

Poder Judiciário e políticas públicas

Desafios internos e externos

*Alexandra Fuchs de Araújo*¹

Juíza de Direito no Estado de São Paulo

*Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho*²

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: 1. Introdução; 2. Dificuldades na formulação de políticas públicas para o próprio Judiciário em razão de fatores alheios aos juizes; 2.1. A lei – a recente criação do juiz das garantias pelo Pacote Anticrime; 2.2. As Cortes Superiores – Detran – Resp. n 1825.757/RS; 2.3. Política interna – metas numéricas e lides repetitivas; 3. Intervenção do Judiciário em política pública do Executivo – um caso de curioso êxito – de acessibilidade nos ônibus à solução de fila de próteses em São Paulo; 4. Conclusão; 5. Bibliografia.

1. Introdução

Tema que há algum tempo vem sendo recorrente nos debates acadêmicos é o da repercussão da atuação do Judiciário nas políticas públicas desenvolvidas pelo Executivo.

Discute-se sobretudo em que medida a atuação dos juizes na análise de casos individuais acaba por gerar distorções nos serviços a cargo da Administração, seja por gerar despesa sem identificação da respectiva fonte de custeio, seja por implicar violação à isonomia que deve existir entre seus usuários.³

Ao lado de argumentos como os apontados, nas peças de defesa da Fazenda em juízo também costumam ser veiculadas teses mais etéreas, como a de infração ao princípio da

¹ Mestre em Direito do Estado. Professora da Escola Paulista da Magistratura. Pesquisadora vinculada ao NEPAD. Coordenadora da Célula de Soluções Estratégicas do Grupo de Administração Legal (GEAL) do CRASP.

² Doutor e mestre em Direito do Estado. Professor da Escola Paulista da Magistratura. Pesquisador vinculado ao CEDAU.

³ Sobre o ponto, ver, a título ilustrativo: MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 236 e ss.; MURDA, Paula F. V. Navarro. *Políticas públicas: o controle judicial e o papel das funções essenciais à Justiça*. Curitiba: Prismas, 2015, p. 127 e ss.; VASCONCELOS, Natália Pires de. Direitos sociais e orçamento público: o custo de direitos como um problema empírico. In: CONTI, José Maurício (Org.). *Poder Judiciário: políticas públicas*. São Paulo: Almedina, 2018. v. II, p. 37-64; RIBEIRO, Maria de Fátima. Separação de poderes, federalismo fiscal e atuação do Poder Judiciário nas políticas públicas. In: CONTI, José Maurício (Org.). *Poder Judiciário: políticas públicas*. São Paulo: Almedina, 2018. v. II, p. 99-127, p. 118 e ss.; ROTA, Giovanna M. S. Judicialização de políticas públicas: aspectos financeiros e orçamentárias do Projeto de Lei n. 8.058/2014. In: CONTI, José Maurício (Org.). *Poder Judiciário: políticas públicas*. São Paulo: Almedina, 2018. v. II, p. 245-282; GROTTI, Dinorá Adelaide M.; MOCCIA, Maria Herminia P. P. e S. Políticas públicas e judiciário: saúde. In: CONTI, José Maurício (Org.). *Poder Judiciário: políticas públicas*. São Paulo: Almedina, 2018. v. II, p. 266 e ss.

separação de poderes⁴ e a de falta de legitimidade democrática de agentes não eleitos fazerem “escolhas trágicas” que deveriam ser exclusivas dos representantes do povo.⁵

Neste ensaio não adentraremos em tais em questões.

Considerando que, apesar do debate teórico, diuturnamente nosso Judiciário é chamado a decidir milhares de pleitos de cidadãos insatisfeitos com a resposta dada pelas repartições públicas a suas pretensões,⁶ e que isso vem gerando um acréscimo contínuo e expressivo do número de processos que aportam ano após ano em seus escaninhos, nessa reflexão abordaremos a dificuldade de se criar políticas públicas para o próprio aparato de Justiça por fatores alheios ao esforço performático exigido dos magistrados de primeira e segunda instâncias.

Sem ambição de esgotarmos o assunto, discorreremos sobre três exemplos de fontes de desassossego a impactar negativamente as rotinas judiciais que não estão relacionadas com a atuação dos juízes que prestam jurisdição ordinária (nome que empregamos para diferenciar essa função da desempenhada pelas Cortes Superiores em nosso sistema).

Após esse olhar para dentro, voltaremos nossa atenção para fora, tratando de um caso de curioso êxito envolvendo o controle feito pelo Judiciário sobre uma política pública do Executivo, a sugerir que, apesar dos óbices teóricos normalmente suscitados contra tal atividade, ela, especialmente quando há boa vontade por parte de seus atores, pode gerar resultados alvissareiros para a população.

2. Dificuldades na formulação de políticas públicas para o próprio Judiciário em razão de fatores alheios aos juízes

O bom exercício da jurisdição depende, para além da qualidade e disposição dos seus integrantes em decidir os processos que aportam ininterruptamente em seus cartórios, da estrutura que lhes é ofertada pelo Estado e, como é intuitivo, do volume de casos submetidos à sua apreciação por unidade de tempo.

Hoje, o órgão administrativo para definir a estrutura e as estratégias a serem adotadas para uma justiça eficiente é principalmente o CNJ (Conselho Nacional de Justiça), cujas políticas no mais das vezes são apenas replicadas no âmbito dos Tribunais locais.

