Legislador impõe o dever de promover saneamentos dos vícios processuais instigando que o julgador se debruce sobre a causa, sobre o processo de modo a evitar que perdure anos e seja rejeitada sua análise por vícios reparáveis, menores.

Do órgão julgador, como se vê, se espera o deslinde do processo e não o afastamento do seu conteúdo máximo, o mérito, por vícios sanáveis, o que somente se permite agora por exceção e depois de utilizados em todas as instancias, dos meios e recursos insistentes de sua superação.

Inclua-se na ordem contida nesta norma a satisfação, ou seja, o direito a execução. É a integralidade do acesso à justiça. Garante-se a abertura do processo, procura-se a solução e mais que isto, a efetivação.

Vale a pena conferir, o escopo pretendido com as normas dos arts. 5, 6, 10, 11 do NCP. O legislador conclama a todos os sujeitos do processo a cooperação. Garante o contraditório em toda extensão. Quer a aplicação do princípio da isonomia e do contraditório. Ora, o NCP, afirma que não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Neste sentido, quer estabelecer que todos os sujeitos do processo cooperem entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva. E, isto é um dever.

Aqui, pode-se citar Marinone⁸ que nos apresenta que no Estado de Direito que estamos inseridos o valor do direito de ação não pode violar o contraditório:

8 idem. p.16.

“Dentro do Estado Constitucional, um Código de Processo Civil só pode ser compreendido como um esforço do legislador infraconstitucional para densificar o direito de ação como direito a um processo justo e, muito especialmente, como um direito à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva dos direitos. O mesmo vale para o direito de defesa. Um Código de Processo Civil só pode ser visto, em outras palavras, como uma concretização dos direitos fundamentais processuais civis previstos na Constituição.”

Verifique-se na trilha do devido processo legal, que o Juiz não de-vera proferir decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida, salvo as exceções relativas à tutela provisória de urgência, às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III e à decisão prevista no art. 701.

Essa norma traz em si a marca contida de uma garantia ampliada do princípio do contraditório e da ampla defesa. De fato, o espírito do legislador percorrerá todo o Novo estatuto processual com a marca d'água da eticidade processual e, portanto, não quer surpresas e, por isto, privilegia esse prévio e extenso contraditório. Tudo passa pelo crivo do contraditório.

Neste sentido, compreende-se a remissão as prescrições contidas nos art. 4, 5 da Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro e o art. 10 quer servir como diretriz.

Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade. Existirá ato mais abominável de um Juiz do que proferir decisões sem justificar, sem fundamentar. Corresponde a pura arbitrariedade.

Como se verifica o CPC 2015 é muito coerente. É importante, portanto se compreender estas linhas condutoras para caminhar sobre o modelo de precedentes erigido pelo novo Código de Processo Civil para que haja apropriação deste instituto jurídico e dele extrair o seu primordial conteúdo e alcance.

3 O MICROSISTEMA DE PRECEDENTES COMO EFICAZ INSTRUMENTO NO JULGAMENTO DAS DEMANDAS REPETITIVAS

A Constituição Cidadã, CF 88, garantiu inúmeros direitos fundamentais, dentre os quais encontramos o acesso à justiça, expresso no art. 5, XXXV, dando ensejo a um alargamento do direito de ação e sem dúvida pode ser considerado uma das causas do aumento da litigiosidade.

Muitos fatores contribuem para o fenômeno da litigiosidade, não sendo estes elencados neste artigo, mas sabe-se que é crescente o debate sobre este tema nas últimas décadas, inclusive por afetar a massificação dos processos. Friedman, adverte no tocante a litigância, que em sentido comum, diz respeito “às controvérsias que são solucionadas por meio do uso do sistema de justiça”, arrematando:

O significado principal, então, infere três elementos distintos: primeiro, uma demanda, ou seja, uma tentativa ativa de alcançar um objetivo desejado; segundo, a existência de uma disputa ou de um conflito ou, em outras palavras, resistência à reivindicação apresentada; e terceiro, o uso de uma instituição específica, a justiça, para resolver o referido conflito ou disputa.⁹

Complexidade há quando envolvemos três fontes de debates: uniformidade das decisões judiciais, morosidade processual e aumento de demandas. Estes fatores exigem novas metodologias processuais para a eficácia e efetividade do processo. De fato, pensar-se em acesso à justiça, como direito fundamental implica em se estabelecer novos objetivos e adotar métodos e objetivos na teoria geral do Processo.¹⁰

De fato, verifica-se o impacto ocasionado com as garantias e direitos fundamentais na CF 88 em consonância com o processo de globalização,

9 FRIEDMAN, Lawrence M. Litigância e sociedade. – revista de direito administrativo, rio de Janeiro, v. 263, p. 13-34, maio/ago. 2013. Disponível em: <www.jstor.org/stable/2083216?origin=JSTOR-pdf&>. Acesso em: 04.03.2016. Traduzido por Tatiana Mesquita. Revisão técnica de Izabel Saenger Nuñez.

10 CAPPELLETI, Mauro; GARTH, Byant. Acesso a Justiça. Tradução e revisão: Ellen Gracie Northfleet. porto Alegre: Fabris, 2002, p.8

quais “potencializaram o surgimento de lides” e fomentaram a explosão da litigância, afogando os tribunais com milhares de processos que tramitam “baseados em legislações processualistas truncadas e de cunho protelatório”, ao lado do reduzido número de magistrados, servidores e bens.¹¹ Esta é a realidade atual.

De igual maneira, compete chamar a atenção ao quanto ensina Boaventura Santos quando afirma que a “mobilização dos tribunais pelos cidadãos nos domínios civil, laboral, administrativo etc. implica sempre a consciência de direitos e a afirmação da capacidade para os reivindicar”¹².

Assim, enfatize-se que o Estado de Direito, a democracia alicerçada está no sentido maior de plena cidadania, exercício dos direitos, sejam quais forem sua natureza. Na sociedade contemporânea e no Brasil este direito é estruturante.¹³

Nesta linha de raciocínio se pode ver que o Direito processual civil passa a ser revigorado pela concepções constitucionalizantes não podendo mais ser visto como um instrumento de resolução de conflitos individuais tão somente e à disposição das partes ¹⁴.

Dierle Nunes espera uma nova processualista vez que há necessidade de eliminação do processo como uma “mera burocracia”, pois este “corporifica um instituto legitimamente e estruturador da participação cidadã e da própria democracia”¹⁵. Os interessados, com esta metodologia de processo,

11 LUCENA FILHO, Humberto Lima de. A cultura da litigância e o Poder Judiciário: noções sobre as práticas demandistas a partir da justiça brasileira. Disponível em: . Acessado em: 29.03.2016.

12 SANTOS, Boaventura de Souza; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. Os tribunais nas Sociedades contemporâneas. revista brasileira de Ciências Sociais.n 30. Disponível em: http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_30/rbcs30_07.htm Acesso em: 23.03.2016

13 SANTOS, Boaventura de Sousa (et. al). Proposta de projetos para o Observatório da Justiça Brasileira. Coimbra: Centro de Estudos Sociais – Universidade de Coimbra, setembro 2009. p. 5

14 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. São Paulo: RT, vol. 199, set./2011, p. 42

15 NUNES, Dierle José Coelho. Processo Jurisdicional Democrático: Uma Análise Crítica das Reformas

participam aprimorando o sistema, onde cada um assume a responsabilidade de seu papel, e evitam o subjetivismo e autoritarismo judicial.

O sistema de reforma do Código de Processo Civil, neste diapação, terminou com conceber para esta realidade, onde a litigância é cada vez crescente e clama por soluções que diminuam seus efeitos e impactos. Neste ambiente, o direito processual brasileiro tece de modo significativo a teoria dos precedentes, de tal modo a gerar seu microsistema, instrumento qualificado a gerar a igualdade, a coerência, a segurança jurídica e a previsibilidade das decisões judiciais¹⁶.

3.1 O SISTEMA DA FORÇA OBRIGATÓRIA DOS PRECEDENTES

Fredie Didier, assinala que precedente é a decisão judicial tomada à luz e um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos¹⁷. Esta definição traz a tona o ponto crucial de toda questão que se resume nas palavras diretriz e casos análogos.

Assim, existindo uma diretriz os casos análogos devem por ela seguir. Eis o precedente, que respeita a tese construída, que assimila o sistema do *stare decisis*,¹⁸ consolidando a sistemática metodológica processual que oportuniza soluções idênticas para casos idênticos, soluções semelhantes para casos semelhantes vez que extraído a *ratio decidendi*¹⁹.

Muitos fatores podem ser identificados como fundamentais a con-

Processuais. Curitiba: Juruá Editora, 2008. p. 74 4 211.

16 DONIZETTI, Elpídio. A força dos precedentes no Novo Código de Processo Civil. Revista Direito UNIFACS – Debate Virtual. <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3446>

17 DIDIER Jr., Fredie; OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paula. Curso de direito processual civil. Salvador: 3ª ed. atualizada, Editora JusPodium, 2016, p. 463.

18 STARE DECIDIS é expressão de origem latina que significa literalmente concordar com ou aderir a casos já decididos, em direito esta expressão está ligada ao respeito dos próprios tribunais aos casos-precedentes (ZANETI JR., HERMES. O valor dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2. ed. rev. e atual.: Salvador: JusPodium, 2016, p. 310.)

19 DONIZETTI, Elpídio. A força dos precedentes no Novo Código de Processo Civil. Revista Direito UNIFACS – Debate Virtual. <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3446>

templação da teoria dos Precedentes e não pode ser visto como mera inovação ou técnica, pois em primeiro lugar está a preservação do valores do Estado de Direito, viabilizando a aplicação igualitária e a responsabilidade pessoal²⁰. A aplicação do direito não é um acaso, um faz de contas, uma caixa de surpresas, ou escolhas aleatórias de fundamentos.

Através do sistema de precedentes promove-se a igualdade, defende-se a clareza dos julgados e impõe a sua generalização e oportuniza segurança frente a sua previsibilidade e racionalidade. Por fim, inegável através deste processo o fortalecimento institucional, sua respeitabilidade e confiança.

Deve-se abrir pequeno espaço para advertir que estruturado o sistema jurídico brasileiro no *Civil Law* sendo a lei a fonte principal, contudo o sistema de precedentes vem arrefecer o hermético sistema estruturado, solvendo para dentro de si, motivações valorativas fruto das interpretações, “leis “também” no caso concreto”, produzidas no mundo fragmentado e complexo, onde discricionariedade é também ato vinculado a princípios e ética.

Ao falar sobre o desenvolvimento e unidade do Direito, Marinoni afirma o sistema de precedente “reflete a coerência da ordem jurídica, viabilizando a previsibilidade e o tratamento uniforme de casos similares, pois o precedente é um valor em si, é algo indispensável para que se tenha unidade do direito e ordem jurídica coerente»²¹.

Muitos defendem que há **commonlização**, pois absorve-se os precedentes do *Common Law*, contudo, a expressão assenta-se como infeliz. O microsistema de precedentes que está sendo gestado e irá se desenvolver tem aspectos próprios oriundo de uma teoria processual civil peculiar e sem precedentes até então. Os efeitos e impactos deste sistema de precedentes no Brasil é fruto de uma inovadora ciência processual e não de uma casuística ou elementaridade. Eis aí complexidade da autenticidade do sistema de precedentes que será consolidado.

20 MARINONI, Luiz Guilherme. A ética dos precedentes. Justificativa do novo CPC. 1.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 102.

21 idema, p. 103.

Quanto ao sistema de precedentes, registre-se de logo, que se assinala como núcleo dogmático as regras contidas nos arts. 926, 927, 489, § 1º, V e VI do NCPC. Estes artigos são esteio para a força obrigatória, revelando para as demandas de massa e as causas repetitivas, a segurança, a coerência, celeridade e tratamento isonômico pois nestas causa se ultrapassa os interesses subjetivos das partes²².

O art. 926 NCPC prescreve que os tribunais devem uniformizar a sua jurisprudência e mantê-la e estável, íntegra e coerente. Assim, defenda-se a verticalidade das decisões, pois os tribunais estão obrigados a editar enunciados de súmulas de jurisprudência dominante e mais, lhes compete a filiação às circunstâncias fáticas dos precedentes, que motivaram sua criação.

A primeira vista pode parecer que o NCPC reescreve de forma mais sintética os artigos art. 476 a 479 do código revogado, mas não o faz. Este artigo é um marco referencial do sistema, microsistema de precedentes e inaugura tempos de primordial valor para a ação e o papel dos tribunais com seus julgamentos, não porque estejamos **commonlizados**, mas porque estamos inseridos em um Estado de Direito com princípios fundamentais para o processo e com o dever de julgar com coerência. Segurança, responsabilidade e ética.

A este propósito convém registrar que o procedimento eleito para *uniformização* não se refere a um mero compilamento, agregamento jurisprudencial, mas é um exaustivo e minuciosos dever de construção precedentes (jurisprudência e súmulas) tendo por escopo último a finalidade da prestação jurisdicional.

O § 2º do art. 926, quer afastar os desconexos julgados oportunizando a segurança e a racionalização da atividade jurisdicional. Não há dúvida de que desde muito merecia destaque tal procedimento na atividade do

22 ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues de. Uma proposta de sistematização da eficácia temporal dos precedentes diante do projeto de novo CPC. O projeto do Novo Código de Processo Civil. Estudos em homenagem ao Professor José Joaquim Calmon de Passos (Coordenador Fredie Didier e Antonio Adonias Aguiar Bastos). Salvador: JusPodium, 2012, p. 323)

juiz, tanto que o art. 927 implementa a política pública judiciária²³.

Didier aponta o precedente como “ato-fato jurídico”, acentuando que sobre os efeitos são produzidos independentemente da vontade de quem os pratica, e pois da manifestação do órgão jurisdicional que o produziu. São efeitos *ex lege*, anexos da decisão²⁴, cuja eficácia variara de acordo com a natureza e decorre da *ratio decidendi*.

Ressalve-se que além do binômio obrigatoriedade e persuasão, outros efeitos podem ser produzidos pelos precedentes, como os efeitos obstativos, autorizantes, reincidentes e até revisionais, o que demonstra a eficácia jurídica imediata deste instituto e destaca a sua suma importância na atual sistemática processual.

Desta forma, deve se destacar que o NCPC não dá oportunidade ao juiz de aplicar ou não o precedente, pois este sempre será vinculativo. Havendo, pois, precedente sobre a questão será, ele, utilizado nas inúmeras ações que versem sobre o caso. É a teoria dos precedentes normativos vinculantes uma mudança paradigmática, abandonando-se o modelo fraco de precedente até então vigentes, construindo uma nova ideologia:

A ideologia do CPC 2015 é claramente voltada para a vinculatividade formal das decisões e técnicas de externalização das decisões elencadas nos incisos do art. 927, devendo vir combinada com as exigências materiais de racionalidade decorrente da estabilidade, coerência e integralidade das decisões (art. 926), da identificação dos fundamentos determinantes (*precedent-identification*) e demonstração de seu ajuste ao caso atual (*precedent-following*), e, da eventual existência de distinção ou superação para explicar o porquê de deixar de seguir o caso-precedente (art 489,§1º, V e VI).²⁵

23 BUENO, Cássio Scarpinella. Novo Código de Processo Civil Anotado. São Paulo: Saraiva, 2015, p.42

24 DIDIER Jr., Fredie; OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paula. Curso de direito processual civil. Salvador: 3ª ed. atualizada, Editora JusPodium, 2016, p. 455

25 ZANETI JR., HERMES. O valor dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2. ed. rev. e atual.: Salvador: JusPodium, 2016, p. 362 e 364).

O artigo 927, III do NCPC, adverte que:

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.

Por fim, assinalado está no art. 928 NCPC que as decisões do incidente de resolução de demandas repetitivas, o recurso especial e o extraordinário são considerados julgamentos de casos repetitivos.

Eis a verificação de que com a nova sistemática do CPC de 2015, muito de debruçou o legislador por criar mecanismos de enfrentamento as demandas de massa e repetitivas. Eis o dever do Julgador de respeito aos precedentes firmados. Pode-se notar ao lado disto um grande número de iniciativas ao combate intenso as ações de massa no sentido de solucioná-las no prazo mais breve possível e com segurança. É o que se espera do Judiciário.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) instituiu recentemente, preocupado com as demandas de massa, reuniu-se no intento de elaborar de projeto de resolução para a criação de centros de inteligência e monitoramento destas demandas nos tribunais brasileiros.

O objetivo do CNJ é a constituição de centros permanentes de identificação, análise e monitoramento das ações que visem direitos e interesses coletivos e de demandas repetitivas na Justiça. Sem dúvida, os dados colhidos na justiça em números²⁶ destaca o crescente aumento de demandas. Uma litigiosidade galopante que deve encontrar freios e

26 <http://www.cnj.jus.br/programas-e-aco/es/pj-justica-em-numeros>

mecanismos seguros de solução²⁷.

A edição da Portaria 148 de 05 de novembro de 2015 é um grande avanço e representa ainda mais fortalecimento a questão dos precedentes no país e a força que estes devem impor no julgamento pelos Tribunais.

Neste sentido, verifica-se a importante ação dos Tribunais de todo o país, na execução e efetividade das medidas processuais hábeis instituídas pelo NCPC e muito mais que isto, medidas preventivas que discutam, repensem, reflitam sobre as demandas de massa e suas alternativas de obstacularizar o excesso de litigiosidade.

4 CONCLUSÃO

O novo código de processo civil concebeu uma nova metodologia para o processo e estabelece um novo sistema processual. Estabelece o novo CPC normas fundamentais de processo e vincula explicitamente sua interpretação a Constituição Federal.

Princípios são assegurados como a primazia da decisão de mérito, o prazo razoável de tramitação, e potencializa o contraditório, a regra da ampla defesa com uma diversidade de postulados que garantem seu fim e o cumprimento de seus objetos.

O legislador identificou o fenômeno da litigiosidade, das demandas de massa e massificação dos processos, ao tempo que paralelamente, observou a morosidade, a fragilidade da jurisprudência, a ausência de ênfase a atuação dos tribunais e, pois, dos seus precedentes.

Neste diapasão, idealizou e elegeu o mecanismos dos precedentes como uma alternativa hábil a oportunizar soluções que colaborem com o sistema de justiça, aperfeiçoando e provendo para o Judiciário efeitos e impactos imediatos dos seus julgados. É com este interesse que o direito processual brasileiro tece de modo significativo a teoria dos precedentes, de tal modo a gerar seu microsistema, instrumento qualificado a gerar a igualdade, a coerência, a segurança jurídica.

27 <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3018>

O microsistema de precedentes deve promover novos tempos para o processo sendo necessário que sejam criados mecanismos de monitoramento vez que firme o propósito de pacificação de forma a banir o descaso processual especialmente para com as demandas de massas.

REFERÊNCIAS

ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues de. **Uma proposta de sistematização da eficácia temporal dos precedentes diante do projeto de novo CPC. O projeto do Novo Código de Processo Civil**. Estudos em homenagem ao Professor José Joaquim Calmon de Passos (Coordenador Fredie Didier e Antonio Adonias Aguiar Bastos). Salvador: JusPodium, 2012.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil Anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAPPELLETI, Mauro; GARTH, Byant. **Acesso a Justiça**. Tradução e revisão: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002

DIDIER Jr., Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida**. 3ª ed. atualizada, Editora JusPodium, 2016.

DONIZETTI, Elpídio. **A força dos precedentes no Novo Código de Processo Civil**. Revista Direito UNIFACS – Debate Virtual. <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3446>

FRIEDMAN, Lawrence M. **Litigância e sociedade**. – revista de direito administrativo, Rio de Janeiro, v. 263, p. 13-34, maio/ago. 2013. Disponível em: <www.jstor.org/stable/2083216?origin=JSTOR-pdf&>. Acesso em: 04.03.2016. Traduzido por Tatiana Mesquita. Revisão técnica de Isabel Saenger Nuñez.

LUCENA FILHO, Humberto Lima de. **A cultura da litigância e o Poder Judiciário: noções sobre as práticas demandistas a partir da justiça brasileira**. Disponível em: . Acessado em: 29.03.2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. Mitidiero, Daniel. **O Projeto do CPC: crítica e propostas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

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. São Paulo: RT, vol. 199, set./2011.

_____. **Processo Jurisdicional Democrático: Uma Análise Crítica das Reformas Processuais.** Curitiba: Juruá Editora, 2008.

SANTOS, Boaventura de Souza; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. **Os tribunais nas Sociedades contemporâneas. revista brasileira de Ciências Sociais.** n 30. Disponível em: http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_30/rbcs30_07.htm Acesso em: 23.03.2016

ZANETI, Jr., Hermes. **Teoria Circular dos planos (Direito Material e Direito Processual). Polêmica sobre a ação – a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito material e processo.** Guilherme Rizzo Amaral e Fábio Cardoso Machado (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado.

_____. A Teoria Circular dos planos (Direito Material e Direito Processual). Leituras Complementares de Processo Civil, 6ªed. Revista e Ampliada. Salvador: Editora JusPodium, 2008.

_____. **O valor dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes.** 2. ed. rev. e atual.: Salvador: JusPodium, 2016. [Http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf)

SISTEMA DE SUPERAÇÃO DE PRECEDENTES E SEUS EFEITOS

Karina Albuquerque Aragão de Amorim¹

Roberto Batista Oertli Júnior²

Resumo: A evidente influência do sistema da common law no ordenamento jurídico brasileiro tem orientado o legislador pátrio a positivar técnicas que utilizam os precedentes judiciais como fonte do direito. As súmulas (as vinculantes, especialmente), orientações jurisprudenciais, as técnicas de julgamento que envolvem a repercussão geral, dentre outras, são evidências da aproximação do ordenamento pátrio ao sistema do direito consuetudinário

O Novo Código de Processo Civil, então, inaugurando uma nova fase e, bem assim, uma nova perspectiva do direito processual e judicial, introduziu o sistema de precedentes judiciais consagrando o princípio da isonomia, segurança jurídica e celeridade do processo. Ocorre que ao estabelecer tal é necessário que se institua um mecanismo de superação dos precedentes de modo a permitir a constante atualização e coerência do sistema jurídica, tornando o ordenamento congruente, além de possibilitar o seu constante desenvolvimento.

Passando por uma análise perfunctória, porém essencial, a respeito do novel sistema de precedentes judiciais, o presente trabalho tem por escopo analisar o sistema de superação dos precedentes e os efeitos tal como positivado no Novo Código de Ritos. Assim, as técnicas de *distinguishing*, *overruling*,

1 Juíza de Direito Substituta do Tribunal de Justiça de Pernambuco. Respondendo pelo Juízo da 33ª Vara Cível – Seção A – do Recife/PE. Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Membro Titular da Terceira Turma do Colégio Recursal do I Colégio Recursal do Tribunal de Justiça de Pernambuco.

2 Servidor do Tribunal de Justiça de Pernambuco. Assessor de Magistrado. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Pós-Graduado em Direito Processual Civil pela Universidade Anhaguera-Uniderp.

e *transformation* serão devidamente analisadas, verificando-se como se dá a superação total e parcial, de modo a verificar o *modus* de sua aplicação, bem como os efeitos decorrentes.

Palavras-chave: Precedentes. Superação. Técnicas. *Distinguishing*. *Overruling*. Efeitos.

1 INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 1973 foi reformado inúmeras vezes para oferecer uma prestação jurisdicional mais efetiva e tempestiva. Imbuído do espírito de modernização e adequação do processo aos anseios da sociedade, surgiu o Novo Código de Processo Civil - Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, que positivou o sistema de precedentes judiciais. Nos dizeres de Cláudia Albagli Nogueira³:

A criação e organização de um sistema de precedentes pelo NCPC atende à expectativa de todo e qualquer jurisdicionado de ter a decisão da sua causa em sintonia com aquilo que é o entendimento majoritário do juízo ao qual se recorre e, por decorrência, ver assegurada a justiça pelo tratamento semelhante de demandas semelhantes.

O sistema de precedentes judicial não somente cria mecanismos para a obtenção mais célere de uma solução para os conflitos postos à apreciação do judiciário, como também fortalece o princípio da segurança jurídica, garantido tratamento isonômico aos jurisdicionados.

A utilização dos precedentes como fonte do direito confere confiabilidade às decisões judiciais, evitando soluções diversas para questões

3 NOGUEIRA, Claudia Albagli. **O Novo Código de Processo Civil e o sistema de precedentes judiciais: pensando um paradigma discursivo da decisão judicial**. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/ef/index.php/sem-categoria/o-novo-codigo-de-processo-civil-e-o-sistema-de-precedentes-judiciais-pensando-um-paradigma-discursivo-da-decisao-judicial-2/>. Acesso: 13 mar. 2016.

similares que maculam não só o princípio da isonomia, mas também a segurança jurídica. Nesse sentido Guilherme Mungo Brasil⁴ afirma:

A adoção de um sistema de precedentes vinculantes pode garantir ao jurisdicionado, a um só tempo, o efetivo respeito de seu direito à igualdade e à segurança jurídica, além de assegurar a coerência da ordem jurídica. No Brasil de hoje, v.g., é bastante comum que jurisdicionados envolvidos em lides que encerram idêntico quadro fático, ao se socorrerem no Judiciário, tenham cada qual soluções distintas a suas quezílias.

O Novo CPC, nos artigos 926 a 928, regulamentou o sistema de precedentes estabelecendo as diretrizes para a uniformização da jurisprudência, visando a uma maior segurança quanto às decisões judiciais.

Dentre as normas que tratam da aplicação dos precedentes, há regras que preveem o *modus* pelo qual se dá a superação dos precedentes evitando uma atuação engessada dos julgadores os quais não estarão coagidos a seguir indistintamente as decisões paradigmáticas (precedentes).

Os mecanismos de superação dos precedentes e os seus efeitos constituem o objeto deste estudo. Para tanto, necessário se faz uma análise previa, ainda que perfunctória a respeito dos precedentes judiciais.

2 DOS PRECEDENTES JUDICIAIS.

Os precedentes judiciais têm seu berço na teoria do *stare decisis*, albergada nos países que adotam o sistema da *common law* e que tomam por obrigatória a sua observância. As decisões precedentes fundamentam o julgamento de casos posteriores, refletindo seus efeitos jurídicos e condicionando os julgamentos futuros. Nesse sentido de Elpidio Donizetti⁵ afirma:

4 BRASIL, Guilherme Mungo. Precedente judicial no direito brasileiro. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 4074, 27 ago. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/31291>>. Acesso em: 11 mar. 2016.

5 DONIZETTI, Elpidio. A Força dos Precedentes do Novo Código de Processo Civil. Disponível em: <http://elpidiodonizetti.jusbrasil.com.br/artigos/155178268/a-forca-dos-precedentes-do-novo-codigo-de-processo-civil>. Acesso: 15 mar. 2016

O *stare decisis*, entendido como precedente de respeito obrigatório, corresponde à norma criada por uma decisão judicial e que, em razão do status do órgão que a criou, deve ser obrigatoriamente respeitada pelos órgãos de grau inferior.

No Brasil, o sistema adotado é o da *civil law*, que encontra na lei positivada a sua principal fonte. O julgador ao decidir, deve observar a prescrição positivada na lei.

No entanto, é inegável a crescente influência do sistema da *common law* no direito processual brasileiro evidenciada pela instauração do sistema dos precedentes judiciais. Fredie Didier Junior⁶ destaca que:

(...) foi nos países de origem anglo-saxônica que mais se desenvolveu a teoria dos precedentes judiciais. Mas é relevante observar que o precedente é uma realidade inerente a qualquer sistema jurídico, quer vinculado à família da *civil law* (como o Brasil), quer vinculado à família da *common law* (como os Estados Unidos e Inglaterra). A diferença, na verdade, está no grau de autoridade (eficácia) que possui.

É exatamente nesse contexto que sobressai a importância do seu estudo, sobretudo em função do destaque que vem ele ganhando no nosso ordenamento jurídico. Isso se revela pela autoridade (eficácia) que o legislador brasileiro vem emprestando ao precedente judicial.

Pois bem, a respeito do precedente judicial Pablo Edirmando Santos Normando⁷ afirma que:

6 DIDIER JR, Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. 4ª Edição. Salvador: JusPodivm, Volume 2, 2009.

7 NORMANDO, Pablo Edirmando Santos. *Stare decisis no Brasil: implicações do novo CPC na adoção dos precedentes judiciais*. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 21, n. 4634, 9 mar. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/46506>>. Acesso em: 27 mar. 2016.

Em sentido lato, o precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos (DIDIER JR.; OLIVEIRA; BRAGA, 2015, p. 441). Mas não é qualquer decisão judicial, somente aquelas que têm potencialidade de se firmarem como paradigmas para orientação dos jurisdicionados e magistrados (RAMOS, 2013).

Para constituir precedente, a decisão tem que enfrentar todos os principais argumentos relacionados à questão de direito no caso concreto, além de poder necessitar de inúmeras decisões para ser definitivamente delineado.

Por seu turno, Arenhart, Marinoni e Mitidiero⁸, asseveram que

(...) o precedente trabalha essencialmente sobre fatos jurídicos relevantes que compõem o caso examinado pela jurisdição e que determinaram a prolação da decisão da maneira como foi prolatada. (...). Os precedentes emanam exclusivamente das Cortes Supremas e são sempre obrigatórios – isto é, vinculantes. Do contrário, poderiam ser confundidos com simples exemplos.

O Enunciado n. 315 do Fórum Permanente de Processualistas Civis destaca, por outro lado, que “nem todas as decisões formam precedentes vinculantes”.

Nesse sentido, importa mencionar que o sistema de precedentes está previsto no Novo CPC no Livro III da Parte Especial, especificamente a partir do art. 926, ao estabelecer a necessidade de se uniformizar a jurisprudência, bem como de mantê-la estável e coerente.

Os precedentes judiciais, em verdade são as razões da decisão que vinculam a atividade do julgador. Trata-se da *ratio decidendi*. De acordo de Arenhart, Marinoni e Mitidiero⁹:

8 ARENHART, Sérgio Cruz. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 871.

9 Ibidem. p. 873.

O precedente pode ser identificado com a *ratio decidendi* de um caso ou de uma questão jurídica – também conhecida como *holding* do caso. A *ratio decidendi* constitui uma generalização das razões adotadas como passos necessários e suficientes para decidir um caso ou as questões de um caso pelo juiz.

Por outro lado, as proposições que constituem o *obter dictum* não são relevantes para a formação do precedente, devendo o julgador adotar a devida cautela ao se utilizar do precedente judicial. A esse respeito confiram-se o Enunciado nº 318, do Fórum Permanente dos Processualistas Civis¹⁰.

A aplicação dos precedentes, portanto, não engessa a atuação do magistrado. Ao contrário, a atividade interpretativa é imprescindível. Assim, ao justificar a aplicação do precedente ao caso concreto, o julgador, em sua fundamentação deverá identificar as similitudes entre o caso sob sua análise e os elementos fáticos e jurídicos constantes da decisão precedente.

Para Arenhart, Marinoni e Mitidiero¹¹

(...) se a questão não for idêntica ou não for semelhante, isto é, existirem particularidades fático-jurídicas não presentes – e por isso não consideradas – no precedente, então é caso de distinguir o caso do precedente, recusando-lhe a aplicação. É o caso de realizar uma distinção (*distinguishing*).

É evidente, portanto, a atividade interpretativa do magistrado ao aplicar o precedente judicial, pois necessitará identificar os aspectos comuns ensejadores da aplicação do precedente judicial à questão sob sua análise. Insta lembrar que o Novo Código de Processo Civil estabelece, em seu art. 489, §1º, V, que a decisão não se considera devidamente fundamentada se ela se limitar a invocar o precedente sem identificar os fundamentos determinantes para a sua aplicação.

10 Enunciado nº 318, do FPPC: Os fundamentos prescindíveis para o alcance da adoção do resultado fixado no dispositivo da decisão (*obter dicta*), ainda que nela presentes, não possuem efeito de precedente vinculante.

11 ARENHART, Sérgio Cruz. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. Op. cit. p. 875.

Do mesmo modo, nos termos do art. 489, §1º, VI, do NCPC, o julgador, ao deixar aplicar a súmula, o precedente ou a jurisprudência invocada pela parte, deverá demonstrar a existência de distinção ou a superação do entendimento, sob pena de se considerar a decisão carente de fundamentação.

3 SISTEMA DE SUPERAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS E EFEITOS

Consoante destacado acima, o Novo CPC possibilitou, desde que fundamentadamente, a não aplicação do precedente. Para tanto, há que se proceder ao *distinguishing*, técnica que consiste na análise crítica dos elementos que compõem a *ratio decidendi* da decisão paradigma. Elpídio Donizetti¹² afirma que a técnica do *distinguishing* “se caracteriza pelo confronto do caso à *ratio decidendi* do paradigma, visando aplicar ou afastar o precedente”.

Arenhart, Marinoni e Mitidiero¹³ apontam diversos dispositivos do Novo CPC Ritos que aludem ao *distinguishing* (arts. 489, §1º, I.029, §2º, I.037, §§ 9º e 12º, I.042, §1º, II, I.043, §5º, CPC) e destacam que:

Para que exista fidelidade ao precedente as distinções têm de ser consistentes, isto é, tem de ser realizadas a partir de uma diferenciação subjacente entre as questões examinadas pelo órgão jurisdicional.

Finalmente, a respeito do *distinguishing* impende destacar que, de acordo com o Enunciado nº 174 do FPPC, “a realização da distinção compete a qualquer órgão jurisdicional, independentemente da origem do precedente”. Além disso, o Enunciado nº 306, do FPPC, expõe:

E. 306: O precedente vinculante não será seguido quando o juiz ou tribunal distinguir o caso sob julgamento, demonstrando fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta, a impor solução jurídica diversa.

12 DONIZETTI, Elpídio. Op. Cit.

13 ARENHART, Sérgio Cruz. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. Loc. cit.

Destacada a hipótese da distinção, cumpre-nos analisar a superação dos precedentes propriamente dita. Nessa senda, é de bom alvitre atentar para a premência de que o ordenamento jurídico estabeleça mecanismos de superação dos precedentes, tendo em vista a necessidade constante de desenvolvimento e atualização do Direito. Os autores supracitados¹⁴ referem que

o sistema de precedentes precisa prever técnicas para sua superação – seja total (*overruling*), seja parcial. Nesta última hipótese, a superação pode se dar mediante transformação (*transformation*) ou reescrita (*overriding*).

Gustavo Filipe Barbosa Garcia¹⁵, corroborando o posicionamento exposto destaca que a “jurisprudência, de todo modo, não é estática, devendo evoluir conforme as mudanças normativas e a dialética das relações sociais”.

Nesse contexto, lembra-se que o art. 926, do NCPC, determina que “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. Assim, a superação do precedente judicial, técnica denominada *overruling*, calca-se na necessidade de se rever o posicionamento paradigmático a fim de ser mantida a coerência do sistema jurídico. Arenhart, Marinoni e Mitidiero¹⁶, nesse contexto, asseveram que

Quando o precedente carece desses atributos, os princípios básicos que sustentam a regra do *stare decisis* – segurança jurídica e igualdade – deixam de autorizar a sua replicabilidade (*replicability*), com o que o precedente deve ser superado.

Impõe-se a superação quando o precedente não reflete a congruência do sistema, fazendo premente a sua evolução, de modo a resguardar a

14 Ibidem.

15 GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Novo Código de Processo Civil: Principais Modificações**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 291.

16 ARENHART, Sérgio Cruz. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. Loc. cit.

isonomia e a segurança jurídica. A superação do precedente deve ser devidamente fundamentada, conforme impõe o art. 927, §4^a, do CPC. Além disso, nos termos do §2º do mesmo artigo, a superação poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

Observe-se, dessarte, o rigor dos mecanismos de superação evidenciado pela necessidade de devida fundamentação, bem como em razão da possibilidade de ampla participação de pessoas, órgãos e entidades capazes de contribuir para a reformulação da tese paradigmática (art. 927, §2º, do CPC).

Destacada a técnica de superação do precedente, importa-nos analisar os seus efeitos os quais poderão ser prospectivos, como regra, ou retrospectivos. A superação para frente baseia-se na impossibilidade de se causar surpresa aos jurisdicionados, acarretando um tratamento desigual entre pessoas que se encontram em situações semelhantes.

Para evitar a ocorrência de tal situação, Arenhart, Marinoni e Mitidiero¹⁷ afirmam que para

incrementar o respeito à segurança jurídica, é importante que a alteração do precedente seja sinalizado (*signaling*) pela Corte responsável pela sua autoridade justamente para indicar aos interessados a possibilidade de mudança do entendimento judicial.

O Enunciado n. 55 do FPPC¹⁸ lembra que a regra é a eficácia prospectiva da modificação, admitida a modulação temporal. Assim, a sinalização da mudança do paradigma, bem como a aplicação de efeitos prospectivos da superação visam conferir segurança jurídica e isonomia aos jurisdicionados.

No entanto, conforme destacado nos §§ 3º e 4º, do art. 927, do CPC,

17 ARENHART, Sérgio Cruz. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. Op. cit. p. 875-876.

18 Enunciado 55, FPPC: Pelos pressupostos do §3º do art. 927, a modificação do precedente tem, como regra, a eficácia temporal prospectiva. No entanto, pode haver a modulação temporal, no caso concreto.

são os mesmos princípios da segurança jurídica e isonomia aliados ao interesse social e da proteção da confiança que permitem a modulação dos efeitos da superação, adotando-se marco temporal diverso daquele em que superado o precedente.

Assim, os precedentes, como regra, se aplicam às questões ainda não decididas, respeitando as decisões já transitadas em julgado e que foram fundamentadas no precedente superado. O órgão jurisdicional, no entanto, poderá, caso a caso, modular os efeitos da decisão que superou o precedente.

Elpídio Donizetti¹⁹ destaca a necessidade de respeito à coisa julgada e assevera:

Essa modulação vale para os processos que ainda estejam em andamento, bem como para aqueles que de futuro vierem a ser ajuizados, não se admitindo relativizar a coisa julgada em decorrência de alteração de precedente judicial.

Cumprе mencionar, ainda, as técnicas de superação parcial do precedente quando não houver necessidade de revogação total. Nesse contexto, a doutrina de Arenhart, Marinoni e Mitidiero²⁰ aponta para a existência da reescrita (*overruling*) e da transformação (*transformation*).

De acordo com os mencionados doutrinadores a reescrita funciona como “redefinição do âmbito do precedente. O precedente é reescrito com o fim de restringir o seu âmbito de aplicação”. Há, neste aspecto, uma redução do âmbito de aplicação do precedente ao se considerar questões que, anteriormente, não influíram na sua formação. Assim, não há superação total, mas apenas uma adaptação da incidência do precedente.

No caso da transformação do precedente, os doutrinadores mencionados²¹ apontam que essa técnica “serve para alterar em parte o prece-

19 DONIZETTI, Elpídio. Op. Cit.

20 ARENHART, Sérgio Cruz. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. Op. cit.

21 Ibidem.

dente com a produção de resultado com ela compatível”. Apontam, ainda, que “a transformação equipara-se substancialmente a uma revogação com a única diferença que a Corte não anuncia expressamente a revogação”.

Registre-se, por fim, inexistir previsão legal expressa quanto aos mecanismos de revogação parcial, porém, de acordo com Arenhart, Marinoni e Mitidiero²², “podem colaborar para a formação de um caldo de cultura técnico favorável à aplicação dos precedentes entre nós”.

4 CONCLUSÃO

Em síntese, o sistema de precedentes judiciais introduzido no ordenamento jurídico brasileiro, inspirado no sistema da *common law* contribuiu para o prestígio dos princípios da segurança jurídica, isonomia e da proteção da confiança.

Assim, antes de se configurar um mecanismo que limita a atuação do julgador, o sistema de precedentes judiciais moderniza a sua atuação evitando a existência de soluções distintas para casos semelhantes.

Destaque-se que a positivação do referido sistema introduz os precedentes como verdadeiras fontes do direito e exige do órgão jurisdicional a realização de intensa atividade interpretativa e de constante fundamentação, tanto ao aplicar os precedentes quanto ao afastá-los ou mesmo superá-los, devendo o órgão julgador, caso a caso, inferir a similitude fático-jurídica entre o caso concreto (posto à sua apreciação) e a decisão paradigma.

Insta mencionar que ao se instituir o sistema de precedentes surge como uma decorrência lógica e necessária, a previsão de mecanismos para a sua superação. Surgem, assim, positivadas, as técnicas da distinção (quando não se trata propriamente da superação do precedente, mas de sua não aplicação), bem como mecanismos de revogação total do precedente (superação).

Interessa notar que a superação dos precedentes, via de regra, gera efeitos prospectivos, pois há que se garantir a proteção da confiança, o respeito à coisa julgada, e a observância dos princípios da isonomia e segurança jurídica. Ressalva-se, no entanto, a possibilidade de modulação de

22 Ibidem

tais efeitos de modo a atender ao interesse social, mudando-se a temporalidade do alcance da decisão que superou os precedentes.

Enfim, o sistema de superação dos precedentes, como visto, surge como corolário da instituição do próprio sistema de precedentes, ambos anotando indelevelmente o avanço da legislação processual brasileira cada vez mais preocupada em adotar tratamento isonômico, célere e confiável aos jurisdicionados.

REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 12 mar. 2016.

BRASIL, Guilherme Mungo. Precedente judicial no direito brasileiro. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 4074, 27 ago. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/31291>>. Acesso em: 11 mar. 2016.

DIDIER JR, Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. 4ª Edição. Salvador: JusPodivm, Volume 2, 2009.

DONIZETTI, Elpídio. **A Força dos Precedentes do Novo Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://elpidiodonizetti.jusbrasil.com.br/artigos/155178268/a-forca-dos-precedentes-do-novo-codigo-de-processo-civil>. Acesso: 15 mar. 2016

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Novo Código de Processo Civil: Principais Modificações**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NOGUEIRA, Claudia Albagli. **O Novo Código de Processo Civil e o sistema de precedentes judiciais: pensando um paradigma discursivoda decisão judicial**. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/ef/index.php/sem-categoria/o-novo-codigo-de-processo-civil-e-o-sistema-de-precedentes->

-judiciais-pensando-um-paradigma-discursivo-da-decisao-judicial-2/.
Acesso: 13 mar. 2016.

NORMANDO, Pablo Edirmando Santos. Stare decisis no Brasil: implicações do novo CPC na adoção dos precedentes judiciais. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 21, n. 4634, 9 mar. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/46506>>. Acesso em: 27 mar. 2016.

IV CAPÍTULO

GESTÃO DAS DEMANDAS REPETITIVAS

PROCESSAMENTO E GESTÃO DAS AÇÕES DE MASSA – A EXPERIÊNCIA DO PROJETO DE GESTÃO E RACIONALIZAÇÃO DAS AÇÕES DE MASSA (PROGRAM) DA COMARCA DE PORTO ALEGRE/RS NO PROCESSAMENTO DE MAIS 72.000 AÇÕES VERSANDO SOBRE O SISTEMA DE PONTUAÇÃO OU SCORE

Jerson Moacir Gubert¹

Rosane Wanner da Silva Bordasch²

Resumo: Ações de Massa. Gestão. Novo CPC. O ingresso massivo de ações individuais que tratam de direito individual homogêneo exigem a adoção de um sistema de gestão, pelo Judiciário, através padronização e simplificação da tramitação, tendo por foco o jurisdicionado e a necessidade de ser custo-eficiente. O NCPD é uma importante ferramenta.

1 INTRODUÇÃO

As organizações devem promover sistemas que propiciem a iniciativa, a criatividade, a inovação, a cooperação, a comunicação eficaz e a presteza no desempenho da prestação jurisdicional. O incremento das ações coletivas é um novo desafio.

O aperfeiçoamento contínuo dos processos de trabalho; o desen-

1 Natural de Santo Ângelo/RS. Graduado em Direito pela UFRGS – Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Pós-Graduado em Direito Ambiental Nacional e Internacional pela UFRGS. Juiz de Direito desde 1994. Atuou nas Comarcas de Três de Maio, Cruz Alta e Porto Alegre. Foi convocado, e depois como Juiz Corregedor, para atuar junto às Vice-Presidências do TJRS de março de 2011 a janeiro de 2016. Atualmente convocado para atuar no TJRS em composição na 6a. e na 10a. Câmaras Cíveis para a matéria de Crediscor, vinculada ao Projeto de Gestão e Racionalização das Ações de Massa (PROGRAM)

2 Natural de Porto Alegre/RS. Graduada em Direito pela UFRGS – Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Mestre em Administração Judiciária pela FGV Direito/Rio. Pós-Graduada em Engenharia da Qualidade pela PUCRS Pós-Graduada em Qualidade em Serviços pela Unisinos/RS Juíza de Direito desde 1989, atuou nas Comarcas de Sarandi, Canoas, Guaíba e Porto Alegre, onde é Titular do 1º Juizado da 2ª Vara Cível do Foro Central desde 2003 e designada ao PROGRAM desde março/2012 (então denominado Projeto Poupança)

volvimento de práticas a partir de seus próprios sucessos; e a inovação, como um procedimento sistemático na instituição, devem permitir novas abordagens às novas demandas sociais que chegam ao Judiciário e exigem sua pronta colhida.