Bucci define políticas públicas como:

⁴ Esta é de forte inspiração no mundo das ideias oitocentistas, a *la* Montesquieu e Rousseau, em um mundo no qual o juiz seria apenas a boca de uma lei racional, produzida por sábios, que não estabeleceriam obrigações iníquas, na medida em que, nesse caso, também se prejudicariam com sua aplicação (dado o suposto alcance geral então imaginado para tal tipo de ato normativo) (ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Du contrat social*. Paris: Flammarion, 2001 (1ª edição: 1762). Livro II, cap. VI, p. 77-79). A realidade, contudo, não corresponde exatamente ao quadro pintado pelos célebres autores. Quanto à lição de Rousseau vale dizer que, se é difícil os parlamentares produzirem leis que os prejudicam pessoalmente ou então certos interesses patrocinados por cada qual, tanto não se passa com aquelas que lesam o outro, terceiros que, em minoria ou mesmo maioria numérica, não conseguem se fazer ouvir no processo legislativo.

⁵ Isso imaginando que quem faz a “escolha trágica” submete-se aos seus efeitos, o que não necessariamente ocorre com os formuladores de várias de nossas políticas públicas, como nas áreas de saúde e educação.

⁶ Seu fundamento constitucional em nosso sistema está no art. 5º, XXXV, da Constituição (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”). Sobre a evolução da fórmula prevendo a inafastabilidade da jurisdição em nosso constitucionalismo, ver MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Controle judicial da administração pública: um projeto constitucional?. In: CONTI, José Maurício (Org.). *Poder Judiciário: políticas públicas*. São Paulo: Almedina, 2018. v. II, p. 19-36, p.27 e ss.

a ação governamental coordenada e em escala ampla, atuando sobre problemas complexos, a serviço de uma estratégia determinada, tudo isso conformado por regras e processos jurídicos. Seu objetivo é colocar em conexão os aspectos políticos e jurídicos que provocam a ação governamental; em outras palavras, de que formas, por meio ora de uma aproximação realista e analítica, ora idealista e prescritiva, se impulsionam as transformações jurídico-institucionais, isto é visão prospectiva.⁷

Essa ação governamental, ainda segundo Bucci:

é marcada pelo caráter “labiríntico” das conexões possíveis entre direito e política, conforme já anotado, sendo esse um dos fatores da dispersão de foco e da dificuldade de estabelecer linhas de trabalho capazes de proporcionar um conhecimento mais amplo e profundo sobre o fenômeno das políticas públicas.⁸

No labirinto jurídico e político em que são elaboradas as normas e metas para a eficiência da prestação jurisdicional, os juízes não são sequer ouvidos, seja pelo CNJ⁹ ou pelas cúpulas dos Tribunais, seja pelo Poder Executivo ou pelo Poder Legislativo.

Essa falta de comunicação vem trazendo dificuldades nada ordinárias para que os magistrados possam se desincumbir adequadamente das tarefas que lhes são confiadas, sendo que institucionalmente as principais respostas que vêm sendo oferecidas à sociedade são a expansão dos seus quadros¹⁰ e o estabelecimento de metas numéricas de julgamento.

Vejam os três exemplos de escolhas/decisões que, estando fora da órbita de atuação dos julgadores de primeira e segunda instâncias, evidenciam a complexidade do cenário descrito.

2.1. A lei – a recente criação do juiz das garantias pelo Pacote Anticrime

Apesar de responsáveis pela aplicação da lei no caso concreto com força de coisa julgada, raramente os juízes são consultados antes da aprovação de atos normativos, mesmo aqueles que têm significativo potencial de alterar suas rotinas, do que são exemplos

⁷ BUCCI, Maria Paula Dallari. Método e aplicações da abordagem Direito e Políticas Públicas. In: *Dossiê Direito e Políticas Públicas*. No prelo, p.16.

⁸ *Idem*, p. 15.

⁹ Como bem observado por Luciana Ortiz T. Costa Zanoni: “O Conselho Nacional de Justiça promoveu mudanças gerenciais no Poder Judiciário com a finalidade de torná-lo mais eficiente. Embora os esforços para que a reforma chegasse até a base da estrutura vertical, esse novo pensar chegou à primeira instância traduzido em metas a serem cumpridas. O distanciamento entre juízes e servidores do amplo e importante trabalho que foi e está sendo desenvolvido dentro da rede de governança colaborativa resulta em ausência de engajamento e freios a resultados mais eficientes” (Os caminhos para uma governança democrática no poder judiciário. In: CONTI, José Maurício (Org.). *Poder Judiciário: orçamento, gestão e políticas públicas*. São Paulo: Almedina, 2017. v. I, p. 95-114, p. 98).

¹⁰ “O fruto de uma formação jurídica também superada, e que só enxerga o processo como alternativa à resolução de conflitos, faz prevalecer a tendência ao crescimento vegetativo do corpo judicial – magistrados e funcionários – até o infinito. Sempre que se indaga qual seria a solução para os problemas do Judiciário, a partir de sua invencível lentidão, a resposta não tarda: faltam juízes, faltam funcionários, faltam prédios e equipamentos” (NALINI, José Renato. Desafios na gestão judicial. In: CONTI, José Maurício (Org.). *Poder Judiciário: orçamento, gestão e políticas públicas*. São Paulo: Almedina, 2017. v. I, p. 161-176, p. 163).

candentes a aprovação do Código de Processo Civil de 2015 e a do “Pacote Anticrime” (Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019).

Destinatários dos comandos que são gestados pelo Parlamento, responsáveis perante a opinião pública pelos resultados não satisfatórios do exercício da jurisdição, os magistrados normalmente não têm qualquer participação na construção de leis que futuramente impactarão no funcionamento do sistema de Justiça.