As ações versando sobre o sistema de pontuação para análise de risco na concessão de crédito, ferramenta oferecida pelas empresas arquivistas, começaram a ser ajuizadas em meados de 2012. Em virtude de condenações individuais, do TJRS, ao pagamento de indenização por dano moral, que considerou se tratar de cadastro não autorizado, no ano de 2013 e 2014, significativo volume de novas ações foram ajuizadas em todo o Estado, ensejando não só apelações, mas inúmeros incidentes como agravos de instrumentos, agravos internos e conflitos de competência, assoberbando as pautas de diversas Câmaras do Tribunal, pois a distribuição restava pulverizada de acordo com o *nomen jûris* dado pela parte.

No I Grau, a situação não era diferente, pois as ações estavam distribuídas por todas as Comarcas do Estado e, em Porto Alegre, Capital, foram recebidas pelas 36 Varas Cíveis do Foro Central, bem como pelos Foros Regionais.

A concentração das ações no Projeto de Gestão e Racionalização das Ações de Massa – PROGRAM permitiu a concentração e uniformização do processamento das ações em tramitação na Capital Porto Alegre, sem redistribuição dos Cartórios.

2 O PROGRAM

Instituído em 15/09/2014, o Projeto de Gestão e Racionalização das Ações de Massa (PROGRAM), criado pelo edital 098/2014-COMAG (Conselho da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul), teve origem no Projeto Poupança (de setembro/2007, criado para processar e julgar as ações de cobrança dos expurgos inflacionários dos Planos Econômicos Bresser, Verão, Collor I e Collor II) e tem, por diretrizes conferir segurança jurídica às partes mediante igualdade de tratamento e economicidade na sistemática de tramitação, com a máxima concentração e simplificação de atos.

Como dito, trata-se de um regime especial de trabalho que envol-

ve não só atuação jurisdicional, como também de gestão, de forma a assegurar igualdade no tratamento às partes e racionalização na tramitação das ações individuais de ingresso massivo.

O trabalho foi desenvolvido em etapas, já buscando alcançar as novas normas processuais para as ações coletivas e tendo por diretriz estratégica as práticas de gestão já mencionadas.

A matéria objeto desta atuação do PROGRAM era a análise das demandas individuais ajuizadas cuja pretensão fora enfrentada em sede de repercussão geral pelo STJ, no REsp. n. 1.419.697.

Assim, o parâmetro jurisdicional fora estabelecido, restando mais de 72.000 ações individuais pendentes de julgamento em I Grau na Comarca de Porto Alegre e o desafio de observar a tramitação processual cabível.

Na primeira fase, o julgamento das ações sobre o tema, em análise amostral de 3.147 processos (com 758 desistências e 28 demais extinções) foi possível constatar que, em mais de 85% das demandas um mesmo autor opôs idêntica pretensão contra todos os órgãos arquivistas – ações absolutamente idênticas, ajuizadas uma a uma: – 161 sentenças em que o autor ajuizou demanda única; – 493 sentenças, envolvendo 986 processos, em que a mesma parte autora ajuizou idêntica pretensão contra dois órgãos arquivistas (um processo para cada); – 347 sentenças, envolvendo 1041 processos, em que a mesma parte autora ajuizou idêntica pretensão contra três órgãos arquivistas (um processo para cada); – 14 sentenças, envolvendo 56 processos, em que a mesma parte autora ajuizou idêntica pretensão contra quatro órgãos arquivistas (um processo para cada); – 1 sentença, envolvendo 6 processos, em que a mesma parte autora ajuizou idêntica pretensão contra diversos órgãos arquivistas (processo a processo).

Isto confirmou o acerto da concentração das ações e reunião das matérias: a possibilidade de gestão também envolve detectar possíveis demandas artificialmente criadas.

É, então, o ponto principal: estruturar a tramitação das ações de massa em um único setor, concentrando, padronizando e simplificando atos, bem como assegurando, inclusive à sociedade, a efetiva gestão destas demandas.

3 CASO ESPECÍFICO DO SISTEMA DE PONTUAÇÃO E DA REPERCUSSÃO GERAL PELO STJ, NO RESP. N. 1.419.697/RS

Sobre a matéria, o STJ decidiu, pacificando a questão, no REsp. n. 1.419.697, o seguinte:

- O sistema “*credit scoring*” é um método desenvolvido para avaliação do risco de concessão de crédito, a partir de modelos estatísticos, considerando diversas variáveis, com atribuição de uma pontuação ao consumidor avaliado (nota de risco de crédito).
- Essa prática comercial é lícita, estando autorizada pelo art. 5º, IV, e pelo art. 7º, I, da Lei n. 12.414/2011 (Lei do Cadastro Positivo).
- Na avaliação do risco de crédito, devem ser respeitados os limites estabelecidos pelo sistema de proteção do consumidor no sentido da tutela da privacidade e da máxima transparência nas relações negociais, conforme previsão do CDC e da Lei n. 12.414/2011.
- Apesar de desnecessário o consentimento do consumidor consultado, devem ser a ele fornecidos os esclarecimentos, caso solicitados, acerca das fontes dos dados considerados (histórico de crédito), bem como as informações pessoais valoradas.
- O desrespeito aos limites legais na utilização do sistema ‘*credit scoring*’, configurando abuso no exercício desse direito (art. 187 do CC), pode ensejar a responsabilidade objetiva e solidária do fornecedor do serviço, do responsável pelo banco de dados, da fonte do consulente (art. 16 da Lei n. 12.414/2011) pela ocorrência de danos morais nas hipóteses de utilização de informações excessivas ou sensíveis (art. 3º, § 3º, I e II, da Lei n. 12.414/2011), bem como nos casos de comprovada recusa indevida de crédito pelo uso de dados incorretos ou desatualizados.

No corpo do acórdão, alguns pontos foram delimitados, *verbis*:

(...) A avaliação da licitude do sistema “*credit scoring*” deve partir da premissa de que não se trata de cadastro ou banco de dados de consumidores, mas de uma metodologia de cálculo do risco de crédito, utilizando-se de modelos estatísticos e dos dados existentes no mercado acessíveis via “Internet”.

Constitui, em síntese, uma fórmula matemática ou uma ferramenta estatística para avaliação do risco de concessão do crédito.

(...) No caso específico do “*credit scoring*”, devem ser fornecidas ao consumidor informações claras, precisas e pormenorizadas acerca dos dados considerados e as respectivas fontes para a atribuição da nota (histórico de crédito), como expressamente previsto no CDC e na Lei n. 12.414/2011.

(...) A simples circunstância, porém, de se atribuir uma nota insatisfatória a uma pessoa não acarreta, por si só, um dano moral, devendo-se apenas oportunizar ao consumidor informações claras acerca dos dados utilizados nesse cálculo estatístico.

Entretanto, se a nota atribuída ao risco de crédito decorrer da consideração de informações excessivas ou sensíveis, violando sua honra e privacidade, haverá dano moral “*in re ipsa*”.

No mais, para a caracterização de um dano extrapatrimonial, há necessidade de comprovação de uma efetiva recusa de crédito, com base em uma nota de crédito baixa.

Como dito inicialmente, este foi o parâmetro jurisdicional adotado. No caso das ações individuais, não obstante o expressivo volume de ajuizamentos, foram restritas as variações nas causas de pedir, a saber:

- “Tem lhe sido negado crédito em virtude de sua pontuação”;
- “Tomou conhecimento da existência de um sistema de pontuação”;
- “Teve seu nome cadastrado em sistema de pontuação”;
- “Descobriu ter sido cadastrada”;
- “Vem encontrando dificuldade em obter crédito e tomou conhecimento que os lojistas estão se utilizando de uma ferramenta de análise de crédito onde se verifica a possibilidade de inadimplência”;
- “Consultou o site da ré e tomou conhecimento da forma como é ofertada a análise de crédito”;
- “Em consulta ao site da ré, tomou conhecimento de serviço, ofe-

recido às instituições financeiras, para análise e concessão de crédito”;

– “Está com o nome limpo, sem qualquer registro de pendências financeiras, mas está sendo julgado e condenado como mal pagador pela demandada através de um cadastro oculto”;

– “A parte ré tem divulgado um serviço de análise de concessão de crédito (site)”;

– “Teve acesso à consulta realizada no banco de dados da parte ré em relação a restrições de crédito em seu nome, as quais serão por esta mantidas e comercializadas. Trata-se de um banco de dados, onde os consumidores são classificados e pontuados de acordo com os dados de seu histórico de compras”;

– “Tomou conhecimento de um serviço de pontuação utilizado para realizar análise e concessão de crédito ao consumidor”;

– “Tomou conhecimento que seus dados pessoais (residência, trabalho, remuneração, profissão) e creditícios (histórico de adimplimentos, eventuais restritivos, nível de endividamento) constam num cadastro do órgão réu”.

Ao longo de cada um dos processos individuais, foi possível constatar que a mesma (idêntica) situação foi oposta a cada um dos arquivistas isoladamente. E não se diga que a estratégia foi devida ao fato de que desconhecido o responsável pelo dano sofrido: fosse, realmente, baseado num fato concreto, a demanda deveria ser deduzida em litisconsórcio, ou, ao menos, com referência ao seu desconhecimento acerca da responsabilidade pelo evento. No entanto, as ações foram ajuizadas separadamente, com total omissão de tal circunstância, contando com a distribuição a todos os Juízes de Direito atuantes nas Varas Cíveis da Comarca de Porto Alegre, de forma a inviabilizar ou dificultar a localização do múltiplo ajuizamento. Com isto, a parte demandante multiplica o evento de acordo com seu interesse econômico, pretendendo obter indenização de cada um dos réus.

E esta situação perdurou ao longo dos mais de 72.000 processos sentenciados. Tome-se por exemplo os processos 11202880844, 11202562591 e 11202286748, onde realizadas audiências: em nenhuma das hipóteses, havia

vinculação direta da restrição creditícia com a pontuação, pois outras as causas.

Da mesma forma, a própria ausência de correlação na causa de pedir, como a seguir se demonstra:

Processo	Réu	Produto negado	Local da negativa
11302573889	Serasa	Crédito rotativo	Imobiliária Crédito Real
11302573960	CDL	Crédito rotativo	Imobiliária Crédito Real
11401482237	CDL	Crédito rotativo	Imobiliária Guarida
11401479279	Serasa	Crédito rotativo	Imobiliária Guarida
11401482652	CDL	Crédito rotativo	Imobiliária Guarida
11401482733	Serasa	Crédito rotativo	Imobiliária Guarida
11401482369	Serasa	Crédito rotativo	Imobiliária Guarida
11401483101	CDL	Crédito rotativo	Imobiliária Guarida
11401475028	CDL	Crédito rotativo	Imobiliária Guarida
11401475109	Serasa	Crédito rotativo	Imobiliária Guarida
11302526180	CDL	Crédito rotativo	Guarida Imóveis

Note-se que, segundo consta em apontados processos, os autores buscaram, em imobiliárias, a obtenção de crédito rotativo, produto exclusivo de instituições financeiras. Todavia, entendiam que a negativa na obtenção fora devida ao sistema de pontuação dos réus.

Este, então, o segundo ponto na questão relativa ao tratamento das ações de massa: a definição do parâmetro jurisdicional que permita a análise das situações individuais.

4 O JULGAMENTO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Resultado da explosão de ações a respeito da matéria nasceu Ação Coletiva de Consumo manejada pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, através da Promotoria Especializada de Defesa do Consumidor, contra a Câmara de Dirigentes Lojistas de Porto Alegre – CDL (processo 001/1.12.0109378-4), buscando definir, em âmbito coletivo, aquilo que seria (ou não) direito da parte.

Paralelamente, houve a gestão e o acompanhamento, junto aos Tribunais Superiores, de recursos especiais representativos da controvérsia, erigidos em paradigmas, culminando na definição, pelo Superior Tribunal de Justiça, do **Tema 710** (REsp 1.419.697-RS e REsp. 1.457.199-RS), sendo Relator o Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO. Insta anotar, por importante, que o último paradigma foi extraído da própria Ação Coletiva de Consumo ajuizada pelo Ministério Público gaúcho.

Os processos, apreciados sob o rito dos recursos repetitivos (então art. 543-C, do antigo CPC – agora regulado pelo art. 1.036, e seguintes, do CPC de 2015), foram julgados em 12.11.14, com acórdãos publicados em 17.11.14 e trânsitos ocorridos em 09.02.15 e 04.03.15, respectivamente.

Eis a ementa do primeiro paradigma:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (ART. 543-C DO CPC). TEMA 710/STJ. DIREITO DO CONSUMIDOR. ARQUIVOS DE CRÉDITO. SISTEMA “CREDIT SCORING”. COMPATIBILIDADE COM O DIREITO BRASILEIRO. LIMITES. DANO MORAL.

I – TESES:

- 1) O sistema “*credit scoring*” é um método desenvolvido para avaliação do risco de concessão de crédito, a partir de modelos estatísticos, considerando diversas variáveis, com atribuição de uma pontuação ao consumidor avaliado (nota do risco de crédito).
- 2) Essa prática comercial é lícita, estando autorizada pelo art. 5º, IV, e pelo art. 7º, I, da Lei n. 12.414/2011 (lei do cadastro positivo).
- 3) Na avaliação do risco de crédito, devem ser respeitados os limites estabelecidos pelo sistema de proteção do consumidor no sentido da tutela da privacidade e da máxima transparência nas relações negociais, conforme previsão do CDC e da Lei n. 12.414/2011.
- 4) Apesar de desnecessário o consentimento do consumidor consultado, devem ser a ele fornecidos esclarecimentos, caso solicitados, acerca das fontes dos dados considerados (histórico de crédito), bem como as informações pessoais valoradas.
- 5) O desrespeito aos limites legais na utilização do sistema “*credit scoring*”, con-

figurando abuso no exercício desse direito (art. 187 do CC), pode ensejar a responsabilidade objetiva e solidária do fornecedor do serviço, do responsável pelo banco de dados, da fonte e do consulente (art. 16 da Lei n. 12.414/2011) pela ocorrência de danos morais nas hipóteses de utilização de informações excessivas ou sensíveis (art. 3º, § 3º, I e II, da Lei n. 12.414/2011), bem como nos casos de comprovada recusa indevida de crédito pelo uso de dados incorretos ou desatualizados.

II – CASO CONCRETO:

- 1) Não conhecimento do agravo regimental e dos embargos declaratórios interpostos no curso do processamento do presente recurso representativo de controvérsia;
- 2) Inocorrência de violação ao art. 535, II, do CPC.
- 3) Não reconhecimento de ofensa ao art. 267, VI, e ao art. 333, II, do CPC.
- 4) Acolhimento da alegação de inocorrência de dano moral “*in re ipsa*”.
- 5) Não reconhecimento pelas instâncias ordinárias da comprovação de recusa efetiva do crédito ao consumidor recorrido, não sendo possível afirmar a ocorrência de dano moral na espécie. 6) Demanda indenizatória improcedente.

III – NÃO CONHECIMENTO DO AGRAVO REGIMENTAL E DOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS, E RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

O segundo paradigma, que envolve a coletiva de consumo, repete a primeira parte do acórdão anterior e, a partir do item II, vem assim ementado:

II – CASO CONCRETO:

A) Recurso especial do CDL:

- 1) Violação ao art. 535 do CPC. Deficiência na fundamentação. Aplicação analógica do óbice da Súmula 284/STF.
- 2) Seguindo o recurso o rito do art. 543-C do CPC, a ampliação objetiva (territorial) e subjetiva (efeitos “*erga omnes*”) da eficácia do acórdão decorre da própria natureza da decisão proferida nos recursos especiais representativos de controvérsia, atingindo todos os processos em que se discuta a mesma questão de direito em todo o território nacional.
- 3) Parcial provimento do recurso especial do CDL para declarar que “o sistema “*credit scoring*” é um método de avaliação do risco de concessão de crédito, a partir de modelos estatísticos, considerando diversas variáveis, com atribuição

de uma pontuação ao consumidor avaliado (nota do risco de crédito)” e para afastar a necessidade de consentimento prévio do consumidor consultado.

B) Recursos especiais dos consumidores interessados:

1) Inviabilidade de imediata extinção das ações individuais englobadas pela presente macrolide (art. 104 do CDC), devendo permanecer suspensas até o trânsito em julgado da presente ação coletiva de consumo, quando serão tomadas as providências previstas no art. 543-C do CPC (Recurso Especial n. 1.110.549-RS).

2) Necessidade de demonstração de uma indevida recusa de crédito para a caracterização de dano moral, salvo as hipóteses de utilização de informações excessivas ou sensíveis (art. 3º, § 3º, I e II, da Lei n. 12.414/2011).

3) Parcial provimento dos recursos especiais dos consumidores interessados apenas para afastar a determinação de extinção das ações individuais, que deverão permanecer suspensas até o trânsito em julgado do presente acórdão.

III – RECURSOS ESPECIAIS PARCIALMENTE PROVIDOS.

Não bastassem as decisões de cunho geral do sistema de paradigmas, com efeitos *erga omnes* conferidos pelo Ministro Sanseverino desde a apreciação dos representativos da controvérsia, a Segunda Seção do STJ (que reúne as duas Turmas de Direito Privado) editou a **Súmula 550**, em reunião de 14.10.15 e publicação no DJe de 19.10.15:

A utilização de escore de crédito, método estatístico de avaliação de risco que não constitui banco de dados, dispensa o consentimento do consumidor, que terá o direito de solicitar esclarecimentos sobre as informações pessoais valoradas e as fontes dos dados considerados no respectivo cálculo.

Dada a autorização do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, ao conferir, nos paradigmas, o **efeito suspensivo vertical** (*erga omnes*), foi editado o **Ato n. 01/2014-P**, pela Presidência deste Tribunal de Justiça, orientando a todos os Magistrados de 2º Grau que suspendessem a tramitação dos recursos que veiculassem o assunto, até o julgamento definitivo dos precedentes.

Com os julgamentos pelo Superior Tribunal de Justiça, todos os processos e recursos suspensos tiveram seu curso retomado. A matéria foi reiteradamente enfrentada, produzindo decisões que aplicaram sistematicamente os precedentes.

5 PROCESSAMENTO DAS AÇÕES

O litisconsórcio facultativo é o meio de tornar mais efetiva a prestação jurisdicional, pois, embora as relações sejam distintas, a causa de pedir é homogênea. Inequívoco se tratar de uma única questão: os autores invocam a existência e utilização de cadastro, pelas rés, de forma irregular e a estruturação, além de não prejudicar o processamento, atende ao princípio da economicidade.

A par do referido, estima-se que a tramitação individualizada de uma demanda com julgamento antecipado, em toda a sua circulação, atinja, no I Grau, R\$ 1.500,00. A reunião, a concentração e a simplificação de atos podem reduzir o custo a aproximadamente 10% desse valor.

A instituição de litisconsórcio *ex officio* já foi adotada em hipótese análoga, como se vê do processo 11401039570:

Por uma questão de administração judiciária e em observância ao princípio da economicidade, pelo qual qualidade e celeridade devem se somar ao desempenho pelo menor custo possível (art. 70, CF/88), sem descurar o permissivo legal ao litisconsórcio facultativo, a hipótese é de reunião dos processos supra especificados.

Com efeito, conforme já registrei no artigo “Abordagem Constitucional das Ações Coletivas” (em anexo), cada ato processual contempla inúmeras atividades, todas com custo “hora-operador”. Assim, a tramitação artesanal é, no mínimo, cinco vezes mais cara em compensação àquelas de tratamento uniforme/padronizado.

No segundo anexo, é possível ver a extensa lista de ações ajuizadas pelos mesmos autores. Em sua maioria, contra os mesmos réus. Há que se simplificar a tramitação através da reunião dos processos.

O CPC então vigente tratava apenas do eventual prejuízo que o excesso de litisconsortes poderia acarretar à tramitação, sob a avaliação e critério judicial. Por conseguinte, de regra, a admissão do litisconsórcio facultativo é corrente.

Nesse sentido, o AI 70063004691:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL. LITISCONSÓRCIO ATIVO FACULTATIVO. LIMITAÇÃO. Não trazendo a formação do litisconsórcio ativo facultativo prejuízo à defesa, tampouco comprometendo à rápida solução da lide, mostra-se desnecessária a limitação do número de autores. Inteligência do artigo 46, parágrafo único, do CPC. Precedentes desta Corte. AGRAVO PROVIDO, DE PLANO. (Agravado de Instrumento N. 70063004691, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Roberto Lessa Franz, Julgado em 11/12/2014).

Assim, as ações reunidas, na primeira fase, em litisconsórcio passivo, em razão da identidade da parte autora, ante o verificado na amostra (descrita no início), foram, na segunda fase, agrupadas também em litisconsórcio ativo, a partir da identidade da causa de pedir e respectivo pedido. A sentença, então, é única e envolve o julgamento simultâneo de todos os processos reunidos, pois todo o processamento ocorreu apenas e exclusivamente nos autos em que proferida a sentença a teor do já decidido pelo STJ, no REsp. N. 230.732/MT, a saber:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. CONEXÃO. SENTENÇA ÚNICA. APELAÇÃO QUE ABRANGE TODAS AS AÇÕES. POSSIBILIDADE. JULGAMENTO ULTRA PETITA. OCORRÊNCIA. I – Nos casos de conexão de ações, com julgamento simultâneo, proferida sentença única, pode a parte interpor apenas um recurso abrangendo todas as ações, pois, o que se ataca é a decisão que é una. Precedente. II – Ocorrendo julgamento ultra petita, deve a sentença ser reformada para que se ajuste aos limites do pedido. Recurso parcialmente provido. (RESP. N. 230.732 – MT (1999/0083455-0), RELATOR: MINISTRO CASTRO FILHO, julgado em 16 de junho de 2005).

Por conseguinte, outro importante ponto para o tratamento das ações de massa é a instituição do litisconsórcio para julgamento das ações individuais como forma de agilizar a tramitação e diminuir seu custo.

6 AS QUESTÕES INDIVIDUAIS

Tanto as iniciais, quanto as defesas apresentarão, por certo, individualizações, tais como questões relativas à representação, assistência judiciária

gratuita, legitimidade etc.

No pertinente às iniciais, é de fundamental importância a avaliação dos requisitos, com o estabelecimento de parâmetros: por exemplo, comprovação de rendimentos para AJG, valores admitidos, documentos que devem ser apresentados bem como a forma da procuração.

Já em sede de resposta, as teses sustentadas processo a processo, já suplantadas pela decisão orientadora (no caso do sistema de pontuação, recurso representativo da controvérsia), não mais devem ter sua reiteração admitida, como registrou Apelação Cível 70067052704, como a ementa a seguir:

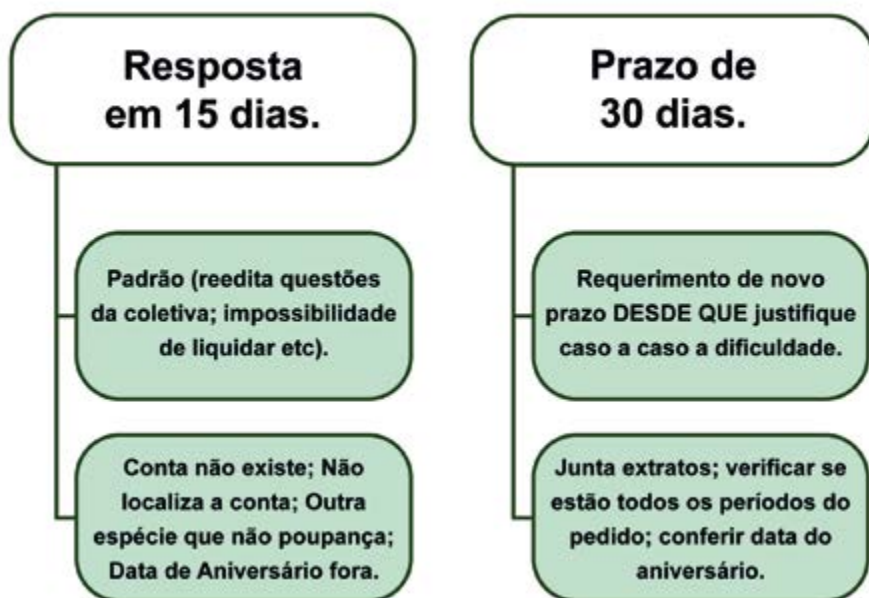
APELAÇÃO CÍVEL. subclasse RESPONSABILIDADE CIVIL. sistema de avaliação do risco de concessão de crédito (crediscore). legitimidade passiva da entidade conveniada/prestadora do serviço. decisão extintiva reformada.

1. Conforme entendimento do STJ, firmado no âmbito do Recurso Especial n. 1.419.697/RS de Relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, adotado como representativo de controvérsia (art. 543-C do CPC), a responsabilidade civil por eventuais abusos de direito pela utilização do sistema de avaliação do risco de concessão de crédito “será objetiva e solidária do fornecedor do serviço de “*credit scoring*”, do responsável pelo banco de dados, da fonte e do consulente (art. 2º da lei do cadastro positivo), nos termos do art. 16 da Lei n. 12.414/2011.”

2. Logo, a ré, como fornecedora do serviço de consulta ao sistema *crediscore* – qualidade comprovada pelos documentos juntados aos autos –, é abstratamente parte legítima para figurar no polo passivo da presente lide, ainda que não seja ela a titular do sistema e do banco de dados cuja legalidade da existência e utilização é questionada.

Apelação provida, de plano (Rel. Des. Eugênio Facchini Neto, Nona Câmara Cível, TJRS, j em 02/12/2015).

As imagens a seguir ilustram a padronização já utilizada no Projeto Poupança (em 2007, precursor do PROGRAM):



Portanto, é essencial, no planejamento, estabelecer um momento na fase inicial, para a avaliação das questões individuais. Da mesma forma, vedar reabrir a discussão, processo a processo, das matérias já envolvidas nos parâmetros judiciais que estão sendo adotados.

7 A INSTALAÇÃO DE LINHA DE PRODUÇÃO

O tratamento das ações de massa exige a mudança de pensamento, pois a atuação artesanal gera distorções e até mesmo poderá acarretar tratamento desigual às partes, além de maior custo à sociedade, que deve ser entendida como principal cliente do Judiciário como Poder.

Daí porque o planejamento e o estabelecimento de padrões é indispensável.

Abaixo, imagens da fase preliminar de avaliação e separação dos processos:



Tomando por exemplo uma ação cível sobre direito individual não homogêneo, a sua circulação será composta de: (a) tempos de execução –

distribuição (protocolo, inserção no sistema, recolhimento das custas ou verificação do requerimento à gratuidade); autuação (leitura da inicial, colocação da capa, juntada, informação do sistema); conclusão (movimentação do sistema); despacho/decisão (leitura do pedido, análise dos documentos, redação); cumprimento (leitura da decisão, elaboração do documento ordenado); (b) tempos de trânsito – remessa do Cartório da Distribuição para a Vara; remessa do Cartório da Vara para o gabinete do magistrado etc; (c) tempos de espera – prazo de publicação da nota de expediente; prazo para cumprimento e juntada etc.

Como se pode ver, o processamento envolve diversos setores e operadores e, quanto maior, mais tempo os operadores dedicarão àquele processo, ganhando, assim, o que podemos chamar de tramitação artesanal.

Temos, portanto, um tempo x como necessário ao andamento do processo, com n intervenções de operadores, cuja atuação consistirá na quantidade y de horas.

A tramitação, então, como variável na composição do custo do processo deve levar em consideração as etapas desde a sua entrada até a sua baixa definitiva.

Já no sistema proposto, de concentração máxima, a tramitação deixa de ser individualizada e o processamento padronizado permite o julgamento célere.

8 EFEITOS DAS DECISÕES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO CASO SCORE E O NOVO CPC

A decisão do STJ teve aplicação imediata a todas as empresas que exploram o método, tanto porque um dos paradigmas foi extraído exatamente da demanda coletiva de consumo quanto porque os dois processos representativos da controvérsia reuniram os dois grandes polos que comercializam a ferramenta (empresas vinculadas ao sistema das Câmaras de Dirigentes Lojistas – CDLs – e empresas ligadas ao sistema da Centralização de Serviços dos Bancos – SERASA).

Ainda que, em tese, possam existir demandas diversas da nature-

za da que se estuda, não podem elas contrariar o que ficou pacificado em sede repetitiva.

Isso já era de ser observado na égide do CPC de 1973, após as alterações das Leis n. 11.418/06 e n. 11.672/08 (que, ao acrescentarem os arts. 543-A, 543-B e 543-C, criaram os institutos da Repercussão Geral junto ao STF e dos Recursos Repetitivos diante do STJ).

Agora, com maior ênfase no diploma recentemente vigente, que alterou diversos cânones do Direito Processual Civil pátrio (Lei n. 13.105/15, complementada pela Lei n. 13.256/16, que comportam o CPC/2015, ou Novo CPC).

Se antes os paradigmas já deveriam ser observados por todos os tribunais do país quando vertessem recursos especiais ou extraordinários sujeitos a temas ou teses pacificados pelos Tribunais Superiores, ou determinassem a paralisação (suspensão ou sobrestamento) de processos por eficácia *erga omnes* (ou vertical) determinada pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, conforme a hipótese, isso agora deriva da nova lei.

É certo que algumas críticas podem ser dirigidas ao novo digesto processual, mas não se pode negar que em outros trechos ele traz modernos institutos do Direito nacional e comparado, notadamente os que cuidam da gestão de ações com escopo repetitivo, ou reprodutíveis em massa.

Assim é, por exemplo, com a criação do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (arts. 976 a 987) adaptação brasileira do *Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz*, mecanismo emprestado do Direito Alemão, cujo objeto centra-se em reunir processos e recursos com o mesmo fundamento jurídico, permitindo que sejam julgados de uma só vez.

No cenário pátrio, o Incidente de Assunção de Competência, criado no início do Século XXI como resposta à chamada “terceira onda de acesso à Justiça”, expressão atrelada às lições de Mauro Cappelletti a respeito das “ondas de acesso” ao Poder Judiciário, que recebeu um tímido texto no art. 555, § 1º, do antigo CPC, e agora mereceu um Capítulo próprio, no art. 947, método em muito superior ao anacrônico e difícil incidente de uniformização de jurisprudência (não gratuitamente apenas

referido em dois pontos e deixado aos cuidados de cada tribunal fazê-la, conforme seu regramento interno).

Também cabe referir a Reclamação, antes usada como sucedâneo de recurso, ausente previsão legal, quando houvesse possível lesão a interesse ou direito da parte, e que agora recebe também um capítulo distinto (arts. 988 a 993) mas para salvaguarda da competência e das decisões dos tribunais.

Os novos rumos conduzem a uma observância plena dos paradigmas, como deflui do art. 932, IV e V, do CPC/2015, ensejando ao relator que negue provimento ao recurso contrário à súmulas dos tribunais, acórdãos proferidos pelos Tribunais Superiores em julgamento de recursos repetitivos e entendimentos firmados em incidentes de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência, bem como que dê provimento ao recurso quando a decisão recorrida for contrária a essas hipóteses.

Em sentido similar a hipótese de reclamação do art. 988, IV, do CPC/2015, para *“garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência”*.

Importa aqui realçar que aquilo que antes era permitido apenas para as Cortes Superiores, ao exame detido e casuístico de cada Ministro, agora é possível e – mais que isso – exigido de cada Magistrado do país: a aplicação dos paradigmas. Isso sob pena de reclamação, ao lado de desafiar a corrente moderna que tutela a solução de conflitos por meio de demandas coletivas ou com poder de coletivizá-las.

O regramento básico para sentenças se acha no art. 332 do novo CPC:

Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:

(...).

II – acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

Em reforço desse comando, e válido inclusive para o segundo grau, determina o art. 1.040, III, do CPC/2015:

Art. 1.040. Publicado o acórdão paradigma (...);

III – os processos suspensos em primeiro e segundo grau de jurisdição retomarão o curso para julgamento e aplicação da tese firmada pelo tribunal superior;

9 CONCLUSÃO

A instituição de um sistema de gestão para o processamento das ações de massa é indispensável para atendimento dos princípios da economicidade, bem como da celeridade processual.

No caso das ações versando sobre o score, o processamento, no PROGRAM, envolveu três fases distintas. Na primeira delas, uma amostra permitiu a identificação do comportamento dos demandantes e permitiu a definição da estratégia da etapa seguinte, onde, então, foram formados litis-consórcios nos dois polos da demanda, a partir da identidade da causa de pedir remota. Na terceira e última fase, a sistematização do procedimento conferiu celeridade nos julgamentos. Entre março/2015 e março/2016, foram julgados mais de 72.000 processos.

CONFLITOS DE MASSA E GESTÃO DOS PROCESSOS JUDICIAIS: UMA PROPOSTA DA ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS

Antônio Silveira Neto¹

Resumo: Este trabalho pretende apresentar a proposta da Associação dos Magistrados Brasileiros para o enfrentamento das demandas de massa no Judiciário brasileiro, considerado como o principal fator de indução da morosidade judicial.

Palavras-chave: Demandas repetitivas. Centros de inteligência e monitoramento. Efetividade. CNJ. Proposta de resolução.

"Há uma crise de litigiosidade geral no país e as instituições ainda não conseguiram, a tempo, atender toda a demanda que se formou. Vivemos o drama de uma cultura que se acostumou que todos os processos precisam chegar aos tribunais superiores, e precisamos chegar a uma cultura de que os processos se resolvam em dois graus de jurisdição" – Min. Roberto Barros – STF2.

1 INTRODUÇÃO

O Judiciário brasileiro recebe por ano um número excessivo de processos judiciais e, por isso, é considerado como um dos países com maior índice de litigiosidade judicial do mundo³. No ano de 2014 foram distribuídos 28,9

1 Juiz de Direito, assessor especial da presidência da Associação do Magistrados Brasileiros. Mestre em Direito Econômico (UFPB, 2004), Especialista em Direito Processual Civil (UEPB, 2001), docente em Direito do Consumidor na Universidade Estadual da Paraíba.

2 <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI209644,81042-Ministro+Barroso+Ha+uma+crise+de+litigiosidade+no+Brasil>

3 ESTUDO COMPARADO SOBRE RECURSOS, LITIGIOSIDADE E PRODUTIVIDADE: a prestação jurisdicional no contexto internacional, Conselho Nacional de Justiça, 2011.

milhões de novas ações. Esse montante, somado com os processos ainda pendentes de apreciação, resulta em 99,7 milhões de ações em tramitação⁴.

No Brasil a cultura da litigiosidade, com uma alta concentração de ações repetitivas e ampla liberdade das partes de interposição dos mais diversos recursos contra qualquer decisão judicial⁵, tem proporcionado um ambiente favorável à morosidade do Judiciário. A título de exemplo, entre os anos 2000 e 2001 existiam mais de 900.000 ações ajuizadas contra a Caixa Econômica Federal, tratando do mesmo tema: correção do saldo do FGTS nas contas dos trabalhadores em função dos índices inflacionários expurgados pelos Planos Bresser (julho de 1987), Verão (janeiro de 1989), Collor I (meses de abril e maio de 1990) e Collor II (fevereiro de 1991). E, conforme informou a própria Caixa Econômica na época, já haviam sido cumpridas mais de 400.000 decisões judiciais sobre esse assunto⁶.

Recentemente, o caso conhecido como “pílula do câncer” inundou o Judiciário de processos, levando o sistema jurídico da Universidade de São Paulo (USP) ao colapso. A fosfoetanolamina sintética estava sendo produzida na USP, em caráter experimental e sem comprovação científica definitiva dos seus efeitos contra o câncer, mas terminou ganhando notoriedade quando o Supremo Tribunal Federal, em sede de liminar, autorizou o seu uso e obrigou a Universidade a fornecer o medicamento, visto que não havia, ainda, autorização de comercialização dos órgãos reguladores⁷.

A Justiça no Brasil está recheada de relatos de ações repetitivas que movimentam grandes volumes de recursos dos Tribunais para que se-

4 Relatório Justiça em Números, Conselho Nacional de Justiça, 2015.

5 “Nosso sistema alimenta profunda desvalorização do juízo de primeiro grau ao não lhe deferir nenhuma função decisória. As sentenças podem ser revistas in totum pelo Tribunais Regionais Federais e pelo Tribunais de Justiça. Em regra, sequer eficácia executiva imediata os julgados de primeiro grau possuem (art. 1012 do CPC)” (MARINONI, 2016, p. 168).

6 http://www.conjur.com.br/2004-set-13/cef_divulga_notas_justificar_numero_processos

7 <http://saude.estadao.com.br/noticias/geral,acoes-por-pilula-do-cancer-travam-sistema-juridico-da-usp,10000016211>
<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=301441>

jam processadas e geram expectativas sociais quantos aos seus resultados efetivos, muitas vezes contraditórios, decorrentes do grande número de decisões e interpretações díspares, o que inegavelmente contribui para a morosidade e a insegurança jurídica.

Não bastasse isso, vivemos numa sociedade de massas, fruto dos processos de urbanização, industrialização e informatização, cujas relações jurídicas são padronizadas; bens e serviços são negociados a partir de modelos predefinidos pelos fornecedores, de modo que uma questão jurídica que atinge um consumidor, por exemplo, possui a capacidade de atingir milhares. Temos, por exemplo, 81,5 milhões de brasileiros que utilizam a internet pelo celular. Ultimamente, as companhias telefônicas começaram a modificar a forma como forneciam os serviços de acesso à internet, passando a interromper a conexão com a rede mundial de computadores após o fim da franquia de dados. Antes, os consumidores não eram atingidos com o corte no fornecimento do serviço, caso o seu pacote de dados acabasse, tinham apenas a velocidade de acesso diminuída. Todavia, com a mudança das operadoras de telefonia, sem alteração contratual prévia, abre-se a possibilidade de um número elevado de consumidores ingressarem com ações judiciais⁸.

Esclarecedoras são as lições de Helena Campos Refosco sobre o cenário contemporâneo das demandas de massa⁹:

8 <http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2014-12/operadoras-vaio-cortar-acesso-internet-quando-franquia-do-cliente-acabar>

9 Conceituar demanda de massa: I – as ações coletivas propostas por qualquer legitimado extraordinário em prol da defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos; II – as demandas repetitivas em que ações ou incidentes com fundamento em idêntica questão de direito ou de fato; III – as demandas envolvendo grandes litigantes, como o Estado e as grandes organizações, tais como: a) recuperação de crédito, com base na lei ou em contrato de adesão; b) as trabalhistas fundadas em lesão coletiva de direitos individuais ou sociais; c) aquelas oriundas de ações ou omissões da Administração Pública que pela sua natureza gerem efeitos a um número determinado ou determinável de pessoas. IV – quaisquer outras demandas repetitivas que despertem interesse público pela alta relevância econômica e social ou pela necessidade de garantia de isonomia, segurança jurídica ou efetividade de direitos. Minuta elaborada pelo Grupo de Estudo para elaboração de projeto de Resolução sobre a criação dos Centros de Inteligência e Monitoramento de demandas de massa (Portaria 148, de 5 de novembro de 2015, Min. Ricardo Lewandowski, presidente do CNJ).

A ação judicial, antes bipolar e retrospectiva, circunscrita a particulares que litigavam sobre o alcance de direitos igualmente particulares, muda de feição. Seus novos atores são em regra grandes empresas sujeitas a uma ampla regulação pública ou o próprio Poder Público, e estes grandes litigantes se contrapõem, no âmbito do litígio, a pessoas físicas, que litigam de forma eventual. Os litígios apenas aparentam ser bipolares; na realidade, eles retratam descontentamentos coletivos e a decisão proferida nos casos particulares, pelo sistema de precedentes, passa a ter reflexos para toda uma classe. Segundo Chayes, esta nova configuração do litígio demanda do Judiciário uma mudança na sua atuação, que passa a ser mais gerencial¹⁰

Também é importante ressaltar que o Brasil ocupa a terceira posição no mundo em número de bacharéis, com 1.284 Faculdades de Direito e 967.463 advogados¹¹, para uma população de 200 milhões de habitantes. Esse excessivo número de profissionais tem um impacto significativo na carga de litigiosidade suportada pelo Judiciário, sendo certo que, em muitas situações, o mercado da advocacia produz demandas artificiais¹².

Isso significa que sempre teremos a possibilidade de o Judiciário se vê envolvido com muitas demandas repetitivas. Portanto, é imprescindível, além do aperfeiçoamento dos mecanismos processuais de contenção

10 Parecer elaborado por Helena Campos Refosco no âmbito da comissão de estudos para elaboração da minuta de Resolução do Conselho Nacional sobre os Centros de Inteligência e Monitoramento de Demandas de Massa nos Tribunais brasileiros, portaria n. 148, CNJ.

11 <http://www.oab.org.br/institucionalconselhofederal/quadroadvogados>

12 “STJ decide pela legalidade do sistema “Credit Score”, disponível em: <http://www.cnf.org.br/noticia/-/blogs/stj-decide-pela-legalidade-do-sistema-credit-score->. “LIMPE SEU NOME NO SERASA E SPC”. Disponível em: http://cajrepre12.blogspot.com.br/2011_12_01_archive.html. “Advogados dão golpes com promessa de ‘limpar’ o nome”. Disponível em: <http://odia.ig.com.br/noticia/rio-de-janeiro/2014-05-15/advogados-dao-golpes-com-promessa-de-limpar-o-nome.html>. “TJ do Rio decreta prisão preventiva de advogados acusados de fraudar ações”. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/web/guest/home/-/noticias/visualizar/151805>. “Advogado acusado de lesar cerca de 30 mil clientes é preso por fraude em alvará”. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,M1208040,101048-Advogado+acusado+de+lesar+cerca+de+30+mil+clientes+e+pr+eso+por+fraude>. “Milhares de ações contra bancos são fraudulentas”. Disponível em: <http://4mail.com.br/Artigo/ViewFenacon/013132000000000>

de repetição de ações, como por exemplo as ações coletivas, os incidentes de resolução de demandas repetitivas, de assunção de competências e de repercussão geral, buscar mecanismos de aperfeiçoamento da gestão dos processos judiciais.

O debate sobre a eficiência na prestação da jurisdição passa, necessariamente, pela discussão sobre a necessidade de racionalização das demandas de massa, que hoje assoberbam o 1º grau de jurisdição.

Daí, dentre as propostas de aperfeiçoamento dos instrumentos de gestão dos processos, surge a iniciativa da Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, de criação, no âmbito dos Tribunais, de Centros de Inteligência e Monitoramento de Demandas de Massa.

A Associação dos Magistrados Brasileiros, propôs ao Conselho Nacional de Justiça a edição de uma resolução que visa a instituição de mecanismos de enfrentamento desse grave problema do excesso de litigiosidade que compromete a necessária atuação da Justiça brasileira.

2 DESENVOLVIMENTO

Para melhor administrar os conflitos e reduzir a morosidade do Judiciário, torna-se premente identificar quem são os demandantes e os demandados e quais as causas dos litígios.

Quais são os motivos do ajuizamento de tantas ações? Quem são as pessoas que litigam no Judiciário? Quais os tipos de processos que tramitam na Justiça e a origem dos conflitos? Essas perguntas abrem para o Judiciário uma nova perspectiva de enfrentamento do problema da morosidade da Justiça.

Atualmente é possível para o cidadão saber informações sobre o seu processo: se já foi julgado, quanto tempo demorou, quais os recursos e como foi decidido, mas não há ainda informações para a sociedade de quem são os maiores litigantes¹³, quais os tipos de ações em tramitação e quantas

13 São poucos os estudos de âmbito nacional que tratam da identificação de causas judiciais envolvendo os maiores litigantes da Justiça. Lembramos dos relatórios produzidos pelo CNJ e AMB,

demandas se repetem contra um mesmo litigante. Não há ainda estudos suficientes que indiquem de forma mais detalhada e abrangente quem são as pessoas que são acionadas na Justiça e o porquê desses processos.

Tão importante quanto monitorar a distribuição de processos existentes e os níveis de produtividade dos juízes e servidores é o conhecimento sobre as causas de tantos litígios e quem são os principais demandados do Poder Judiciário.

Os Centros de Inteligência e Monitoramento, na concepção da AMB, seriam criados para identificar rapidamente conflitos de massa, possibilitando melhor administração e julgamento dos litígios. Seriam também necessários para desenvolver estratégias e políticas públicas preventivas, coibindo-se violações a direitos e possibilitando um tratamento mais isonômico às ações judiciais.

É importante destacar que a iniciativa não tem por objetivo a simples redução das demandas massa, mas um tratamento adequado a essas causas, em especial àquelas que versam sobre direitos individuais homogêneos, com vistas a dar efetividade ao princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição.

Sobre esse princípio, deve-se atentar para as observações da doutrina:

O que realmente significa dizer que nenhuma lesão ou ameaça a direito deixará de ser tutelada jurisdicionalmente? Trata-se da ideia de “acesso à ordem jurídica justa”, ou, como preferem alguns, “acesso à tutela jurisdicional adequada”. Segundo lição corrente na doutrina, essa nova visão do princípio da inafastabilidade encontra-se fundada em quatro ideais principais, verdadeiras vigas mestras do entendimento: acesso ao processo, ampla participação, decisões com justiça e eficácia das decisões¹⁴.

disponíveis em: <http://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias> e <http://s.conjur.com.br/dl/uso-justica-litigio-brasil-pesquisa-amb.pdf>.

14 NEVES, DANIEL AMORIM ASSUMPÇÃO. Manual de processo coletivo, volume único. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012, p 32.

O princípio do acesso à Justiça impõe ao Judiciário que preste uma tutela jurisdicional adequada, isto, necessariamente, quer dizer que não se pode permitir que se julgue milhares de vezes o mesmo objeto litigioso, dando-se, nos mais das vezes e em vários juízos tratamento desigual às partes, ora julgando precedente, ora improcedente; ora sendo célere, ora sendo lento; ora mantendo um posicionamento jurisprudencial, ora mudando o entendimento.