Para o Judiciário, assim como para a Administração, vêm determinações de despesas de fora para dentro, sem a respectiva designação de fonte de custeio, nem a certeza de fornecimento de meios adequados para satisfação dos novos encargos atribuídos.

Do mesmo modo como se dá em outros setores da vida alcançados pela pena do legislador, as alterações impostas pela lei nas rotinas judiciais não costumam vir justificadas com os estudos que lhes motivaram,¹¹ se é que são feitas investigações mais sérias com base empírica antes da edição de comandos gerais com validade em todo o território nacional e, vejam só, algumas vezes com efeito imediato ou quase no funcionamento da instituição.

A Lei 13.964/2019 ilustra bem o ponto.

O diploma, aprovado no apagar das luzes do ano de 2019 (na véspera do Natal), trouxe alterações aos Códigos Penal e de Processo Penal,¹² bem como a diversas leis esparsas.

Uma ideia bem intencionada,¹³ a da instituição do “juiz das garantias” no nosso processo penal (art. 3º), foi aprovada dando-se o prazo de 30 dias para sua implantação em todo o país (art. 20).

Passados dois meses da inovação legal, não veio a lume sequer o número exato de comarcas do país em que haveria apenas um juiz com competência criminal, e, nesse caso, como se operacionalizará a mudança legislativa.

Não se abriu a oportunidade para os magistrados com atuação na área exporem seus pontos de vista a respeito, dizendo, sob sua perspectiva, como seria possível melhorar o aparato da Justiça Criminal e, em específico, “se” e “como” a introdução da figura do juiz das garantias em nosso sistema contribuiria para seu aperfeiçoamento.

¹¹ Isso é um contrassenso, inclusive indo de encontro à constante evolução que, pelo menos em termos de legislação, vem experimentado o poder normativo a cargo do Executivo, cujo exercício passa a supor um iter cada vez mais processualizado, com oportunidade de oitiva de interessados e a realização de estudos de impacto regulatório. A respeito confira-se a redação do art. 29 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, arts. 5º e 6º das Leis 13.874/2019 e 13.848/2019, respectivamente. Sobre aprimoramentos possíveis no processo legislativo, ver NAGATA, Bruno Mitsuo. Questões atuais do devido processo legislativo. In: CUNHA FILHO, Alexandre J. C. da; ISSA, Rafael H.; SCHWIND, Rafael W. *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*: anotada. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 91-97.

¹² Entre nós curiosamente se vem aceitando a alteração por lei ordinária e mesmo por medida provisória (!) de comandos previstos em Códigos de Legislação, antes vistos como pontos culminantes de um esforço de racionalização da disciplina normativa a reger determinados setores da vida humana. A nosso ver, o fenômeno é de difícil compreensão. Se para a mudança do Código como um todo há necessidade de um rito mais detido, com a oitiva de especialistas, por que para mudanças nos respectivos textos não se exige maior critério? Na situação examinada note-se que foram feitas mudanças significativas em vários dispositivos do Código de Processo Penal, isso considerando que também está sendo gestado no Congresso o projeto de uma nova compilação a respeito. Provavelmente o país poderia esperar melhores resultados na realidade caso as iniciativas tivessem sido unificadas, e trabalhadas de modo mais consistente e refletido antes da aprovação apressada de qualquer delas.

¹³ E provavelmente acertada caso desenhada à luz das condições materiais e humanas existentes no Judiciário para sua concretização.

Também não houve por parte do legislador preocupação em se deixar para os Estados alguma margem de apreciação sobre “como” e “onde” seria possível concretizar a novidade, dando, pois, cumprimento possível, conforme as circunstâncias locais, à nova legislação.

Pouco tempo depois houve a suspensão do prazo em questão em duas oportunidades pelo STF, uma por seis meses e outra por lapso indefinido.¹⁴

2.2. As Cortes Superiores – Detran – Resp. n. 1.825.757/RS

Além de comandos legais que, de inopino e de cima para baixo, implicam ônus organizacionais a serem absorvidos pelo Judiciário, ou então que, repercutindo na esfera jurídica de milhares de pessoas, funcionam como causa da explosão de demandas a exigirem resposta por parte dos integrantes de tal Poder, decisões de nossas Cortes Superiores podem produzir efeito análogo sobre nosso aparato de Justiça.

Um exemplo que ilustra perfeitamente o fenômeno é a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça no Resp. n. 1.825.757/RS, julgado em 18 de novembro de 2019.

Certamente com a melhor das intenções, na ocasião o STJ pronunciou-se no sentido de não ser peremptório o prazo administrativamente previsto no Código de Trânsito Brasileiro para a indicação do condutor no caso de cometimento de infração na condução de veículo automotor.

Confira-se passagem do voto da Ministra Relatora, acompanhado por unanimidade da Turma, sem registro de maiores discussões a respeito na respectiva sessão:

Não assiste razão ao Agravante, porquanto verifico que o acórdão recorrido está em confronto com orientação desta Corte, segundo a qual em obediência ao princípio da inafastabilidade da jurisdição previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição da República, o proprietário do veículo autuado tem direito a apresentar o condutor responsável pela infração ainda que fora do prazo, uma vez que a preclusão temporal prevista no art. 257, § 8º, do Código de Trânsito Brasileiro é meramente administrativa (p. 5 do acórdão, grifo nosso).

Qual o efeito gerado na realidade por tal precedente?

Sim, como era de se imaginar, boa parte do universo de cidadãos que respondiam a processo administrativo vocacionado a suspender ou cassar seu direito de dirigir junto ao Departamento de Trânsito (Detran) de seu estado viu no pronunciamento a chance de pôr fim a tal transtorno.