A criação de centros de inteligência e monitoramento das demandas de massa é importante para o avanço nas medidas necessárias ao combate da morosidade da Justiça e a própria credibilidade do Judiciário, à medida que proporcionará um espaço de análise e reflexão das causas da excessiva litigiosidade no Brasil, permitindo a elaboração de estudos e propostas para o aprimoramento do Judiciário.

Há evidente e reiterada má utilização da Justiça, sendo necessária a criação de filtros para identificação dos litígios reais, que envolvem as partes, de outros que são demandas criadas, estabelecendo-se uma análise crítica qualitativa que não se limite a teses reducionistas.

A proposta de instituição de Centros de Monitoramento de Demandas de Massa, como um necessário e imprescindível instrumento de combate à morosidade do Judiciário, encontra-se em discussão no Conselho Nacional de Justiça e a expectativa da magistratura brasileira é de que seja aprovada para que se tenha instrumentos de identificação detalhada e estratégias conjuntas de enfrentamento das demandas repetitivas, com o objetivo de prestar uma jurisdição mais célere e, sobretudo, mais isonômica.

A análise de demandas não prescinde da criação de órgãos junto aos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais para o acompanhamento efetivo e permanente das novas ações, sendo certo que quanto mais rápida a identificação dos litígios de massa, maior a possibilidade de adoção de estratégias de enfrentamento.

Neste contexto, a AMB sugeriu a criação de Centros de Inteligência e Monitoramento de Demandas Judiciais, compostos por magistrados, estatísticos, técnicos de tecnologia e informação, e outros profissionais úteis a tal análise, tendo por escopo:

- a) Identificar os litígios e suas causas;
- b) Estimar o custo por processo das demandas identificadas, e o custo total das demandas em massa analisadas;
- c) Uma vez identificado o litígio, analisar e sugerir mudanças procedimentais que a empresa/instituição deva tomar com a finalidade de por termo e dar solução ao problema;
- d) Convocar a empresa/instituição para debater a possibilidade de implementação de mudanças com o objetivo de solucionar o problema;
- e) Dialogar com as agências reguladoras ou entidades de supervisão do setor da empresa/instituição envolvida;
- f) Emitir boletins/relatórios com informações aos juízes sobre posturas que indique a indevida utilização do sistema judicial, com a identificação os agentes.
- g) Apurar o potencial do montante global do prejuízo imposto à sociedade e o valor embolsado com a violação em sua totalidade, considerando o número de pessoas lesadas, como elemento de informação para arbitramento das eventuais indenizações, com objetivo de integral reparação e ao mesmo tempo coibir a reiteração de práticas ilícitas.

Além disso, o Judiciário não pode mais se furtar a realidade fática de que grandes litigantes incorporaram aos seus orçamentos a pendência de um número elevado de demandas, e trabalham com a contabilização prévia dos prejuízos decorrentes das condenações pecuniárias.

A visão de grandes empresas/instituições das demandas judiciais é diversa daquela mantida pelo próprio Judiciário e, naquele caso, a análise se funda unicamente na busca de resultados econômico-financeiros, sendo que a eternização dos litígios gera, em muitas situações, ganhos.

Trabalham tais empresas/instituições, com a realidade já constatada de que dentre milhares – quando não milhões – de clientes/usuários que têm problemas, apenas uma parcela dos afetados recorre ao Judiciário, o que importa num resultado financeiro positivo, em especial se comparado com as despesas necessárias ao aperfeiçoamento dos sistemas de atendimento, no caso das relações de consumo, por exemplo.

Por outro lado, a efetividade da prestação jurisdicional depende essencialmente da postura colaborativa das partes na solução dos conflitos. O repertório de recursos processuais à disposição das partes, se utilizado de forma indevida, gera a denominada má utilização da Justiça, e o desvirtuamento do andamento processual.

A demora processual reflete nos números que passaram a ser observados para análise de desempenho dos órgãos Judiciário e, mais grave, implica diretamente no aumento de custo das demandas, que em sua maior parte não geram recolhimento de custas, implicando na oneração indevida do Estado.

A sugestão apresentada pela AMB nesta questão passa pelo investimento, por parte do CNJ e Tribunais brasileiros, em projetos relacionados a auditoria em processos judiciais, com a finalidade de apurar condutas desnecessárias e voltadas a impedir o regular andamento processual, identificando eventuais responsáveis.

O mesmo rigor ético que se exige de magistrados em suas condutas deve ser exigido das partes em sua postura processual, sendo interesse de todos integrantes do Judiciário e de funções essenciais à Justiça, bem como das partes, que se tenha um processo judicial regular, objetivo, e que tenha termo, de forma a entregar à sociedade a solução do conflito e viabilizar o desafogamento do Judiciário para o trâmite de outras demandas.

O Judiciário e o seu órgão de controle e de definição de políticas judiciárias (CNJ), não podem admitir posturas processuais não colaborativas que levam a própria negação da Justiça, e que prejudicam, em especial, partes e advogados, além de atentar contra o interesse público ao consumir recursos financeiros indevidamente.

3 CONCLUSÃO

A criação de centros de Inteligência e monitoramento das demandas de massa nos Tribunais brasileiros certamente será um grande passo para uma nova forma de enxergar o litígio no país, transformando a visão tradicional do processo judicial como uma simples ação entre indivíduos, para um olhar holístico das demandas, que pressupõe a análise de dados e de condutas

violadoras de direitos de caráter individual e coletivo, imbricados numa sociedade onde há uma crescente padronização das relações jurídicas.

Os centros seriam constituídos por resolução do Conselho Nacional de Justiça e este órgão atuaria como centralizador das informações coletadas pelos tribunais por meio de processos de agregação de valor da informação.

Os comitês de gestão dos centros, tanto no CNJ quanto nos tribunais, teriam como atribuição a governança da informação no âmbito dos processos judiciais que envolvessem demandas de massa, com vistas a aprimorar o processo de comunicação interna e com os litigantes habituais, bem como eliminar assimetrias de procedimentos entre as unidades judiciais.

O processo de coleta de informação deve seguir o ciclo de inteligência dividido nas seguintes etapas: (1) planejamento, com a identificação das necessidades de Inteligência; (2) coleta da informação por fontes primárias (recursos humanos e banco de dados informatizados dos tribunais) e por fontes secundárias (entrevistas, redes sociais, fontes abertas, etc), (3) estruturação/armazenamento, (4) análise, (5) disseminação, (6) mensuração dos resultados¹⁵.

Ressalte-se, ainda, que os tribunais deverão capacitar servidores para serem analistas de inteligência, que terão de estar habilitados para a leitura de grande volume de informações coletadas e promoção da disseminação da informação junto aos tomadores de decisões (gestores), com o objetivo de aprimoramento das atividades jurisdicional e administrativa dos tribunais.

É preciso, mais do que em outros tempos, pensar na racionalização do trabalho, no uso eficiente dos recursos públicos destinados ao tratamento dos processos judiciais e nos custos econômicos e sociais do conflito.

A litigiosidade em crescimento vem impactando e prejudicando a efetividade da Justiça. Diante desse quadro, é importante identificar quem

15 AMARAL, R.M., GARCIA, L.G., ALLIPRANDINI, D.H. Mapeamento e gestão de competências em inteligência competitiva. DataGramaZero – Revista de Ciência da Informação. Rio de Janeiro, v.9, n.6, dez/ 2008.

são os atores que provocam a violação sistemática de direitos a ensejar demandas de massa e quais suas verdadeiras intenções. Identificando esses processos, será preciso dar um tratamento mais adequado, que envolve mudanças de paradigma e ações preventivas. Também é necessário identificar no sistema quais ações são fruto de conflitos reais ou de demandas inapropriadas que poderiam ser solucionadas por outros meios. Todas essas informações poderão ser levantadas pelos centros de inteligência, que não tem a intenção de dificultar o acesso ao Judiciário, mas sim facilitar a vida daqueles que realmente precisam da Justiça.

REFERÊNCIAS

AMARAL, R.M., GARCIA, L.G., ALLIPRANDINI, D.H. Mapeamento e gestão de competências em inteligência competitiva. DataGramaZero – Revista de Ciência da Informação. Rio de Janeiro, v.9, n.6, dez., 2008.

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. Relatório de pesquisa denominado O USO DA JUSTIÇA E O LITÍGIO NO BRASIL. Brasília, 2015, 94p. Disponível em: < <http://s.conjur.com.br/dl/uso-justica-litigio-brasil-pesquisa-amb.pdf>>

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Relatório de pesquisa denominado OS 100 MAIORES LITIGANTES. Brasília, 2012, 33p. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias>>

_____. ESTUDO COMPARADO SOBRE RECURSOS, LITIGIOSIDADE E PRODUTIVIDADE: a prestação jurisdicional no contexto internacional, Brasília, 2011, 30p. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias>>

MARINONI, LUIZ GUILHERME. Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil, volume 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NEVES, DANIEL AMORIM ASSUMPÇÃO. Manual de processo coletivo, volume único. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012.

REFOSCO. HELENA CAMPOS. Parecer jurídico. In: Conselho Nacional de Justiça. C

V CAPÍTULO

DANO SOCIAL, CONCILIAÇÃO,
AGÊNCIAS REGULADORAS
E EFICÁCIA DA PRESTAÇÃO
JURISDICIONAL

EXPLOSÃO DA LITIGIOSIDADE E DANO SOCIAL EM AÇÕES INDIVIDUAIS

André Augusto Salvador Bezerra¹

Resumo: O excessivo número de processos no Judiciário é problema que enseja soluções coletivas inclusive em ações individuais. O texto sustentará a possibilidade de condenação de grandes litigantes em demandas individuais repetitivas à indenização por dano social.

Palavras-chave: Poder Judiciário. Explosão da litigiosidade. Grandes litigantes. Dano social.

1 INTRODUÇÃO

A circulação de cerca de 100 milhões de processos no ano de 2016 configura dado suficiente para revelar o quanto se encontra congestionado o Poder Judiciário brasileiro. É imperioso, por isso, fomentar a reflexão na busca de soluções para um problema que alcança o regular funcionamento do Estado de Direito, já que à atividade jurisdicional é atribuída a função de garantir o cumprimento da ordem jurídica em vigor na apreciação dos conflitos de interesse.

Sucedem-se debates que se dão em torno do Judiciário, é frequente que as discussões desconsiderem as origens do problema, tratando-o como uma mera questão de produtividade a ser solucionada segundo padrões privados. Olvida-se a natureza de serviço público prestado, dotado de características próprias e, de modo geral, incompatíveis com atividades empresariais.

¹ Juiz de Direito em São Paulo.

Mestre e doutorando pelo Programa de Pós-Graduação em Humanidades, Direitos e outras legitimidades da Universidade de São Paulo (DIVERSITAS/USP).

Por vezes, é certo, os fundamentos são invocados, mas pela singular consideração de ser a sociedade brasileira excessivamente conflituosa. Isto, como se a vida em um dos ambientes socioeconômicos mais desiguais do mundo não fosse suficiente para a geração de litígios.

O presente texto procurará abordar, ainda que brevemente, as origens do congestionamento de processos por que atravessa o Judiciário. Realizada tal análise, buscar-se-á apresentar a responsabilização por dano social em lides individuais de direito privado como uma, dentre tantas outras possíveis soluções para a racionalização da prestação do serviço público jurisdicional.

2 EXPLOSÃO DA LITIGIOSIDADE E GRANDES LITIGANTES

Para se alcançar os escopos acima pretendidos, é preciso voltar à História para lembrar que foi após a promulgação da Constituição de 1988 que a atividade jurisdicional passou a ser procurada em massa pelos cidadãos. A ampla gama de direitos de índole democrática consagrados com o texto constitucional fez eclodir uma distância colossal entre a realidade das normas jurídicas e a realidade da vida da população, especialmente a dos mais pobres.

Os cidadãos passaram, então, a enxergar o Judiciário como instrumento de encurtamento da aludida distância, abarrotando-o. Eis a origem do fenômeno da *explosão da litigiosidade* (SANTOS, 1986, p. 19).

Uma avalanche de processos foi repentinamente ajuizada, alcançando, nesta década de 2010, a impressionante marca de 100 milhões. Quase metade deste número refere-se a lides de direito privado por envolver particulares e excluir pessoas jurídicas de direito público.

Trata-se de número que leva à impressão de haver um processo de lide de direito privado para cada grupo de dois brasileiros, já que há cerca de 200 milhões de habitantes no Brasil e, no mínimo, duas pessoas por processo em curso. Trata-se, ainda, de número a aparentemente dar a ideia de que se trata de poder improdutivo, a deixar acumular tantas demandas em andamento.

Dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), porém, elidem ambas as ilações.

Com efeito, tais dados revelam que há brasileiros – e não brasilei-

ros – que se fazem mais presentes em processos do que outros. Cuida-se dos chamados *grandes litigantes*.

Segundo o CNJ (BRASIL, 2014, *passim*), no ano 2011, por exemplo, cerca de 90% dos feitos de lides de direito privado envolviam apenas duas categorias de litigantes: bancos e telefonias. Em relação aos 10% restantes, a experiência forense tem mostrado a repetição de ações para certas categorias de empresas constantemente partes em processos (ainda em menor grau do que as 90% acima citadas), como incorporadoras de imóveis, planos de saúde, companhias aéreas, seguradoras, dentre outros empreendimentos que vendem produtos ou serviços a elevado número de pessoas no mercado consumidor.

A experiência também tem revelado que, em frequentes casos dessas ações repetitivas, as grandes litigantes aparecem reiteradamente como derrotadas. A despeito de tal circunstância, muitas vezes perduram em suas condutas, contando com a morosidade dos processos e o elevado número de pessoas que não ingressam no Judiciário (até porque este é visto como Poder moroso e caro) para a reparação de direito violado.

Não se fala aqui que as grandes litigantes são derrotadas em todos os processos e nem tampouco que nada fazem para não violarem direito alheio. O fato, contudo, é que há diversos casos sob tais circunstâncias, revelando o uso da atividade jurisdicional, não para a garantia da efetivação das normas, mas, pelo contrário, como instrumento de legitimação de violação de direitos.

Em uma situação como essa, de pouco vale a busca pela melhoria de produtividade. Afinal, com frequência, o usuário do sistema de Justiça, especialmente o que aparece como parte em milhares de processos, age exatamente para não receber um serviço público jurisdicional de qualidade; tudo que ele quer é prolongar em demasia a tramitação do processo, em detrimento da eficácia da atividade dos juízes.

E, de fato, dados do CNJ revelam que a produtividade não é um problema do Judiciário brasileiro. Pelo contrário, somente no ano de 2013, foram julgados pelos juízes de 1ª instância o elevado número de 14.978.709 processos.

Todo esse esforço, entretanto, não reduziu o acervo do Judiciário.

No mesmo ano de 2013, ingressaram em primeira instância 17.271.369 processos: cerca de dois milhões a mais do que julgados (BRASIL, 2014, passim).

3 SOLUÇÕES COLETIVAS

Como se vê, existe uma situação que, da forma hoje trabalhada, revela-se pouco administrável. E assim o é também em razão de litigantes que fazem uso do caos instituído no Judiciário para se esquivarem do cumprimento do ordenamento jurídico em vigor, tornando o quadro ainda mais desordenado.

Necessário pensar-se em mecanismos para enfrentar a instrumentalização do Judiciário para violar direitos. O elevado número de demandas, por sua vez, deixa evidente a insuficiência de estratégias individualizadas, via exclusiva apreciação de conflito por conflito, tal como buscou o regime de imposição de metas de julgamento de processos, lançado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em 2009 (especialmente a chamada *Meta 2*, que buscava a extinção dos feitos mais *antigos*).

Por isso, por exemplo, a importância do fomento de ações coletivas, a evitar o ajuizamento de numerosas ações em que se debatem questões idênticas. A dimensão do congestionamento do Judiciário impede, contudo, que se reduza a solução de todo o problema a uma única estratégia.

No caso das ações coletivas, essa conclusão ganha ainda maior relevância diante de dificuldades jurídicas e práticas existentes, tais como a reduzida legitimação ativa prevista na legislação brasileira e a necessidade de procedimentos de cumprimento de sentença individualizados (e muitas vezes complexos como um processo de conhecimento).

4 O DANO SOCIAL COMO POSSIBILIDADE

Diante dessas observações, o reconhecimento da responsabilidade por dano social em ações individuais pode configurar um importante instrumento contra a utilização abusiva do Judiciário.

Lembra-se que a construção teórica de tal instituto no Brasil não é recente. Deve-se a Junqueira de Azevedo (2004, p. 382) a difusão teórica e prática do dano social, que assim o definia: "lesões à sociedade, no seu nível

de vida, tanto por rebaixamento de seu patrimônio moral – principalmente a respeito da segurança – quanto por diminuição na qualidade de vida”.

Em tais termos, não é difícil vislumbrar a caracterização de dano social na conduta de grande litigante que faz uso da morosidade do Judiciário para violar direito alheio. Afinal, a lesão não atinge apenas aquele que, por exemplo, contratou com uma empresa que reiteradamente viola seus deveres legais e contratuais; a lesão alcança também toda sociedade prejudicada com o funcionamento da atividade jurisdicional obstado pela conduta lesiva da empresa.

Há, em outros termos, violação do dever de cooperar para a solução da causa em tempo razoável, estampada em norma de ordem pública definida pelo artigo 6º do Novo Código de Processo Civil. E se há lesão à norma de ordem pública, cabe ao juiz do processo agir de ofício visando coibir a prática lesiva e, de modo didático, evitar novos danos sociais, tanto por parte da infratora quanto por parte de outras empresas que, temerosas, poderão deixar de utilizar o Judiciário como instrumento de descumprimento dos seus deveres jurídicos.

Daí a se sustentar aqui, não apenas o reconhecimento da categoria dano social. Sustenta-se também a possibilidade da condenação do infrator pela respectiva violação em ações individuais e de ofício, independente de pedido das partes.

Não se nega que a solução ora defendida pode esbarrar em dificuldades jurídicas e práticas. Quanto a óbices jurídicos, é natural que se pense na questão relativa à obediência aos ditames do *devido processo legal* (art. 5º, LV, CF), especialmente o contraditório e a ampla defesa em favor da infratora; tal problema, contudo, pode ser solucionado pela oportunidade a se dar a esta para manifestação acerca de prática geradora de dano social – expediente, aliás, previsto no novo Código de Processo Civil (artigos 9º e 10), e de há muito utilizado para se impor a inversão do ônus da prova com base no Código de Defesa do Consumidor.

Em relação a óbices práticos, tem-se a questão do destinatário da indenização. Não se comunga aqui do entendimento de Junqueira de

Azevedo (2004, p. 383) no sentido de que o valor indenizatório deva ser destinado à parte autora da ação e vítima direta do dano individual.

Fala-se aqui de *lesão gerada a toda sociedade*, não se revelando legítimo, com o devido respeito, compensar uma única pessoa pelo ocorrido a número indeterminado ou a um grupo de sujeitos. Parece, pelo contrário, razoável destinar o valor a fundos formados com o objetivo de evitar lesões semelhantes – tal como, aliás, o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos regulamentado pelo decreto presidencial n. 1306/1994 – ou a entidades beneficentes cadastradas pelo Tribunal administrativamente responsável pela jurisdição do processo.

A propósito, sob a vigência de uma Constituição, como a de 1988, que projeta uma *democracia de alta intensidade* fundada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), já é chegada a hora de se caminhar para além de soluções processuais individualistas, olvidando-se do caráter coletivo dos conflitos em uma das sociedades mais desiguais do mundo. Destinar a indenização por dano social à coletividade é reconhecer que reparações a lesões ao Estado de Direito (corolário de um Judiciário travancado) não podem limitar-se à melhoria patrimonial de um único indivíduo (ou parte de processo) – como se estivesse em discussão a mera violação à propriedade individual.

5 O CASO DA TELEFONIA

Para se demonstrar o quanto as dificuldades acima aludidas podem ser superadas, nos termos das observações já realizadas, cita-se, a título de ilustração, ato decisório proferido no Juizado Especial Cível de Jales, interior paulista, em desfavor de operadora de telefonia móvel (BRASIL, 2013). Cuidava-se de ação individual indenizatória por danos morais, proposta por consumidor, em razão de mencionada empresa ter descumprido a promessa de oferecer ligações ilimitadas a R\$ 0,25.

No caso, apurou-se que, para violar seus deveres contratuais e legais, a empresa provocava, pela má prestação do serviço, a queda das ligações telefônicas, interrompendo-as. Os consumidores, então, tinham de re-

alizer novas chamadas, o que os obrigava ao pagamento de mais R\$ 0,25 por ligação efetuada (lembrando que eram frequentes diversas interrupções em uma única conversa, levando à realização de novas chamadas e encarecendo ainda mais o preço a ser solvido).

A empresa não negou a interrupção das chamadas telefônicas. Todavia, justificou o fato pelo relevo montanhoso e pelos edifícios construídos no município.

O magistrado elidiu tais alegações, anotando que Jales é local plano e, como uma tranquila cidade do interior, não repleta de edifícios. Além disso, percebeu que não se tratava de caso isolado, pois envolvia considerável parcela dos clientes da operadora daquela Comarca, atravancando o Judiciário local em diversos processos idênticos àquele.

Sendo assim, além do dano moral individual arbitrado em R\$ 6.000,00, fixou, de ofício, indenização por dano social fundado em lesões coletivas perpetradas pela empresa: um verdadeiro desestímulo contra quem se beneficiava do caráter individual das indenizações a que, até então, era condenada.

Ficou anotado, na decisão, que o dano social configura instrumento para que a coletividade de pessoas ou grupo social difuso, com vítimas indeterminadas, também receba reparação por danos seguidamente sofridos diante de reiteradas práticas ilícitas, perpetradas por grandes grupos econômicos. Por isso, fixou o quantum indenizatório em R\$ 5.000.000,00 (adotando, como critério, o capital social da infratora), destinando-o a instituições beneficentes locais (o autor da ação, como se viu, foi reparado individualmente por danos morais).

Ainda que se reconheça que tal entendimento não possa ser aplicado a todos os casos, o fato é que ele descortina a insuficiência das soluções individuais para hipóteses de reiterada violações por empresas que travam a atividade jurisdicional. Da mesma forma, ela evidencia novas possibilidades de decisões proferidas em demandas individuais, tendo em conta as dificuldades práticas e legais na tramitação de ações coletivas perante o processo civil brasileiro.

6 CONCLUSÃO

Decisões inovadoras, como a que se acabou de citar, geram, de início, resistências. Aliás, reconhece-se o entendimento jurisprudencial no sentido de inadmitir a condenação por dano social de ofício em ações individuais², ainda que também haja entendimentos no mesmo sentido das ideias ora expostas³.