Essas milhares de pessoas que, apesar de devidamente notificadas nos termos da lei, perderam o prazo previsto para a indicação daquele que seria o responsável pela conduta faltosa resolveram indicar um familiar ou conhecido para, como se diz popularmente, “assinar o BO”.¹⁵

O único percalço a respeito passou a ser a necessidade de apresentação de uma declaração com firma reconhecida em cartório, dado que, como é de conhecimento geral

¹⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ministro Luiz Fux suspende criação de juiz das garantias por tempo indeterminado*. 22 jan. 2020. <https://bit.ly/2BdVNoT>, acesso em 10/03/20.

¹⁵ Abreviatura de “Boletim de Ocorrência”.

para os que compartilham da nossa cultura, corresponde a uma exigência que não costuma dissuadir terceiros alheios aos fatos constantes de um AIIIM¹⁶ de “altruisticamente” assumir a responsabilidade pelo que não cometeram.

Note-se que no REsp n. 1.825.757/RS não houve uma simples reafirmação de outros julgados do STJ no sentido de autorizar, quando há prova pertinente a respeito, que em juízo comprove-se que o proprietário de um veículo não foi quem efetivamente violou a regra de trânsito em determinadas circunstâncias de tempo e lugar.

No precedente sob exame diz-se que a indicação de condutor pode ocorrer a qualquer tempo em juízo, desmerecendo, assim, todo o rito do processo administrativo sancionatório previsto no Código de Trânsito Brasileiro,¹⁷ que, na linha do quando decidido, passou a não gerar preclusões para o administrado.

2.3. Política interna – metas numéricas e lides repetitivas

O principal órgão de controle do Poder Judiciário, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, para controlar a qualidade do nosso sistema de Justiça criou indicadores numéricos. Assim, as variáveis para avaliação do funcionamento adequado da atividade controlada são criadas a partir de planos estratégicos, e um dos indicadores a respeito corresponde a julgar anualmente mais processos do que aqueles que são distribuídos no mesmo período.

As críticas às metas numéricas do CNJ são frequentes, uma vez que a experiência vem revelando que a simples imposição aos julgadores de um número cada vez maior de sentenças em uma mesma unidade de tempo não tem produzido pacificação social, ou seja, um número menor de litígios entre as pessoas, o que seria um dos produtos a se esperar de um aparato organizado para dirimir controvérsias.

Muito pelo contrário.

As metas estimularam a movimentação processual muitas vezes desnecessária, já que tiraram da mão do juiz o controle do tempo do processo. O tempo para a efetividade de uma decisão processual não se relaciona, muitas vezes, com a velocidade com que é proferida a sentença, e sim com o tempo de reflexão sobre uma questão. Quando se está diante de conflitos individuais e sociais, a rapidez da decisão pode intensificar o conflito, e não o contrário.

A criação das metas não leva em conta fatores relevantes para a redução do tempo médio de tramitação de processos, os cortes orçamentários sofridos pela Justiça; os efeitos da PEC 06/19 e o volume de aposentadorias; o adoecimento dos juízes e das juízas em razão do volume de decisões proferidas e a serem proferidas, por vezes

¹⁶ Auto de Infração e Imposição de Multa, ou então AIT - Auto de Infração de Trânsito, designações que normalmente são utilizadas em tais documentos.

¹⁷ Esse desmerecimento, vale dizer, também vai na contramão de esforços doutrinários que preconizam o fortalecimento do *processo administrativo* como mecanismo para aprimoramento do exercício da função pública em prol do cidadão, isto é, que seja instrumental para que a Administração também corresponda a um *locus* de realização de justiça no desempenho de suas tarefas (a incluir o dizer o Direito no caso concreto quando da análise de recursos de trânsito). Para um estudo recente acerca do papel transformador que os ditames da processualidade podem trazer para uma melhor governança pública, ver PEREZ, Marcos Augusto. *Testes de legalidade: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 186 e ss.

inutilmente, apenas para fazer o processo rodar no fatídico prazo de 100 dias,¹⁸ independentemente da fase em que o processo se encontre (conhecimento ou execução); ou do tipo de jurisdição (como a meta de julgamento em 100 dias para o juizado especial, que compromete o princípio da oralidade dessa justiça, cujo rito acabou por se “ordinarizar”, e cujas matérias analisadas muitas vezes são idênticas àquelas apreciadas repetidamente na justiça comum, sobretudo quando um dos atores envolvidos é litigante habitual, como grandes empresas ou o Estado).

As metas numéricas, por outro lado, simplesmente ignoram o fenômeno das lides repetitivas, verdadeiro vilão da boa prestação jurisdicional e responsável de destaque pelo consumo incessante de recursos orçamentários do Poder Judiciário.

A atuação do CNJ até hoje apenas confirmou antiga lição de Bedaque: a efetividade do processo depende fundamentalmente da existência de meios adequados a resolver os inúmeros problemas surgidos no plano material,¹⁹ e não da velocidade do julgamento.

A problemática das lides repetitivas, como aponta Farina,²⁰ não é uma exclusividade da realidade judiciária brasileira. Ela não é uma consequência de um aparelho judicial ruim ou de um sistema processual complexo, mas sim da massificação das relações na sociedade moderna, da velocidade da informação²¹ e, o que acrescentamos, da postura renitente de alguns grandes prestadores de serviços (públicos e privados) que insistem em atuar fora de padrões mínimos de qualidade, lesionando incessantemente uma parcela relevante das pessoas que com eles diariamente se relacionam para obtenção de bens indispensáveis ou úteis à sua existência.