O fato, porém, é que as lesões ao Estado de Direito causadas pela reiterada violação de deveres por certas práticas de empresas – paralisando o Judiciário com demandas repetitivas – impõe uma mudança de rumo na histórica (ao menos no Brasil) adoção de critérios individualistas para solução de conflitos. O congestionamento e a consequente morosidade no Judiciário brasileiro não deixam dúvida da insuficiência de paliativos. É preciso ousar.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; Wagner Júnior, Luiz Guilherme da Costa; Gonçalves, Renato Afonso (Coord.). *O Código Civil e sua interdisciplinaridade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BRASIL. Juizado Especial Cível e Criminal de Jales. *Ação de reparação por danos morais*, n. 1507/2013. Autora: Renata Ruiz da Silva. Réu: TIM Celular S/A. Juiz: Fernando Antônio de Lima. Jales, 10 out. 2013.

BRASIL. *Justiça em números*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2014. Disponível em: <ftp://ftp.cnj.jus.br/Justica_em_Numeros/relatorio_jn2014.pdf>.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia da administração da justiça. *Revista crítica de ciências sociais*, n. 21. Coimbra, nov. 1986.

2 Nesse sentido: Superior Tribunal de Justiça, Reclamação 13200 – Goiás, 2013/0197835-7.

3 Nesse sentido: Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação 0027158-41.2010.8.26.0564.

O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ E AS DEMANDAS REPETITIVAS

Hugo Otávio Tavares Vilela¹

Resumo: O princípio da boa-fé, na seara processual, quase sempre é estudado em cenários de litigiosidade simples. Ocorre que o momento de inflexão por que passa o ordenamento processual brasileiro constitui o momento atual para que tal instituto seja reestudado à luz da litigiosidade de massa. Para que o Poder Judiciário obtenha êxito frente aos imensos desafios que lhe são postos por essa litigiosidade, os magistrados deverão estar prontos a identificar e coibir a má-fé sob pena de inviabilização de todo o sistema.

Palavras-chave: Boa-fé. Demandas repetitivas. Novo Código de Processo Civil.

1 INTRODUÇÃO

O princípio da boa-fé nas relações processuais não constitui novidade. O Código de Processo Civil de 1973 o tinha explícito no art. 14, inciso II. Já o Código de 1939 a ele se referia em seu art. 63. Entretanto, o art. 5º do Novo Código de Processo Civil consagra a boa-fé de modo que os diplomas anteriores não o fizeram. Neste, mais do que impor às partes que ajam com lealdade, o dispositivo tem por intento estabelecer um regime de cooperação entre as partes e demais atores do processo, para que o mesmo chegue a bom termo.

A maioria dos trabalhos que estuda a boa-fé processual se vale de exemplos em que cada polo é ocupado por uma pessoa. No máximo, fala-se de litisconsórcios, mas a realidade das demandas repetitivas ou das

1 Juiz federal, 1ª Região, Formador de Magistrados pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam) e Escola Superior da Magistratura Federal da Primeira Região (ESMAF), Mestre em direito, autor de artigos e livros jurídicos.

multitudinárias costuma passar ao largo de exames. Provável que esteja aí um resquício das noções primeiras de boa-fé de direito civil, nu sua versão subjetiva. De fato, mesmo o jurista acostumado a fenômenos processuais complexos, quando indagado de chofre sobre boa-fé, tende a visualizar o instituto conforme o aprendemos em direito civil nos primeiros anos da faculdade, como em direito das coisas. Nessa vertente, o estado anímico do sujeito deve ser investigado, e é mais natural pensar no estado anímico de um ser humano isoladamente que de uma pessoa jurídica, ou de uma massa de milhares de pessoas.

Ocorre que a boa-fé tratada em processo civil, além de ter natureza objetiva, é ainda mais importante para as demandas repetitivas e para as multitudinárias que para as demandas individuais. Um processo coletivo, para chegar a bom termo, necessita que a lealdade, a cooperação e a hombridade entre seus participantes sejam maiores que nos processos simples. Por isso, é fundamental examinar as consequências da boa-fé nas ações de cunho coletivo.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 O MICROSSISTEMA DAS AÇÕES COLETIVAS NO BRASIL

As demandas repetitivas são enfrentadas no país tanto por meio de um sistema de uniformização de jurisprudência quanto pelo microssistema de ações coletivas. Este é formado por um sistema circular de referências. O art. 90 remete a disciplina residual das ações coletivas de consumo à Lei da Ação Civil (Lei n. 7.347/80). Já o art. 21 da LACP remete ao CDC a disciplina residual das ações civis públicas.

Tal sistema não é estanque. A influência do CPC se faz sentir estruturalmente. Outras leis também influenciam esse sistema, como a Lei da Ação Popular (Lei n. 4.717/65).

2.2 A TENDÊNCIA MASSIFICANTE DO DIREITO MODERNO

Diferentemente do mundo que havia quando, por exemplo, do Código Napoleônico (início do século XIX), as relações jurídicas de hoje são marca-

das pela presença de grandes corporações, estatais ou privadas, tendo do outro lado uma grande massa de indivíduos.

Pode-se dizer que o primeiro ramo do direito a expressar de forma veemente preocupação com a litigiosidade de massa foi o consumerista. O art. 6º da Código de Defesa do Consumidor dispõe que:

“ Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

VII – o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados; [...]”.

Nesse cenário, destacam-se: a dificuldade de se conceder, em tempo hábil, tutelas a um sem número de pessoas, o que constitui direito fundamental (art. 5º, inc. LVIII, CF), além de que já constava do Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos), art. 8º, inciso I (MORAES, 2012, p. 65).

Dessa forma, constitui um desafio hercúleo para o Poder Judiciário conceder tutelas em tamanha quantidade e de maneira equânime.

Nesse ponto, cabe apenas uma ressalva. Muitas vezes, o Poder Judiciário terá de conceder tutelas rápidas e equânimes apesar do comportamento das partes que, ao invés de lançar mão de seu direito a uma tutela a tempo e a hora, têm interesse em protelar a solução do caso. Esse ponto é desmistificado pela doutrina: “Ambas as partes de qualquer processo aspiram fortemente a um desfecho rápido e se sentem frustradas pelo retardamento. Trata-se de uma das ideias mais falsas dentre as que circulam sobre o assunto” (MOREIRA, José Carlos Barbosa, 2007, p. 372). Em casos em que esse retardamento voluntário por uma ou as duas partes ocorrer, o Poder Judiciário deverá imprimir celeridade ao feito, mas sobre outra base constitucional, o princípio da eficiência, que imanta toda a Administração Pública (art. 37, *caput*, CF). Não é minimamente razoável que o Estado desperdice preciosos recursos materiais e humanos protelando um feito que pode ser resolvido.

3 O NOVO CPC E A LITIGIOSIDADE COLETIVA

Embora não tenha estruturado um modelo processual coletivo, o NCPC se preocupa com a massificação das demandas, o que pode ser sentido em dois dispositivos principais.

Primeiramente, merece destaque o art. 174, que assim dispõe:

“Art. 174. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como:

- I – dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública;
- II – avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública; [...].”

O mesmo, ou até maior destaque, merece o art. 139, cujos termos são os seguintes:

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

- X – quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficiar o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados a que se referem o art. 5º da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, e o art. 82 da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva.

Este artigo quebra com o paradigma do magistrado como mero expectador do crescimento litigiosidade de massa. De agora em diante, é sua obrigação assumir uma atitude pró-ativa, que deverá ser acompanhada pelos legitimados às ações coletivas.

4 A BOA-FÉ E O NOVO CPC

Como foi dito na introdução, a boa-fé não é instituto novo no ordenamento processual brasileiro. Antes, seu papel era periférico. Agora, em que se es-

tabelece a visão de um processo que, sobretudo, é uma união de esforços mais que uma mera disputa, a boa-fé passou a ocupar lugar central na presente codificação (art. 5º).

Essa mudança tem consequências primordiais. Nos códigos anteriores, os dispositivos que apresentavam rol de condutas de má-fé eram consideradas majoritariamente *numerus clausulus*. Ocorre que seria um contrassenso afirmar que o mesmo código que apresenta a boa-fé como dever geral dos litigantes consignou um rol taxativo de condutas de má-fé. Assim sendo, o rol do atual art. 80 deve ser visto como uma listagem aberta, sob pena de se quebrar a lógica da codificação.

Em evento realizado pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – Enfam, em outubro de 2015, denominado “Demandas repetitivas e os grandes litigantes”, o enunciado 10 exarado pelo grupo 5 de discussões foi no mesmo sentido: Diante das cláusulas gerais de boa-fé objetiva processual e cooperação entre os litigantes, propõe-se considerar que o art. 80 não encerra rol taxativo”.

5 A BOA-FÉ E A LITIGIOSIDADE DE MASSA

Das hipóteses consideradas pelo art. 80 como condutas de má-fé, algumas merecem destaque quando se tem por pano de fundo as demandas repetitivas. O inciso I, “deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso”, é frequentemente desafiado por entes públicos com foro na Justiça Federal. É praxe que os entes públicos se valham de todas as vias recursais, mesmo que finalidade prática da medida seja nula, o que não coaduna com o novo CPC. Igual atenção merece o inciso III, que veda ao litigante “usar do processo para conseguir objetivo ilegal”. Ora, se uma lide de massa pode ser satisfatoriamente debatida e resolvida em processo coletivo para o qual o ente público é legitimado, o ajuizamento ou a continuação de um sem número de processos individuais pode constituir nada menos que a desleal conduta de se “pulverizar” a lide, conduta que, pelos imensos prejuízos que traz ao Judiciário e aos jurisdicionados, deve ser vista como objetiva ilegal. Finalmente, a oposição de resistência injustificada

ao andamento do processo merece ser tratada com máximo rigor. É comum que entes públicos sistematicamente se neguem a apresentar documentos e prestar informações. Ocorre que todo documento ou informação de um ente público que não tenha sido classificado em algum dos graus de sigilo de fala a Lei n. 12.527/2011, são plenamente públicos, conforme art. 3º, inciso I, daquele diploma.

O disposto nos incisos VI (provocar incidente manifestamente infundado) e VII (interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório) do NCPC, merecem igual atenção, mas representam desdobramentos das hipóteses comentadas no parágrafo acima.

6 CONCLUSÃO

No evento realizado pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – Enfam, em outubro de 2015, denominado “Demandas repetitivas e os grandes litigantes”, o enunciado 1 exarado pelo grupo de discussões 5 foi no seguinte sentido:

“O Tribunal Constitucional Alemão referendou soluções processuais criadas pelos demais órgãos jurisdicionais (*Musterverfahren*) para enfrentar o acúmulo de demandas repetitivas. Dessa forma, pela experiência internacional, é possível que todo o Judiciário assumira atitude pró-ativa para a criação de soluções para as demandas repetitivas”.

Esse enunciado teve sua razão de ser. Se os magistrados alemães desenvolveram técnicas eminentemente jurisprudenciais para enfrentar a litigiosidade de massa, nós, munidos do que nos foi trazido pela nova legislação, com o devido complemento da jurisprudência, no que couber, nós, magistrados brasileiros, temos a responsabilidade de promover um enfrentamento eficaz do problema, o que não será fácil, mas tampouco é impossível.

REFERÊNCIAS

ANDREWS, Neil. *The three paths of Justice – Court Proceedings, Arbitration, and*

Mediation in England. London: Springer: 2012.

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

MORAES, Vânia Cardoso André de. *Demandas repetitivas decorrentes de ações ou omissões da administração pública: hipóteses de soluções e a necessidade de um direito processual público fundamentado na Constituição*. Brasília: CJF, 2012.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*. Nona série. São Paulo:

A ATIVIDADE REGULATÓRIA E A CONCENTRAÇÃO DE DEMANDAS NO PODER JUDICIÁRIO

Juliana Morais Bicudo¹

Resumo: Agências reguladoras. Poder Judiciário. Concentração de demandas. O número expressivo de demandas repetitivas ajuizadas em face de agentes econômicos sujeitos à regulação estatal evidencia a deficiência da atuação das agências reguladoras na edição de normas e no exercício dos poderes de fiscalização e sanção. Este estudo terá por objeto a análise desse fenômeno.

I INTRODUÇÃO

Pesquisas conduzidas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ)² e pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB)³ apuraram que instituições

1 Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Mestre em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo.

2 “100 Maiores Litigantes” (2012): “Apesar dessas ressalvas, observa-se da tabela 1, a seguir, que o setor público (federal, estadual e municipal), os bancos e a telefonia representam aproximadamente 35,5% do total de processos ingressados entre 1o de janeiro e 31 de outubro de 2011 do consolidado das Justiças Estadual, Federal e do Trabalho. Sendo que, com relação ao total de processos ingressados de cada Justiça, esse percentual quase atinge o patamar de 32,5% na Justiça Estadual, 93,5% na Justiça Federal e 5,5% na Justiça do Trabalho. (...) Os bancos e o setor público (municipal, estadual e federal), assim como observado anteriormente no consolidado das três justiças, apresentaram o maior percentual de processos novos em relação ao total ingressado entre 1o de janeiro e 31 de outubro de 2011 da Justiça Estadual de 1o Grau, com aproximadamente 34,4% do total de processos, conforme gráfico 3, abaixo. O setor bancário e o setor público municipal apresentaram os maiores percentuais de processos, com, aproximadamente, 12,4% do total de processos ingressados no período cada.

Quando são observados apenas os Juizados Especiais, os bancos e o setor de telefonia figuram como os setores mais litigantes da Justiça Estadual, com, respectivamente, 14,7% e 8,3% do total de processos ingressados no período, conforme o gráfico 4. Além disso, 99,89% do total de processos novos dos 100 maiores litigantes desta Justiça constam como polo passivo nos Juizados Especiais”.

3 “O Uso da Justiça e o Litígio no Brasil” – 2015.

financeiras, prestadoras de serviços de telecomunicações e operadoras de planos de assistência à saúde figuram no polo passivo de mais de 30% das demandas propostas perante o Poder Judiciário. Os setores de transporte aéreo e fornecimento de energia elétrica representam porção menos significativa em termos relativos, mas relevante em números absolutos, sobretudo no âmbito da competência dos Juizados Especiais Cíveis.

Os pedidos de tutela jurisdicional, embora formulados, em regra, individualmente, refletem conflitos que se repetem massivamente nas relações de consumo, reclamando soluções com base na Lei n. 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor). As demandas versam, em geral, sobre: (i) cobrança indevida; (ii) nulidade de disposição contratual; (iii) alteração unilateral de contrato; (iv) publicidade enganosa ou abusiva; (v) defeito ou vício de produto ou serviço.

A exploração econômica dos serviços financeiros, de telecomunicações, de saúde suplementar, de transporte aéreo e de fornecimento de energia elétrica é regulada pelo Estado.

A atividade financeira é regulada pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil. Ao Conselho Monetário Nacional – órgão composto pelo Ministro de Estado da Fazenda, pelo Ministro de Estado do Planejamento e Orçamento e pelo Presidente do Banco Central do Brasil (artigo 8º da Lei n. 9.069, de 29.6.1995) – compete a edição de normas para disciplina dos serviços e operações financeiras (artigo 4º da Lei n. 4.595, de 31.12.1964). O Banco Central do Brasil, autarquia criada pela Lei n. 4.595, de 31.12.1964, deve *“cumprir e fazer cumprir as disposições que lhe são atribuídas pela legislação em vigor e as normas expedidas pelo Conselho Monetário Nacional”* (artigo 9º da Lei n. 4.595, de 31.12.1964).

As atividades de telecomunicações, saúde suplementar, transporte aéreo e fornecimento de energia elétrica são reguladas por agências reguladoras independentes, respectivamente, pela Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) (Lei n. 9.472, de 16.7.1997), pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) (Lei n. 9.961, de 28.1.2000), pela Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) (Lei n. 11.182, de 27.9.2005) e pela

Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) (Lei n. 9.427, de 26.12.1996).

Regulação é espécie de intervenção do Estado na economia, cuja finalidade é, sob a perspectiva constitucional: (i) assegurar o equilíbrio das forças que compõem a ordem econômica, observados os princípios constitucionais que a regem (artigo 170 da Constituição Federal), (ii) e, na esfera dos serviços públicos, garantir-lhes a prestação universal, contínua, com qualidade e preço justo.

A atividade regulatória compreende a edição de regras, a adoção de medidas para dar-lhes efetividade e a repressão de infrações. Nas palavras de Aragão, regulação é a “*adequação da atividade econômica aos interesses da coletividade*”⁴. A regulação deve atender ao interesse público⁵, detendo o ente regulador poder discricionário para estabelecer os meios à realização do fim colimado.

2 A REGULAÇÃO E O FENÔMENO DA CAPTURA

Interesse público, como interesse próprio da coletividade, é conceito abstratamente indeterminável; não se confunde com interesse estatal ou com interesse da maioria dos integrantes da sociedade. Embora indefinível *a priori*, o conceito de interesse público é apreensível no plano concreto, a partir de uma atitude de distanciamento em relação a interesses de grupos

4 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 26.

5 A Lei n. 9.472, de 16.7.1997, ao dispor sobre a criação da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), estabelece que “À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade” (artigo 19, caput). Da mesma forma, o artigo 8º da Lei n. 11.182, de 27.9.2005, confere à Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) competência para “adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento e fomento da aviação civil, da infraestrutura aeronáutica e aeroportuária do País, atuando com independência, legalidade, impessoalidade e publicidade” A Lei n. 9.961, de 28.1.2000, que institui a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), na mesma linha, dispõe que “A ANS terá por finalidade institucional promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no País”.

específicos e por meio da ponderação de todos os lados do fenômeno. O interesse da coletividade se realiza na atitude imparcial do agente público.

A impossibilidade de definição, de forma abstrata e por meio de lei, do conteúdo do interesse público que deva orientar a regulação resulta na ampliação do espaço de discricionariedade do ente regulador, na medida em que lhe transfere a competência para, em cada ação regulatória específica, determinar a expressão concreta do interesse a ser tutelado. A real conformação da atividade regulatória ao interesse da coletividade depende, assim, de uma postura de imparcialidade do ente regulador.

A experiência da regulação setorial revelou, contudo, uma tendência à proteção dos interesses dos grupos regulados, em detrimento do interesse público; esse comprometimento da imparcialidade da atividade regulatória consiste no fenômeno da captura.

O contexto, a estrutura e a dinâmica de atuação das agências reguladoras tornam a atividade regulatória suscetível à captura pelos interesses regulados.

As agências reguladoras no Brasil foram criadas no contexto de liberalização econômica, refletindo a tendência de retração da atuação estatal na economia e visando à construção de uma ordem institucional que conferisse segurança jurídica aos agentes econômicos. A criação das agências reguladoras foi, portanto, motivada pelas exigências do poder econômico, tendo por real objetivo a tutela da atividade regulada; as agências reguladoras se prendem, pois, desde a origem, aos interesses dos setores regulados.

Os órgãos de direção das agências reguladoras, embora colegiados, são formados a partir de nomeação política, sem relação de representatividade com os variados segmentos da sociedade. Os dirigentes das agências reguladoras são escolhidos com base em critério de aptidão técnica, dentre profissionais, em geral, provindos dos quadros de empresas do setor regulado e que, ao término do mandato, provavelmente pretendem a eles regressar. A vinculação ao grupo regulado está presente, pois, na própria formação técnica do dirigente e no desejo, ainda que possivelmente inconsciente, de agradar aos entes sujeitos à regulação.

A repartição da regulação em grupos específicos (telecomunicações, serviços financeiros, transporte aéreo, fornecimento de energia elétrica) fortalece a influência dos agentes econômicos sobre o ente regulador. Grupos formados por pequeno número de integrantes revelam maior capacidade de organização em torno de um objetivo comum; ademais, os reflexos da atividade regulatória sobre o setor regulado são diretos e facilmente detectáveis, possibilitando a imediata articulação em prol do interesse específico do grupo. Diversamente, os demais grupos afetados (consumidores e outros agentes econômicos) não identificam, com a mesma clareza, os efeitos da regulação sobre os próprios interesses e, porque pulverizados, não são dotados da mesma capacidade de organização.

A assimetria informacional também induz à captura. A regulação incide sobre a atividade econômica; depende, assim, de informações acerca do setor regulado; essas informações são, em regra, fornecidas pelos próprios entes regulados. O regulador está, pois, em posição de dependência em relação ao ente regulado no que concerne ao substrato informacional da atividade regulatória. Os entes regulados se dedicam, ainda, à produção de conhecimento técnico que lhes seja favorável, com o intuito de influenciar a regulação⁶. Consumidores e demais grupos afetados pela regulação não dispõem dos mesmos instrumentos (informações e capacidade de articulação) para interferir na atividade regulatória. Essa dinâmica acentua o desequilí-

6 “Assim, e relativamente às informações quanto ao conhecimento técnico do setor, parece haver subsídios que permitem afirmar o emprego de esforços destinados a convencer o regulador quanto a aspectos relevantes atinentes ao exercício da regulação. Porém, ao lado disso, também se coloca questão relativa às informações quanto aos fatos que devem ser regulados (ou considerados quando do exercício da regulação). Não há dúvida de que na relação regulador-regulado, o regulado, em princípio, dispõe de mais informações que o regulador. Essa assimetria informacional não parece ser mera suposição, mas efetivamente pode ocorrer. Não raro o regulador depende da informação detida pelo regulado (e só por ele conhecida por completo, já que envolve dados internos ao desenvolvimento da atividade) para que possa editar a regulação. (...) Entre regulador-regulado cria-se uma inexorável diferença quantitativa e qualitativa de informações acerca das circunstâncias fáticas (inclusive, algumas vezes, acerca daquelas que devem ser submetidas à regulação), o que pode favorecer a ocorrência da captura”. (BAGATIN, Andrea Cristina. *Captura das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 84).

brio da regulação, que, naturalmente, tende a favorecer o setor regulado.

Nesse ambiente, a imparcialidade da agência reguladora é comprometida, resultando na assimilação entre interesse público e interesse do setor regulado.

O argumento da índole técnica da regulação econômica não afasta essa conclusão. Esse discurso parte da premissa de que as decisões das agências reguladoras decorrem de aplicação de conhecimento técnico-científico, sem ingerências do poder político ou econômico. A tese não se sustenta, porque: (i) a aparência de tecnicidade não afasta o caráter discricionário das ações e omissões do ente regulador (com base em juízo de conveniência e oportunidade); e (ii) a produção científica pode ser instrumentalizada para dar suporte a determinado interesse em jogo. Justen Filho afirma que:

Em primeiro lugar, é extremamente problemático afirmar que a regulação econômica se restrinja a um conjunto de decisões técnicas, sem influência de questões ditas “políticas”. Mais precisamente, é impossível afirmar que as escolhas realizadas pelas agências se faça segundo avaliação de natureza exclusivamente *cognitiva*, derivada da aplicação automática do conhecimento técnico-científico. Ademais disso, a atividade regulatória, ainda quando envolva escolhas de natureza técnico-científica, envolve decisões políticas relacionadas à conveniência e oportunidade. Não se trata de uma atuação vinculada estritamente à Lei ou ao conhecimento técnico-científico⁷.

Justen Filho aponta para a existência de um *déficit democrático* na atuação das agências reguladoras, que consistiria em uma crise de legitimidade da regulação, na medida em que reforçaria (em vez de mitigar) o desequilíbrio de forças da sociedade, subsidiando o abuso de posições dominantes⁸. Nesse contexto, a criação de procedimentos de participação pública

7 JUSTEN FILHO, Marçal. Agências Reguladoras e Democracia: existe um déficit democrático na “regulação independente”? Disponível em: <http://justenfilho.com.br/wp-content/uploads/2008/12/mjf62.pdf>, acesso em 28.3.2016, p. 14.

8 “Reputa-se como possível (ainda que não desejável) a existência de agência independente não

na tomada de decisões pelas agências reguladoras (consultas e audiências públicas) não oferece contrapeso suficiente à influência do poder econômico. A mera abertura do processo decisório à participação popular, sem incorporação das manifestações nas ações regulatórias e motivação consistente da rejeição às propostas formuladas, consubstancia o que Justen Filho denomina de *participação externa cosmética*:

A expressão indica a situação em que a agência predetermina sua decisão e desencadeia uma série de formalidades, inclusive com audiências públicas, destinadas apenas a dar uma aparência de democracia à decisão. Assim, ouvem-se os particulares e os segmentos interessados, mas se adota decisão desvinculada de todas as contribuições. Isso significa que a agência independente tem o dever de justificar suas decisões regulatórias, inclusive apresentando os fundamentos pelos quais reputou inadequado acolher as colaborações, manifestações e propostas formuladas pela sociedade⁹.

3 A CAPTURA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS E O PODER JUDICIÁRIO

Na medida em que as agências reguladoras tendem ao favorecimento dos interesses do setor regulado, em detrimento da tutela do interesse da coletividade, o Poder Judiciário é procurado para corrigir o desequilíbrio de forças da ordem econômica, sobretudo para reparar violações e dar efetividade aos direitos dos consumidores. O fenômeno da captura das agências reguladoras contribui, assim, para o inchaço do sistema de justiça.

Como efeito da captura, observa-se, na regulação normativa, um descompasso entre determinadas normas editadas pelas agências regula-

democrática num Estado democrático. Isso ocorrerá na medida em que os critérios de sua organização e funcionamento frustrem ou dificultem a realização dos princípios e valores fundamentais. A agência reguladora carecerá de legitimidade democrática se for ela instrumento de ampliação das deficiências do sistema político. E o pior é que a internalização do déficit democrático para o âmbito das agências significará sua inutilidade para o cumprimento dos fins a que se destinam. Mais do que isso, tornar-se-ão instrumento para agravamento da problemática examinada" (JUSTEN FILHO, op. cit., P. 14).

9 JUSTEN FILHO, op. cit., P. 20.

doras e preceitos de ordem pública e de interesse social, como as regras e os princípios do Código de Defesa do Consumidor. Cite-se, exemplificativamente: (i) a permissão, por resolução do Conselho Monetário Nacional, à exigência de tarifas de serviços bancários, que, a rigor, transferem ao consumidor os custos da operação financeira; (ii) a disposição contida no artigo 52 da Resolução da ANATEL n. 632, de 7.3.2014, que permite a alteração ou extinção, por ato unilateral das operadoras, de planos de serviços, mediante prévio aviso, em contrariedade à regra do artigo 51, incisos XI e XIII, da Lei n. 8.078/1990; esse ato normativo da ANATEL deu suporte à recente prática das operadoras de serviços de telecomunicações que, por meio de alteração unilateral do plano, passaram a suspender o serviço de acesso à internet (em lugar de reduzir a velocidade) após o consumo do limite de franquia; (iii) a definição, pela ANS, do rol de coberturas obrigatórias, com base em critérios de ordem econômica (custo-efetividade, impacto financeiro e disponibilidade da rede prestadora), prevalentes sobre exigências do direito à saúde.

A normatização dada pelas agências reguladoras confere uma roupagem de legitimidade às práticas dos entes regulados, que, nela amparados, persistem na violação massiva de direitos, quadro que contribui à propositura de demandas repetitivas perante o Poder Judiciário.

As funções fiscalizatória e sancionatória igualmente não atendem aos interesses da coletividade. A experiência jurisdicional revela que os entes regulados adotam comportamentos destoantes da própria normatização estabelecida pelas agências reguladoras; estas, porém, não demonstram efetivo empenho na adoção de medidas que confirmam efetividade às normas por elas estabelecidas. De fato, não se assiste à aplicação de sanções pelas agências reguladoras na mesma proporção em que se avolumam demandas que reportam práticas abusivas imputadas aos agentes regulados.

Destaca-se, como exemplo, a ineficiência da atuação da ANS no caso Unimed Paulistana. A agência, embora ciente das irregularidades administrativas perpetradas pela operadora, ao longo de anos, não cuidou para evitar danos aos consumidores, que foram surpreendidos com a suspensão da cobertura assistencial pelos prestadores de serviços da rede Unimed,

logo após o anúncio de alienação compulsória da carteira da operadora; ao final, aos consumidores restou a alternativa de aderir a planos de saúde oferecidos por outras operadoras, em condições menos vantajosas.

O fenômeno da captura das agências reguladoras, que resulta (i) na edição de normas comprometidas com o interesse do setor regulado e (ii) na omissão fiscalizatória e sancionatória, enfraquece a capacidade do ente regulador de resolver coletiva e preventivamente, de forma ponderada e imparcial, as disputas de interesses que envolvem a exploração da atividade regulada.

O favorecimento do setor regulado, por ação ou omissão, motiva a busca do Poder Judiciário; no entanto, a solução que, no âmbito da regulação, poderia ser dada coletivamente e de forma mais efetiva, é pulverizada em milhares de demandas individuais, sem aptidão para produzir alteração do comportamento dos grupos regulados.

Nesse contexto, pertinente a discussão acerca do controle externo das agências reguladoras, seja pelos setores organizados da sociedade, seja pelo Poder Judiciário. Os atos regulatórios consubstanciam atos administrativos, suscetíveis de controle jurisdicional. O argumento da discricionariedade técnica da atividade regulatória não afasta a possibilidade de controle, pelo Poder Judiciário, da legalidade e finalidade dos atos de regulação. A omissão nas funções fiscalizatória e sancionatória, por sua vez, é aferível pela violação a dever legal específico, ensejando responsabilidade por danos coletivos. O enfrentamento doutrinário e jurisprudencial dessa temática é necessário para que a atividade regulatória seja reposicionada em torno do eixo do interesse coletivo.

4 CONCLUSÃO

O quadro de demandas repetitivas concentradas em setores sujeitos à regulação estatal direciona a perspectiva de análise à atuação das agências reguladoras.

A tendência ao comprometimento da imparcialidade do ente regulador (captura) em benefício do setor regulado produz um vazio na tutela do interesse público, motivando a procura do Poder Judiciário para reequilíbrio das

forças que permeiam a regulação. A deficiência da atividade regulatória se coloca, assim, como uma das causas do congestionamento do sistema de justiça.

O controle jurisdicional dos atos de regulação se mostra como caminho viável ao restabelecimento do interesse público como fim da atividade regulatória. A alteração do atual cenário depende, ainda, de articulação dos setores da sociedade e efetiva transparência e participação pública na tomada de decisões pelo ente regulador.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BAGATIN, Andreia Cristina. **Captura das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Saraiva, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Agências Reguladoras e Democracia: existe um déficit democrático na “regulação independente”?** Disponível em: <http://justenfilho.com.br/wp-content/uploads/2008/12/mjff62.pdf>, acesso em 28.3.2016.

WILLEMANN, Flavio de Araújo. **Responsabilidade Civil das Agências Reguladoras**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

HANNAH ARENDT, DEMANDAS REPETITIVAS E OS MÉTODOS CONSENSUAIS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Luciano Campos de Albuquerque¹

Resumo: A grave crise no sistema de solução de conflitos possui dimensão muito maior que os problemas decorrentes de falhas na prestação do serviço judiciário. Este trabalho propõe-se a problematizar o papel que vem sendo atribuído aos métodos consensuais de resolução de conflitos, ressaltando a necessidade de criar estratégias específicas para o tratamento de demandas repetitivas.

Palavras-chave: Crise no sistema de Justiça. Demandas repetitivas. Estratégias. **Métodos adequados.** Resolução de conflitos.

1 INTRODUÇÃO

O Brasil passa por uma grave crise em seu sistema de solução de litígios e uma de suas principais consequências é a morosidade dos julgamentos, que origina uma sensação generalizada de impunidade. Na contramão desses problemas, os juízes brasileiros são os mais produtivos do mundo², embora as serventias judiciais continuem cheias de processos que aguardam solução.

A crise e a morosidade não deveriam ser imputadas apenas ao Poder Judiciário, haja vista que os litígios seriam reduzidos se a Administração Pública Direta e Indireta, bem como as agências reguladoras fossem mais

1 *Juiz de Direito Substituto em Segundo Grau no Tribunal de Justiça do Paraná. Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Clássica de Lisboa. Especialista em Direito Processual Civil pelo IBEJ.*

2 “Cada um dos 16.000 juízes brasileiros produzem, em média, 1.616 sentenças por ano, contra a média de 959 dos juízes italianos, 689 dos espanhóis e 397 dos portugueses”. In: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-pais-dos-paradoxos-tem-os-juizes-mais-productivos-do-mundo-mas-um-judiciario-dos-mais-morosos-e-assoberbados>.

eficazes e evitassem, na via administrativa, que determinadas demandas desaguassem em processos judiciais³.

Diante dessa situação, muitas soluções são apontadas para tentar-se acelerar a duração dos processos, dentre elas a valorização da gestão de processos e pessoas e os métodos consensuais de solução de conflitos. Essas iniciativas são importantíssimas para que o serviço seja prestado de forma mais adequada e humana, mas não parece que possam atingir as causas da morosidade.

2 A CRISE DO SISTEMA DE JUSTIÇA E A APOSTA NOS MÉTODOS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

A crise do Sistema de Justiça não é uma crise isolada; parece fazer parte de todo um sistema que está ou em colapso ou em transição⁴. Um momento de ruptura, em que se verifica há muito a falência da modernidade e de seus ideais de Liberdade, Igualdade e Fraternidade⁵, que ao não serem concretizados deixaram um rastro enorme de injustiça social. Segundo Boaventura de Souza Santos, o projeto sociocultural emancipatório da modernidade, iniciado no século XVI, era ambicioso demais, e as poucas promessas que foram cumpridas tiveram efeitos perversos⁶.

As consequências dessa crise são sentidas pelo Direito e refletem-

3 In: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-pais-dos-paradoxos-tem-os-juizes-mais-produtivos-do-mundo-mas-um-judiciario-dos-mais-morosos-e-assoberbados>.

4 SANTOS, Boaventura de Souza. *A Crítica da Razão indolente*. 2002. P. 16.

5 “Todos os dias somos acometidos, na vivência das mais banais experiências, pela sensação de que “algo desmancha no ar”. Experimenta-se um tempo, um período, uma época, em que se sente estar sendo atravessado por mudanças constantes, que sequer permitem contarmos o tempo da mesma forma como se contava há algumas décadas. Essa percepção de “desmanche” tem um pouco a ver com a crise de modernidade e suas formas ideológicas”. ALMEIDA, Guilherme Assis de; BITTAR, Eduardo C. B. **Curso de Filosofia do Direito**. 2011. P. 660-661.

6 Sobre a perversidade do projeto moderno o sociólogo lembra que 21% da população mundial controla 78% da produção mundial e consome 75% de toda a energia produzida, e que trabalhadores do terceiro mundo ganham 20 vezes menos que trabalhadores da Europa e da América do Norte realizando as mesmas tarefas. SANTOS, Boaventura de Souza. *OP. CIT.*, P. 23.

-se no Poder Judiciário que, como instituição estatal pensada na modernidade, tomou para si o monopólio da jurisdição. Nesse sentido, a crise do sistema de justiça se agrava após a promulgação da Constituição de 1988, pois aos magistrados acaba sendo delegada a tarefa de cumprir as promessas da modernidade, mais especificamente em relação aos direitos fundamentais constitucionalizados⁷. A frustração das expectativas em muito é imputada, de forma exclusiva ao Poder Judiciário, que parece carregar sozinho, injustamente, a responsabilidade pela crise de todo o Sistema de Justiça.

Há que se mencionar, todavia, que se os maiores demandados são o Estado, as grandes concessionárias de serviço público e as grandes instituições financeiras, pode não haver uma disposição política para estruturar um sistema em que as ações judiciais sejam julgadas com eficiência. Souza Santos, por exemplo, afirma que a ineficácia e a sobrecarga de trabalho não são problemas de âmbito técnico-jurídico, mas são, sobretudo, problemas políticos⁸. Sobre o tema, a Associação dos Magistrados Brasileira apresentou resumo de um estudo feito pelo Banco Mundial destacando que:

“Para o Banco Mundial, muito embora o Judiciário não esteja isento de culpa, tornou-se o “bode expiatório” universal para uma situação que há outros atores que contribuem igualmente, se não até mais. Muitos desses outros “contribuintes” possuem suas próprias queixas, mas da mesma maneira vêm se mostrando prontos a ignorá-las para evitar disputas mais sérias, arriscando, potencialmente, os seus benefícios existentes. O governo, as concessionárias de serviços públicos e os bancos contribuem e tiram vantagem dos próprios atrasos que criticam – uma vez que esses atrasos lhes permitem adiar os pagamentos aos reclamantes e provavelmente reduzem a incidência geral de reclamações”.⁹

7 Sobre o tema: ROSA, Alexandre Morais da. Judiciário entre Eficiência e Eficácia: o sentido da deriva hermenêutica no pós CR/88. Disponível em: <http://alexandremoraisdarosa.blogspot.com.br/2009/06/eficiencia-x-eficacia.html#axzz3CxsjOXT7>. Acesso em 05.09.2014.

8 SANTOS, Boaventura de Sousa. *Op. Cit.*. P.161.

9 ([http://www.amb.com.br/portal/docs/pesquisa/Resenha%20Banco%20Mundial\(final\).pdf](http://www.amb.com.br/portal/docs/pesquisa/Resenha%20Banco%20Mundial(final).pdf))

O mais danoso é passar a ideia de que as reformas no Poder Judiciário e na legislação processual resolverão o problema da demora nos julgamentos. Há que se questionar se, a partir do inabalável argumento do combate à morosidade, as reformas estarão servindo apenas para definir para o futuro uma magistratura mais previsível, burocrática, empobrecida intelectualmente, incapaz de se contrapor a eventuais abusos que se procure impor com projetos de crescimento econômico do país.

A Resolução n. 70/2009 do CNJ estabeleceu a necessidade de implantação de uma Gestão Estratégica nos tribunais, com vista a aperfeiçoar e modernizar os serviços judiciais¹⁰. Em seguida, começaram amplas discussões sobre o papel do magistrado, se deveria ser um especialista em gestão¹¹. Polêmicas à parte, certo é que naquele momento a gestão foi elevada à panaceia, capaz de solucionar a crise de um Poder Judiciário desorganizado e indolente. É importante que o juiz conheça técnicas de gestão e as aplique de forma humanística ao bem da sociedade e da solução pacífica dos conflitos. No entanto, há que se compreender que não serão suficientes para

10 BACELLAR, Roberto Portugal. Juiz Servidor, gestor e mediador. 2013. P. 21.

11 Em 24 de julho de 2009, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, à época Presidente do STF e do CNJ, afirmou que: “O juiz brasileiro tem que ser um gestor. Quem administra uma Vara é um administrador e deve assumir essa responsabilidade”. – IN: [HTTP://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/resolucoespresidencia/96-noticias/7039-juiz-brasileiro-deve-ser-um-gestor-defende-presidente-do-cnj](http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/resolucoespresidencia/96-noticias/7039-juiz-brasileiro-deve-ser-um-gestor-defende-presidente-do-cnj). Acesso em 04.09.2014. Polemizando esse entendimento do juiz-gestor, em uma de suas colunas, Lenio Luiz Streck afirma categoricamente: “Juiz não é gestor nem gerente. Ele deve julgar. E bem!”. Streck demonstra que o direito continua envelhecido porque: “(...) promulgada a Constituição, passamos por uma ressaca. Ainda inseridos no antigo imaginário (formalismo versus “qualquer postura apta a derrotar esse inimigo comum), demoramos a perceber a necessidade de uma (nova) teoria das fontes, uma (nova) teoria da norma, uma nova teoria que desse conta da interpretação da Constituição e, finalmente, uma teoria da decisão, para impedir que, nesse novo patamar, passássemos a decidir de qualquer modo, ainda com o olho nos velhos dilemas. Nesse contexto, importamos, de forma equivocada (porque descontextualizada), a jurisprudência dos valores, a teoria da argumentação jurídica (cuja vulgata possibilitou o uso indiscriminado da ponderação, essa doença contemporânea da interpretação) e o ativismo judicial de origem norte-americana (como se os ativismos de lá fossem “sentimentos constitucionais” e não meramente contingenciais em face das composições da *US Supreme Court*).” – STRECK, Lenio Luiz. **Juiz não é gestor nem gerente. Ele deve julgar. E bem!** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-ago-08/senso-incomum-juiz-nao-gestor-nem-gerente-juiz-julgar-bem>.

solucionar a crise da morosidade.

Os métodos consensuais de resolução de conflitos são tão importantes quanto as técnicas de gestão em uma moderna formatação do Sistema de Justiça. A aplicação dos métodos consensuais, destacando-se a mediação, possibilita adequar o problema do cidadão à solução esperada, à pacificação e estabilização da relação que se tornou conflituosa em algum momento. O cientificismo artificial de um método que pretenda solucionar conflitos apenas a partir do acertamento jurídico do caso, de sentenças, há muito se demonstra em descompasso com os fluidos desafios da “modernidade líquida”¹².

Os métodos de solução consensual dos conflitos garantem a adequação necessária à verdadeira solução dos conflitos, ultrapassando-se as ideias de solução de lides, de processos, garantindo um verdadeiro acesso material à Justiça. A conciliação e a mediação são instrumentos que garantem uma solução rápida, eficaz, adequada e humana a uma parcela significativa dos conflitos levados ao Judiciário. Contudo, não podem ser elevadas à solução definitiva para morosidade processual, sob pena de, ao não cumprirem as promessas de solução da crise, serem abandonadas, apesar de todas as virtudes que trazem.

Grande parte das demandas no Poder Judiciário envolve a Administração Direta e Indireta, bem como as grandes instituições financeiras. A busca do método adequado para solução célere de cada tipo de conflito envolve um estudo de inteligência em demandas repetitivas, tema este objeto de outros trabalhos nesta obra coletiva e que a proposta deste breve artigo não alcança.

O Poder Judiciário deve optar pelas soluções de identificação de demandas repetitivas e de criação de métodos eficazes para trabalhar com

12 Por muito tempo o modelo processualista científico impôs a visão da importância da solução da lide entre sujeitos de direito processuais. Superando esse modelo formalista, pensando a pessoa como valor do ordenamento, pode-se pensar em um modelo que busque solucionar os conflitos que existam entre pessoas. E para que isso possa acontecer, deve-se pensar em métodos que sejam mais adequados a cada tipo de conflito. Sobre o tema: BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e Arbitragem**. 2012. P. 54 e seguintes.

cada complexidade que se apresente. A grande importância dos métodos de resolução alternativa de conflitos está em adequar-se o método ao problema que se apresenta na vida real das pessoas. Os métodos de solução consensual possuem enorme importância no presente momento histórico, pela possibilidade de restaurar relações, evitar novos conflitos a partir de uma intervenção adequada e pela missão subjacente de empoderar os envolvidos nos processos para solução própria de seus conflitos, sendo decisivos na busca da paz social.

Outra abordagem que se faça, elevando mediação e conciliação à solução para crise no Sistema de Justiça, pode desacreditá-las, pois dificilmente darão conta da carga de processos que atualmente existe.

3 CONCLUSÃO

Hannah Arendt mostra em “A Condição Humana” que um dos efeitos inevitáveis da modernidade foi a inversão entre a contemplação e a ação, e uma das principais consequências foi que a busca do senso prático e instrumental moderno interferiu no processo do simples pensar o qual é necessário e produz conhecimento.¹³

No livro “*The Life of The Mind*”¹⁴ Arendt questiona se a capacidade de pensar é suficiente para o ser humano distinguir o bem do mal, partindo da análise do regime nazista. Ao acompanhar o julgamento de *Eichmann* (um agente do nazismo) a pensadora entendeu que os atos nazistas eram em si monstruosos, mas que o agente em julgamento “era bastante comum, banal, e não demoníaco ou monstruoso”¹⁵. Assim, a filósofa chegou à conclusão de que os atos dele não eram fruto de motivações más, tampouco de estupidez, mas sim de irreflexão. “Foi essa ausência de pensamento – uma experiência tão comum em nossa vida cotidiana, em que dificilmente temos tempo e

13 ARENDT, Hannah. A Condição Humana. 2007. P. 302

14 Traduzido para o português como “A Vida do Espírito”.

15 ARENDT, Hannah. A vida do espírito: o pensar, o querer e o julgar. 2008. P. 18

muito menos desejo de *parar* e pensar – que despertou meu interesse”¹⁶.

A reflexão a que se quer chegar a partir de Arendt é a importância do pensar que vá além apenas da razão instrumental própria da modernidade, cuja preocupação é o senso prático. Se o pensar e a reflexão não garantem a concretização do bem, ao menos previnem a realização do mal, como ocorreu com os regimes totalitários.

Os momentos de grave crise sistêmica são fértil terreno para descoberta das panaceias, o que pode e deve ser evitado a partir de um pensamento crítico que observe a crise do Poder Judiciário em um contexto mais amplo, histórico, cultural, de superação dos paradigmas da modernidade. É necessário não ceder às tentações das soluções únicas, rápidas, imaginando-se que reformas processuais ou até na estrutura do Poder Judiciário serão, isoladas, suficientes a solucionar o problema da morosidade dos processos.

Há que se preservar as boas práticas de gestão, como instrumento essencial na prestação de um eficiente serviço judiciário. Os métodos de Resolução Alternativa de Conflitos, em especial a conciliação e a mediação, devem ser preservadas, fortalecendo a ideia de serem métodos adequados a tratar determinadas espécies de conflitos. A mediação e a conciliação, métodos justos, eficazes e céleres, devem ser incentivados nas situações que sejam congruentes com o conflito apresentado, em que sejam adequados à pacificação social.

Ao tempo que se busca adequar a mediação e a conciliação para suas finalidades precípuas, devem ser enaltecidos os estudos que buscam estudar as causas das demandas de massa, de forma inteligente e crítica, bem como as diversas boas práticas de enfrentamento desses enormes desafios.