Difícil imaginar que o Judiciário, na atual toada, vá conseguir oferecer resposta satisfatória ao desafio que lhe é posto, isso se não possuir meios de atingir a origem comum desses macrolitígios, oferecendo-lhes, em tempo razoável, uma solução adjudicatória única ou ao menos coordenada entre os diversos órgãos que atomizadamente cuidam de aspectos de um problema maior, que, no cenário vivenciado, permanece intocado, apesar do giro cada vez mais veloz das engrenagens judiciais.

O Brasil, na última reforma processual, optou pela aglutinação de demandas através dos mecanismos de padronização dos tribunais. Refosco, em tese defendida há alguns anos, já havia apontado para a fragilidade desta escolha legislativa, talvez inadequada para a realidade brasileira. Isso porque as várias ações individuais continuam tramitando nas varas, após a suspensão, gerando os mesmos movimentos cartorários que uma ação não decidida dentro do sistema de agregação de demanda desenvolvido.²²

Ainda, tão logo uma tese seja definida, surgem variáveis, passando a defesa dos diversos litigantes a ter como principal objetivo evitar a conformação à norma jurídica estabelecida na *ratio decidendi* do recurso repetitivo, aumentando (e não reduzindo), assim, a complexidade das teses em jogo.

¹⁸ Esse é o prazo estipulado pela Corregedoria do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo para constar atraso na planilha dos juízes.

¹⁹ BEQUADE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: tutelas sumárias e de urgência* (tentativa de sistematização). 5. ed. São Paulo, Malheiros, 2009, p. 13.

²⁰ FARINA, Fernanda Mercier Querido. *Técnicas de agregação de demandas repetitivas: uma análise comparativa da experiência norte americana em busca da eficiência processual*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 62.

²¹ MULLENIX, Lina S. Lessons from Abroad: Complexity and Convergence. *Villanova Law Review*, v. 46, n. 1, 2000, p. 4.

²² REFOSCO, Helena Campos. *Ação coletiva e democratização do acesso à Justiça*. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

A atuação dos tribunais superiores ainda tende a não colaborar com a pacificação, confirmando-se, não raro, a tese de Asperti, no sentido de que os litigantes repetitivos usufruem de considerável vantagem estratégica ao conseguirem munir os julgadores de informações técnicas, econômicas e estatísticas,²³ não necessariamente imparciais, e que a atuação dos litigantes habituais transformou o Judiciário em “uma porta de entrada [que] atrai um tipo de litigante e desencoraja ou se fecha para a grande massa de indivíduos incapazes de manejar instrumentos de efetivação de seus direitos”.²⁴

A litigiosidade repetitiva é, justamente, a síntese desse paradoxo de um acesso à justiça mal distribuído, em que poucos utilizam o sistema recorrentemente, enquanto para outros a demanda é um contato apenas circunstancial com a justiça.

Um exemplo bastante significativo neste sentido é a ação civil pública nº 0403263-60.1993.8.26.0053, ajuizada em 1993 pelo IDEC contra a Nossa Caixa S/A, sucedida pelo Banco do Brasil S/A, com a finalidade de reembolso dos expurgos inflacionários do Plano Verão, das diferenças de rendimento de caderneta de poupança, relativas à primeira quinzena de janeiro de 1989.

A ação transitou em julgado em 16 de março de 2011. No recurso extraordinário da ação coletiva, *já foi definido que todos os associados do Banco do Brasil poderiam se beneficiar do título.*

Após o retorno dos autos, foram fixados os critérios complementares de execução. Da decisão foram interpostos três agravos, sendo que em um desses agravos, de nº 0217683-86.2011.8.26.0000, a questão da legitimidade foi reafirmada.

Caso se tratasse de um litigante ocasional, o Recurso Especial ajuizado em relação a esta questão sequer seria recebido, pois a matéria já havia transitado em julgado nos autos. Porém, por se tratar de um litigante habitual com recursos estratégicos, o apelo do Banco do Brasil foi admitido (REsp 1.438.263).

Apesar do trânsito em julgado nos autos, a execução do título movida pelos mais de 50 mil credores do banco esteve suspensa por algumas vezes, já que essa questão deu origem aos temas 724 e 947, e depois ao tema 948. Cada vez que o mesmo tema é afetado no Superior Tribunal de Justiça, causa congestionamento nas instâncias inferiores, insegurança jurídica, despesas com estrutura na tramitação dos milhares de incidentes, multiplicação de questões secundárias decorrentes do âmbito de credores iniciais e de novos argumentos apresentados pelo Banco.²⁵

Ainda, os poupadores tendem a acreditar que a demora se deve a incompetência de seus advogados, pois quase sempre conhecem alguém que teve a sorte de já receber valores, e a troca de advogados gera lides secundárias para disputa de honorários.

Os dados numéricos do CNJ, em uma situação como a retratada, não são aptos para medir a eficiência da prestação jurisdicional, sendo que não se sabe o porquê até o momento não fora desenvolvida uma técnica adequada para tal fim.

²³ ASPERTI, Maria Cecília de Araújo. *Acesso à justiça e técnicas de julgamento de casos repetitivos*. 2018. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 271.

²⁴ SADEK, Maria Thereza. Acesso à justiça: um direito e seus obstáculos. *Revista USP*, São Paulo, n. 101, p. 55-66, 2014, p. 60.

²⁵ Os gastos com escritórios terceirizados provavelmente são expressivos, não sendo de se estranhar que um dia estes revelem-se até maiores do que o montante que deveria ser efetivamente pago a muitos dos credores, caso a estratégia do devedor não fosse perpetuar os processos, e sim satisfazer o título judicial nos moldes em que fora condenado.

O cadastro de ações coletivas, prometido pelo CNJ há praticamente uma década,²⁶ ainda não saiu do papel.

Recentemente, noticiou-se projeto de lei, de autoria de Elias Vaz, para alteração do artigo 97-A da Lei de Ação Civil Pública, com a finalidade de estimular o acordo para o grande litigante, prevendo descontos caso haja proposta de composição na audiência de conciliação, com a previsão de aumento do valor da condenação para cada etapa do processo em que o grande litigante, apesar de condenado, não se conformar com a decisão e prosseguir com a demanda junto às instâncias superiores.

O projeto de lei, entretanto, não leva em consideração que, para o grande litigante, a despesa com o processo não é um problema; e sim um custo administrativo. Ainda, que a vantagem do grande litigante nas ações coletivas normalmente só vai surgir nas instâncias superiores, de modo que é estrategicamente vantajoso para esse ator atingir as últimas esferas da Justiça, mesmo que a um custo financeiro elevado.

Num cenário como este, onde está a esperança do Poder Judiciário em alcançar a eficiência desejada?

3. Intervenção do Judiciário em política pública do Executivo – um caso de curioso êxito – de acessibilidade nos ônibus à solução de fila de próteses em São Paulo

Em São Paulo, uma ação civil pública, de forma inopinada, considerando a experiência acumulada neste tipo de demanda, foi bem sucedida na concretização da acessibilidade ao transporte público municipal. Trata-se do processo nº 0407437 05 1999 8 26 0053, que tramitou na 6ª Vara na Fazenda Pública, e que se encontra em 2020 em fase final de execução.

Pesquisa recente sobre o caso,²⁷ motivada pelo desejo de se entender as razões pelas quais se chegou a uma composição que não apenas colocou fim a uma disputa judicial complexa, como também resolveu alguns problemas de acessibilidade do Município de São Paulo, alcançou conclusões surpreendentes, mas que também são reveladoras das limitações do Poder Judiciário, por si só, garantir a efetividade do título judicial transitado em julgado numa ação coletiva.

Na petição inicial da ação civil pública ajuizada em face do Município de São Paulo, proposta em 28 de abril de 1999, o Ministério Público formulou pedido para que fosse adaptado um ônibus por linha no serviço de transporte público da capital, sob pena de multa diária de R\$10.000,00.

Em sentença proferida em 28 de fevereiro de 2000, o Município de São Paulo e a SPTrans foram condenados, direta ou indiretamente, a prestar serviço público de transporte coletivo com ao menos um ônibus adaptado ao deficiente físico em todas as linhas existentes na urbe no prazo de 180 dias a contar do trânsito em julgado da sentença, sob pena de multa diária de um salário mínimo em caso de inadimplemento.

²⁶ CNJ e CNMP criam cadastro nacional de ações. *Consultor Jurídico*, 11 jun. 2011. Disponível em: <https://bit.ly/3d4YOFa>. Acesso em: 8 mar. 2020.

²⁷ ARAÚJO, Alexandra Fuchs, et al. *Judicialização de políticas públicas e o caso das próteses: fatores intervenientes para uma solução consensual na fase da execução*. 2019, No prelo.

No acórdão a multa foi elevada a R\$ 1.000,00 diários por linha desatendida. O processo retornou à origem em 8 de setembro de 2003. Em 29 de julho de 2004 houve um pedido de suspensão do feito para eventual composição, e assim ocorreu por diversas ocasiões até 2017, quando finalmente, após audiência de conciliação, um acordo foi homologado.

Em 22 de novembro de 2017 as partes da lide ajustaram que a multa cominada no título executivo, então acumulada num total de R\$1.182.880.000,00 (um bilhão, cento e oitenta e dois milhões, oitocentos e oitenta mil reais), seria substituída pelas seguintes obrigações: fornecimento de órteses, próteses e meios de locomoção (cadeiras de rodas) para todas as pessoas da lista de espera do SUS; garantia de acessibilidade a todos os terminais de ônibus; garantia de atendimento a todas as pessoas em lista de espera do serviço “Atende”.

Após oitiva dos atores envolvidos no acordo, o grupo de pesquisa concluiu que: a possibilidade de cobrança da multa foi um fator de coerção e, conseqüentemente, de barganha, já que a avença permitiu a suspensão da cobrança da pena pecuniária até o cumprimento final do acordo;²⁸ o fato de a SPTrans pagar, naquela época, mediante depósito em dinheiro e não através de precatórios foi um fator de pressão política importante, já que a despesa não poderia ser postergada para a próxima gestão; afinal, o valor da multa acumulado era o equivalente a 3% do valor do orçamento do Município de São Paulo de 2019 para o transporte público; a existência de uma proposta completa e viável por parte do Ministério Público,²⁹ em substituição à multa, e que não levaria um tempo muito longo para ser concluída.