Há que se priorizar projetos que buscam enfrentar as verdadeiras raízes das demandas de massa, afastando-se de soluções midiáticas únicas para uma crise de paradigmas. É tempo de parar para pensar. Ao refletir sobre as ideias de Hannah Arendt, Celso Lafer afirma que:

16 ARENDT, Hannah. A Vida.... P. 18

Em termos operacionais, pensar significa desligar-se provisoriamente do mundo das aparências para chegar a uma conclusão sobre o sentido das coisas, diante de uma dificuldade. É o parar para pensar. Não pensar protege as pessoas dos perigos desse exame, e é por isso que elas se apegam à posse das normas a serem aplicadas aos casos concretos, o que não exige a problematização do seu conteúdo.¹⁷

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Guilherme Assis de; BITTAR, Eduardo C. B. **Curso de Filosofia do Direito**. 9ª Edição. São Paulo: Editora Atlas. 2011.

ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. Tradução Roberto Raposo. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2007.

_____. **A vida do espírito: o pensar, o querer e o julgar**. Tradução Cesar Augusto R. de Almeida. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 2008.

BACELLAR, Roberto Portugal. **Juiz Servidor, gestor e mediador**. Brasília: Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Brasília. 2013.

_____. **Mediação e Arbitragem**. São Paulo: Saraiva. 2012.

JUIZ brasileiro deve ser um gestor, defende presidente do CNJ. **Agência de Notícias CNJ**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/resolucoespresidencia/96-noticias/7039-juiz-brasileiro-deve-ser-um-gestor-defende-presidente-do-cnj> Acesso em 04.09.2014.

LAFER, Ceslo. **Hannah Arendt: Pensamento, persuasão e poder**. 2ª ed. rev e ampl. São Paulo: Paz e Terra. 2003.

O PAÍS dos paradoxos: tem os juízes mais produtivos do mundo, mas um Judiciário dos mais morosos e assoberbados. **Jornal O Estado de São Paulo**, 09 de setembro de 2014. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-pais-dos-paradoxos-tem-os-juizes-mais-produtivos-do-mundo-mas-um-judiciario-dos-mais-morosos-e-assoberbados/>. Acesso em 10.09.2014.

ROSA, Alexandre Morais da. **Judiciário entre Eficiência e Eficácia: o sentido**

17 LAFER, Ceslo. Hannah Arendt: Pensamento, persuasão e poder. 2003. P. 80

da deriva hermenêutica no pós CR/88. Disponível em: <http://alexandremoraisdarosa.blog>

spot.com.br/2009/06/eficiencia-x-eficacia.html#axzz3CxsjOXT7. Acesso em 05.09.2014.

SANTOS, Boaventura de Souza. **A Crítica da Razão indolente: contra o desperdício da experiência.** 4ª ed. São Paulo: Cortez. 2002.

STRECK, Lenio Luiz. **Juiz não é gestor nem gerente. Ele deve julgar. E bem!** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-ago-08/senso-incomum-juiz-nao-gestor-nem-gerente-juiz-julgar-bem>. Acesso em 25.08.2014.

EFICÁCIA DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL: PROPOSTA DE CÓDIGO BRASILEIRO DE PROCESSO COLETIVO

Cíntia Teresinha Burhalde Mua¹

Resumo: Este trabalho pretende contribuir para a compreensão da racionalidade do processo coletivo como instrumento de efetividade do acesso material à jurisdição. Com o escopo de restringir a atuação atômico-burocrática do Estado-juiz em caso de demandas repetitivas, apresenta-se uma proposta de codificação do processo coetâneo para o sistema jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Processo coletivo. Acesso à Jurisdição. Efetividade. Demandas repetitivas. Proposta de codificação.

O processo coletivo nasce como síntese da constatação científica da insuficiência do processo civil calcado no individualismo para dar voz aos conflitos da sociedade moderna, que não se cingem aos tradicionais modelos, pautando-se pela transindividualidade.

Na superação do paradigma, não de ser preservados na nova estrutura os elementos constitutivos da antanha moldura, com os temperamentos e as inovações consentâneos à novel² e efetiva instrumentalização, corolário natural do movimento dialético.

1 Juíza de Direito, Especialista em Direito Processual Civil (PUCRS, 1996), Mestre em Instituições de Direito do Estado (PUCRS, 2006), Especializanda em Direito Ambiental (UFRGS, 2015), Coordenadora do Núcleo de Estudos Sobre Processo Coletivo da Escola Superior da Magistratura da AJURIS, docente em Direito Processual Civil, no âmbito da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – Enfam e na Escola Superior da Magistratura da AJURIS e em Direito Ambiental, no Centro de Formação e Desenvolvimento de Pessoas do TJRS

2 Digno de registro que a lesão a direitos transindividuais não é nova, sendo relativamente jovem a tentativa de sistematização dos instrumentos processuais adequados, o que tem ocorrido de forma constante desde a década de 1970, Consoante, se aduzirá ao depois, com dos tópicos de direito comparado.

A fisionomia instrumental do processo exige eficiência e racionalidade em seu manejo. No processo coletivo, que encampa a defesa dos interesses essencialmente coletivos (coletivos restrito senso e difusos), a par da defesa coletiva dos interesses acidentalmente coletivos os denominados interesses individuais homogêneos tal cenário hipertrofia-se, uma vez que a penetração objetivo-subjetiva do conflito no tecido social é deveras relevante.

Ademais, porquanto o processo não pode sufocar o direito material, não desponta possível imaginar que pessoas em posição equivalentes recebam tratamento jurídico divergente, assumindo o processo caráter determinante do malferimento da isonomia constitucional.

Dados os fenômenos da globalização e da massificação das relações sociais, os interesses acidentalmente coletivos representam a conformação mais comum da transindividualidade³: este viés aponta para a hodierna indeclinabilidade da construção de ferramentas eficientes para colmatar o crescente plexo das lesões impostas à multifacetária orla jurídico-subjetiva dos integrantes do tecido social (enquanto consumidores, contribuintes, aposentados, entre outras fisionomias).

Isto posto, sob a ótica dos individuais homogêneos, foi cunhado para atender demandas massivas, que tornam a atividade jurisdicional atômico-burocrática, refém de circunstâncias que comprometem a sua qualidade; o processo coletivo tem por escopo racionalizar a ignição do agir do Estado-Juiz, otimizando os meios para uma dicção coesa, útil e econômica.

GODINHO (2006)⁴ traz à baila escólio de Antonio Gidi, o qual

"afirma que o acesso à justiça é um dos objetivos da tutela coletiva de direitos e, ilustrando sua assertiva, informa que foi observado nos Estados Unidos que, se em determinado fato lesivo envolvendo quarenta milhões de membros do grupo lesado, apenas dez por cento resolvessem ir pessoalmente a juízo, ainda

3 acidente da coletivização

4 GODINHO, Robson Renault. O Ministério Público e a Tutela Jurisdicional Coletiva dos Direitos dos Idosos. Disponível na internet: <http://jus2.uol.com.br/doutrina>. Acesso em: 07/06/2006, p. 05

que cada audiência durasse apenas dez minutos, seriam necessários cem anos para que todos os casos fossem decididos, o que demonstra que o processo coletivo enseja economia processual e possibilita maior acesso à justiça."

De outra banda, par e passo com a racionalização, tem por norte suplantar as barreiras do acesso material à jurisdição, equacionando principalmente as dificuldades oriundas dos entraves socioculturais, ainda gigantescas em nosso País, sendo que a presente escritura não contempla a análise sociológica do tema, que vai aqui ponderado como uma constatação empírica.

Neste diapasão, a tutela coletiva verbaliza o equilíbrio processual das partes, vez que

(...) "a possibilidade dos interesses e direitos lesados serem defendidos concomitantemente faz com que a correlação de forças entre os litigantes seja redimensionada em benefício da parte individualmente fraca, mas razoavelmente forte quando agrupada, levando por terra, assim, a política maquiavélica da divisão para reinar."⁵

Laborar pela compreensão da tutela coletiva como uma necessidade prático-corolária da neofisionomia da sociedade é contribuir para o resgate da credibilidade do Judiciário, vilipendiada pela insegurança jurídica que os múltiplos, divergentes e irrazoavelmente demorados pronunciamentos sobre um mesmo tema tem gerado no seio da comunidade. O processo coletivo significa, em última *ratio*, a válvula de escape para a reconquista do reconhecimento popular da legitimidade do Estado-Juiz na vida contemporânea.

Cabe pontuar que a sistematização do estudo acerca do ferramental adequado à defesa coletiva tem cunhado a edição de documentos plurais que identificam a comunhão de interesses na concepção discursiva de recomendações ou modelos que possam contribuir para a implementação da tutela coletiva, para a sedimentação dos instrumentos já disponíveis ou para a reflexão acerca da realidade nacional de cada um dos partícipes deste processo dialógico.

5 MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. O Código Modelo de Processos Coletivos do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual. Disponível na internet: www.mundojuridico.adv.br. Acesso em 09/06/2006, p.38

Neste diapasão, as diretivas da União Europeia e Código-Modelo de Processo Coletivo Ibero-Americano.

Na jornada uruguaia⁶ no Instituto Ibero-Americano⁷, foi apresentado o projeto do instrumento predito, que passou por duas revisões, tendo sido aprovado em Caracas, na Venezuela, no mês de outubro de 2004.

Referido documento encontra-se assim estruturado em sete capítulos, a saber: I – Disposições gerais; II – Dos provimentos jurisdicionais; III – Dos processos coletivos em geral; IV – Da ação coletiva para a defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos; V – Da conexão, da litispendência e da coisa julgada; VI – Da ação coletiva passiva; e VII – Disposições finais.

Discorrendo sobre a importância do Código Modelo em tela, MENDES (2006) apresenta lapidar síntese, que se passa a reproduzir, evitando fatigante tautologia, *verbis*:

"A proposição de Código Modelo para Processos Coletivos é de salutar importância, não apenas para cumprir o que seria o objetivo de qualquer Código-Tipo, ou seja, a busca da unificação e harmonização de normas entre países que possuem razoáveis semelhanças em termos de sistemas jurídicos, bem como o fomento de modificações que estejam em sintonia com as necessidades de inovações segundo o consenso ou a maioria da doutrina destas nações. A ideia de Código Modelo contribuirá, por certo, para romper com a ausência ou com o caráter secundário e acessório em termos de normas voltadas para o processo coletivo em geral. (...) No Brasil, embora haja previsão legal no sentido de aplicar as normas previstas no Código de Defesa do Consumidor para todas as ações civis públicas, há vários julgados que acabam firmando posição em torno da incidência restrita às relações de consumo para as regras ali previstas. Na própria União Europeia, as diretrizes pertinentes às ações coletivas associativas estão relacionadas a determinadas matérias específicas, como o meio ambiente ou o direito dos consumidores. No entanto, é chegada a hora das normas do processo coletivo conquistarem a sua alforria em relação ao direito material, alcançando posição de destaque nos ordenamentos jurídicos ibero-americanos, fundamen-

6 No ano de 2002

7 Criado em 1957

tais que são para o incremento do acesso à justiça, da economia processual e judicial, para a garantia do princípio da igualdade e da segurança jurídica, bem como para a efetivação do equilíbrio entre as partes.⁸

No Brasil, a tutela coletiva teve como termo *a quo* a Lei n. 1.134/50, que conferiu legitimidade ativa para as associações das classes que enumeraram representarem os interesses de seus associados, individual ou coletivamente. Na mesma senda, a Lei n. 4.215/63, atribuindo similar legitimidade para a OAB na representação dos interesses da categoria no exercício profissional. Ao depois, a Constituição de 1934 fez inserir a ação popular, suprimida pela Constituição de 1937, retomada em 1946, mantendo-se em todas as Cartas Constitucionais, a partir de então. Contudo, a exteriorização dos efeitos da ação popular constitucional só se fez sentir com a edição da Lei n. 4.717/65, que deu corpo à sua regulamentação. Advieram a Lei n. 6.938/81, que disciplina a política nacional do meio ambiente e a Lei Complementar 40/81. Comissão capitaneada pela Professora Ada Grinover logrou apresentar e aprovar o anteprojeto que foi submetido ao processo legislativo, culminando com a edição da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. A Constituição de 1988 enfeixou significativa relevância social à tutela coletiva, podendo mencionar-se o artigo 5º, XXI, LXXIII, LXIX, artigo 8º e o artigo 127, caput, e o artigo 129, III, que elevou a ação civil pública à categoria constitucional. Em 1989, três diplomas: as Leis 7797, 7853 e 7913, que dispõem, respectivamente: sobre o fundo nacional de meio ambiente; o apoio às pessoas portadoras de deficiência; a ação civil pública para aplacar os prejuízos aos titulares de valores mobiliários e aos investidores do mercado. Em 1990 foi editado o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8069/90) cujo artigo 210 legitima o Ministério Público (e os demais legitimados concorrentes) à defesa dos interesses individuais homogêneos, difusos e coletivos das pessoas em desenvolvimento. No mesmo ano, o Código de Defesa do Consumidor

8 MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. O Código Modelo de Processos Coletivos do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual. Disponível na internet: www.mundojuridico.adv.br. Acesso em 09/06/2006, p. 3

passou a ser o referencial para o processo coletivo brasileiro, vez que seu regramento processual não se restringe à órbita consumerista, mas alcança qualquer outro interesse individual homogêneo, coletivo ou difuso posto em juízo, alterando expressamente o artigo 21 da Lei 7347/85, bem como estrutura os pontos fundantes deste ramo específico da processualística, como a competência, a legitimação para as fases cognitiva e executória, coisa julgada e seus efeitos, a litispendência, definindo outrossim, em adotando magistral estudo de Barbosa Moreira, a classificação dos interesses transindividuais. Ao depois, a Lei n. 8625/93, a Lei Complementar n. 75/93; a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n. 101/2000); o Estatuto das Cidades (Lei n. 10.257/01), a congregar a defesa coletiva da ordem urbana (artigo 54); o Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003), que regulamenta a ação civil pública para a defesa dos interesses dos indivíduos com mais de 60 anos; a Lei Maria da Penha (Lei n. 10340/06), que disciplina a tutela coletiva nos artigos 26, inciso II e 37. Finalmente, segundo o artigo. 47 da Lei n. 12.529/2011,

"Os prejudicados, por si ou pelos legitimados referidos no art. 82 da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do inquérito ou processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação."

Não obstante, é consenso que a Lei da Ação Civil Pública representou o marco inicial da virada de Copérnico da tutela jurisdicional, que se abriu para a "vocação coletiva do processo contemporâneo"⁹

Em face do arquivamento do PL n. 5139/2009¹⁰, durante o ano de

9 ARRUDA ALVIM, Tratado de Direito Processual Civil, Vol. 2. São Paulo: RT, 1996, p. 103.

10 Originário do trabalho da Comissão Especial instituída pelo Ministério da Justiça pela Portaria n. 2.481/2008

2015 o Núcleo de Estudos Sobre Processo Coletivo da Escola Superior da Magistratura da AJURIS dedicou-se à formulação de uma nova proposta de sistematização do processo coletivo, optando pela codificação da matéria¹¹.

Para tanto, adotou as seguintes diretrizes metodológicas: (a) estudo e discussão das emendas ao PL 5.139/2010; (b) integração das propostas de sistematização do Código Modelo Iberoamericano e do paradigma sugerido da UERJ, sob a liderança de MENDES (capítulos XII e XIII); (c) consolidação do texto às inovações do CPC de 2015.

O resultado foi um compilado de oitenta e quatro artigos, divididos em quatorze capítulos¹².

A ideia principal do grupo foi preservar ao máximo a redação resultante da reflexão dos processos dialéticos precedentes, desde o Código Modelo Iberoamericano, agregando algumas contribuições, dentre as quais destaca-se a legitimação concorrente da pessoa física para a discussão coletiva de interesses individuais homogêneos de um grupo que integre¹³.

Tal desenho da legitimidade concorrential da pessoa física situa-se em ponto intermediário entre a concepção do Código Modelo Iberoamericano¹⁴ – que a admitiu sem restrições e o PL 5.139/09, que não

11 http://www.escoladaajuris.org.br/esm/imagens/proposta_nepc_v.6.2__3_crculo_de_debates.pdf

12 A saber: CAPÍTULO I: DISPOSIÇÕES GERAIS; CAPÍTULO II: DOS PRINCÍPIOS DA TUTELA COLETIVA; CAPÍTULO III; DOS PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS E DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO COLETIVA; CAPÍTULO IV: DO PROCEDIMENTO; CAPÍTULO V: DAS TÉCNICAS DE TUTELA COLETIVA; CAPÍTULO VI; DOS RECURSOS, DA COISA JULGADA COLETIVA E DA RELAÇÃO ENTRE DEMANDAS COLETIVAS E INDIVIDUAIS; CAPÍTULO VII: DA LIQUIDAÇÃO, CUMPRIMENTO DA SENTENÇA E CUMPRIMENTO DE SENTENÇAS COLETIVAS; CAPÍTULO VIII: DO COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA E DO INQUÉRITO CIVIL; CAPÍTULO IX: DO CADASTRO NACIONAL DE PROCESSOS COLETIVOS E DO CADASTRO NACIONAL DE INQUÉRITOS CIVIS E COMPROMISSOS DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA; CAPÍTULO X: DAS DESPESAS, DOS HONORÁRIOS E DOS DANOS PROCESSUAIS; CAPÍTULO XII: DO MANDADO DE INJUÍÇÃO COLETIVO; CAPÍTULO XIII: DA AÇÃO COLETIVA PASSIVA; CAPÍTULO XIV: DISPOSIÇÕES FINAIS.

13 Art. 6º, VIII da proposta

14 Art. 3o.São legitimados concorrentemente à ação coletiva: I – qualquer pessoa física, para a defesa dos interesses ou direitos difusos de que seja titular um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas por circunstâncias de fato; II – o membro do grupo, categoria ou classe, para a defesa dos

inclui a pessoa física no rol de legitimados¹⁵.

A defesa coletiva dos individuais homogêneos por um integrante do grupo-amostragem é uma abertura dialógica para a reeducação da sociedade quanto à provocação racional do Estado-Juiz em caso de demandas massivas, paralela ou independentemente à atuação institucional dos demais legitimados.

Ademais, com a colaboração do Núcleo de Estudos de Mediação da ESM/AJURIS, introduziu lineamentos sobre a mediação no processo coletivo (artigo 13, caput e § 1º *usque* §14), sendo que a intimação para a sessão será feita na pessoa do advogado, no caso de ação coletiva proposta pelos legitimados do artigo 6º, incisos III a VIII; ou pessoalmente, se no polo ativo estiverem quaisquer dos legitimados do artigo 6º. I e II.

No escopo de imprimir fluidez e celeridade no procedimento, se a parte demandada recusar o interesse na autocomposição, por petição apresentada com 10 (dez) dias de antecedência da sessão designada, a carta-con-

interesses ou direitos difusos de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base e para a defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos;(…). E da exposição de motivos colhe-se: “A legitimação é a mais aberta possível, para atender a todos os modelos já existentes de processos coletivos em Ibero-América. Fica claro que a legitimação é concorrente e autônoma, admitido o litisconsórcio dos co-legitimados.”, disponível em http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/codigomodelo_exposicaodemotivos_2_28_2_2005.pdf, acesso em 04/03/2016

15 Art. 6º São legitimados concorrentemente para propor a ação coletiva: I – o Ministério Público; II – a Defensoria Pública; III – as pessoas jurídicas de direito público interno, as Mesas das Casas do Poder Legislativo e as entidades e órgãos despersonalizados da Administração Pública, direta ou indireta, que tenham como finalidades institucionais a defesa dos interesses ou direitos coletivos; IV – a Ordem dos Advogados do Brasil, inclusive as suas seções e subseções; V – as entidades sindicais e de fiscalização do exercício das profissões, restritas as primeiras à defesa dos interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos ligados à categoria; VI – os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, nas Assembleias Legislativas ou nas Câmaras Municipais, conforme o âmbito do objeto da demanda, a ser verificado quando do ajuizamento da ação; VII – as associações civis e as fundações de direito privado legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano, para a defesa de interesses ou direitos relacionados com seus fins institucionais, dispensadas a autorização assemblear ou pessoal e a apresentação do rol nominal dos associados ou membros. (<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=432485>)

vite inicial convolar-se-á em citação, correndo o prazo contestacional a contar da data inicialmente aprezada para a sessão de conciliação ou de mediação.

De outra banda, o mesmo colegiado revisita a questão da conversão da ação individual em coletiva, inovando em alguns aspectos em relação ao que previra o artigo 333 do NCPC, objeto de veto presidencial.

Na proposta do Núcleo de Estudos sobre Processo Coletivo da ESM/AJURIS, a conversão também será possível quando a ação individual tenha por objeto a solução de interesses individuais homogêneos, consoante definidos no artigo 2º, III deste código, sempre que o tratamento molecular da controvérsia consolide política de efetividade do acesso à jurisdição enquanto espaço do processo justo, útil, adequado, isonômico e prestado em tempo razoável (inciso III).

Na visão do Grupo, seria inadequado excluir a possibilidade de conversão da ação individual em coletiva quando a questão litigiosa trazida pelo indivíduo encerrar uma discussão que alcança, em verdade, uma coletividade circunscrita por interesses que acidentalmente tornaram-se passíveis de coletivização em juízo¹⁶.

Suplantando a lógica fordista para o atendimento das ações de massa, a proposição em testilha objetiva, para além de superar e guardar a produção científica até aqui desenvolvida nesta seara, congrega inovações para o aprimoramento da instrumentalização adequada e eficiente de pre-

16 Eis a sistematização proposta pelo Núcleo: Art. 40. Atendidos os pressupostos da relevância social e da dificuldade de formação do litisconsórcio, o juiz, a requerimento do Ministério Público, da Defensoria Pública ou dos legitimados referidos no art. 6º deste Código, ouvido o autor, poderá converterem coletiva a ação individual que veicule pedido que: I – tenha alcance coletivo, em razão da tutela de bem jurídico difuso ou coletivo, assim entendidos aqueles definidos pelo artigo 2º, I e II deste Código, e cuja ofensa afete, a um só tempo, as esferas jurídicas do indivíduo e da coletividade; II – tenha por objetivo a solução de conflito de interesse relativo a uma mesma relação jurídica plurilateral, cuja solução, por sua natureza ou por disposição de lei, deva ser necessariamente uniforme, assegurando-se tratamento isonômico para todos os membros do grupo; III – tenha por objeto a solução de interesses individuais homogêneos, consoante definidos no artigo 2º, III deste código, sempre que o tratamento molecular da controvérsia consolide política de efetividade do acesso à jurisdição enquanto espaço do processo justo, útil, adequado, isonômico e prestado em tempo razoável.

tensões transindividuais em juízo.

A questão encontra-se na ordem do dia, mormente porque o novel Código de Processo Civil tangenciou o processo coletivo apenas episodicamente, sem uma visão sistêmica, que ainda está em construção.