Outro fator relevante para a alteração do dispositivo transitado em julgado no momento da execução do acordo foi a conscientização dos atores sociais envolvidos no sentido de que havia dificuldades de implementação do pedido do modo como foi formulado na inicial da ação civil pública, devido à incompatibilidade do relevo de algumas linhas com as rampas dos ônibus acessíveis.³⁰

Ainda teve impacto a mudança da legislação no curso do processo,³¹ ao que se somou um fator político: a questão da pessoa com deficiência havia entrado na agenda

²⁸ Segundo depoimento da Promotora Deborah Kelly: “Eu acho que o fato que me ajudou a ter mais êxito foi que estava transitado em julgado até os tribunais superiores. Não tinha mais o que falar. Nem que eles contratassem o melhor dos escritórios de advocacia eles conseguiriam reverter a multa.” No mesmo sentido, o depoimento do Procurador do Município João Tonnera Junior: “Se não fizesse o acordo ia prosseguir a execução da multa, comprometendo o orçamento da cidade, e como envolvia a SPTRANS, não havia clareza de como ela pagaria pela multa, se seria por precatório, ou se poderiam bloquear valor em conta”. “Estudo de caso”. No prelo, p. 12-13.

²⁹ A Procuradora do Município Fabiana Carvalho Macedo pontuou: “Acordo só foi possível porque tivemos o Faggioni e depois a Deborah Kelly, que foi completamente fora da curva. Quem começou a conversa do acordo foi Faggioni, que propôs uma rede de apoio à pessoa com deficiência, mas era muito abstrata, difícil de mensurar. Deborah trouxe proposta concreta.” Idem, p. 17.

³⁰ “A sentença foi sendo cumprida gradualmente. O que a SPTrans dizia a uma época é que algumas linhas tinham relevo muito acidentado, e os ônibus acessíveis tinham rampa bem baixa. Em alguns locais tiveram que mudar o traçado da rua ou fazer protótipo de ônibus diferente para cumprir; era uma obrigação relativamente simples. [O cumprimento] demorou bastante, teve tentativa, foi gradual o cumprimento. O acórdão não previa desconto proporcional com a obrigação cumprida, não fazia diferença se eram 100 linhas sem cumprir ou uma só. Isso ajudou para aumentar a multa.” No mesmo sentido é o depoimento da Procuradora Fabiana Carvalho Macedo: “Foi uma dificuldade técnica, o ônibus acessível era de tamanho diferente, de altura diferente, não podiam botar ônibus acessível naquele lugar. A Prefeitura quer escolher a hora em que o deficiente vai ao cinema. Fomos intimados milhões de vezes a tentar comprovar.” Idem, p. 19.

³¹ João Tonnera Junior, Procurador do Município, destacou que: “As alterações na legislação federal e municipal a respeito de transporte para pessoa com deficiência influenciaram na realização do acordo no sentido da municipalidade saber que era uma obrigação legal que deveria cumprir cedo ou tarde, fator que era utilizado pelo MP para persuasão com a Procuradoria.” Idem, p. 20.

política,³² tanto que na mesma época foi criada a Secretaria Municipal da Pessoa com Deficiência. Assim, embora a atuação da secretaria não tenha sido em si relevante, a entrada da questão na agenda foi importante, e contribuiu para que a gestão seguinte à gestão Haddad, que havia celebrado o acordo verbalmente, prosseguisse com a sua formalização e execução.

No decorrer do acordo, também houve a necessidade de se superar o obstáculo criado pelo Tribunal de Contas, que não concordava com a licitação de terminais acessíveis, que integravam o novo modelo de licitação de tais equipamentos, a fim de se garantir o cumprimento do ajuste. Nesse momento, o Ministério Público teve que dialogar com o órgão de controle para viabilizar a satisfação dos compromissos assumidos,³³ sendo que no final se concluiu que as propostas para privatização não envolveriam desfazer a parte de acessibilidade dos terminais.

Finalmente, a pesquisa também constatou a relevância da oitiva da equipe técnica para que a composição fosse efetiva. Assim, a burocracia municipal foi engajada na discussão do acordo, em como viabilizá-lo tecnicamente, tendo a Procuradoria atuado no convencimento dos técnicos quanto à utilidade da avença para o interesse público. Os prazos para o respectivo cumprimento foram determinados pela Secretaria da Saúde, como sendo os prazos factíveis, e houve todo um aprendizado administrativo de como lidar com situações envolvendo pessoas com deficiência.³⁴

A partir dessa experiência bem sucedida, é possível compreender que o êxito de uma ação civil pública, na fase de adjudicação, depende de uma coincidência de fatores, muitos dos quais completamente alheios à prestação jurisdicional propriamente dita, que é baseada em um conhecimento técnico do juiz e na observância de regras processuais pré-estabelecidas.

4. Conclusão

Em que pese a reforma levada a cabo com a Emenda Constitucional 41, de 2003, com a criação do Conselho Nacional de Justiça e o desenvolvimento de diversos mecanismos de controle de produtividade das unidades judiciais, os exemplos tratados no presente ensaio revelam as dificuldades enfrentadas pelo nosso aparato de justiça para adequadamente formular suas políticas internas, isso por fatores em boa medida alheios à capacidade decisória dos magistrados que atuam em primeiro e segundo grau de jurisdição.

³² Segundo João Tonnera Junior: “Uma questão que usamos bastante para convencer a administração é que politicamente era interessante para o gestor da época. Tanto para Haddad como para Dória, era algo que era obrigação do município; poderia soar para a população que o Município estava realizando algo para atender determinado público, de forma positiva. Eles tinham esse cálculo político.” Idem, p. 23.

³³ Relata a Promotora Deborah Kelly: “Daí eu chamei o TCM, e falei que eles não estavam entregando os projetos executivos porque o Dória mandou para a análise de eventual PPP, não tinha nem começado, não tinha licitação. Falei que parece uma manobra, mas o fato é, se vocês acham que não pode pegar o dinheiro para fazer os projetos executivos, não tem problema nenhum, mas eu vou executar a ação e a gente pega 2 bilhões dos cofres da Prefeitura.” Idem, p. 22.

³⁴ Deborah Kelly destacou: “A gente foi muito detalhista sobre fazer um acordo factível e que fosse cumprido. [...] Eu perguntava para a Prefeitura se era possível. Eu entreguei a minuta toda sem prazo, falando quais itens eu queria, e pedi para a Prefeitura me dar os prazos para cumprir. [...] Não havia quem estivesse contra o acordo. Todos estavam colaborando. Os setores técnicos da Prefeitura trabalharam muito porque eu fui muito chata para saber quantas pessoas precisavam, quais eram os fatores de maiores demandas. Sem os setores técnicos, a gente não faria. A Prefeitura seguinte não teve muita opção, pois eu não dei opção.” Deborah Kelly ainda destacou que foi importante para o sucesso do acordo a sua possibilidade de fiscalização da execução. Idem, p. 24.

O Poder Judiciário, sem ouvir seus quadros e sem uma visão estratégica sobre macrolitígios, vem sendo levado a um aumento constante de estruturas e de performance numérica (segundo a métrica sentenças por minuto), fenômeno que não tem se refletido na esperada diminuição do número de processos aguardando julgamento em seus escaninhos.

Diante de um quadro como o descrito, a questão que se coloca é se, realmente, é uma meta nacional a rápida e eficiente solução de disputas, ou se esta é uma meta exclusiva do Poder Judiciário, e não do sistema de justiça como um todo (do qual fazem parte, vale lembrar, uma miríade de outros órgãos com missões institucionais afetas à resolução/prevenção de litígios, como Ministério Público, Defensoria, Ouvidorias e agências reguladoras e de proteção do consumidor).

A Justiça vive atualmente o mito de Sísifo: diariamente, seguindo os parâmetros estabelecidos pelos órgãos de controle, repete eternamente a tarefa de julgar milhares de processos parecidos, sendo que, toda vez que uma pilha acaba, outra já se formou, quase sempre maior, invalidando completamente o duro esforço despendido.

Por outro lado, processos de natureza individual, ou que necessitariam de uma presença particular do juiz, não recebem a devida atenção, pois o julgador está preso empurrando a pedra ladeira acima.

Como bombardear a pedra e encerrar com esta lide sem fim, preservando-se enquanto poder e enquanto instituição, é o grande paradoxo que se apresenta ao Poder Judiciário hoje.

5. Bibliografia

ARAÚJO, Alexandra Fuchs, et al. *Judicialização de políticas públicas e o caso das próteses: fatores intervenientes para uma solução consensual na fase da execução*. 2019, no prelo.
ASPERTI, Maria Cecília de Araújo. *Acesso à justiça e técnicas de julgamento de casos repetitivos*. 2018. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 271.

BEQUADE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 5. ed. São Paulo, Malheiros, 2009.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Método e aplicações da abordagem Direito e Políticas Públicas. Dossiê Direito e Políticas Públicas*, no prelo.

FARINA, Fernanda Mercier Querido. *Técnicas de agregação de demandas repetitivas: uma análise comparativa da experiência norte americana em busca da eficiência processual*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

GROTTI, Dinorá Adelaide M.; MOCCIA, Maria Hermínia P. P. e S. *Políticas públicas e judiciário: saúde*. In: CONTI, José Maurício (Org.). *Poder Judiciário: políticas públicas*. São Paulo: Almedina, 2018. v. II, p. 245-282.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Controle judicial da administração pública: um projeto constitucional?*. In: CONTI, José Maurício (Org.). *Poder Judiciário: políticas públicas*. São Paulo: Almedina, 2018. v. II, p. 19-36.

MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MULLENIX, Lina S. *Lessons from Abroad: complexity and Convergence*. *Villanova Law Review*, v. 46, n. 1, 2000.

- MURDA, Paula F. V. Navarro. *Políticas públicas: o controle judicial e o papel das funções essenciais à Justiça*. Curitiba: Prismas, 2015.
- NAGATA, Bruno Mitsuo. Questões atuais do devido processo legislativo. In: CUNHA FILHO, Alexandre J. C. da; ISSA, Rafael H.; SCHWIND, Rafael W. *Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro: anotada*. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 91-97.
- NALINI, José Renato. Desafios na gestão judicial. In: CONTI, José Maurício (Org.). *Poder Judiciário: políticas públicas*. São Paulo: Almedina, 2017. v. I, p. 161-176.
- PEREZ, Marcos Augusto. *Testes de legalidade: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2020.
- REFOSCO, Helena Campos. *Ação coletiva e democratização do acesso à Justiça*. São Paulo: Quartier Latin, 2018.
- RIBEIRO, Maria de Fátima. Separação de poderes, federalismo fiscal e atuação do poder judiciário nas políticas públicas. In: CONTI, José Maurício (Org.). *Poder Judiciário: políticas públicas*. São Paulo: Almedina, 2018. v. II, p. 99-127.
- ROTA, Giovanna M. S. Judicialização de políticas públicas: aspectos financeiros e orçamentárias do Projeto de Lei n. 8.058/2014. In: CONTI, José Maurício (Org.). *Poder Judiciário: políticas públicas*. São Paulo: Almedina, 2018. v. II, p. 245-282.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Du contrat social*. Paris: Flammarion, 2001.
- SADEK, Maria Thereza. Acesso à justiça: um direito e seus obstáculos. *Revista USP*, São Paulo, n. 101, p. 55-66, 2014.
- VASCONCELOS, Natália Pires de. Direitos sociais e orçamento público: o custo de direitos como um problema empírico. In: CONTI, José Maurício (Org.). *Poder Judiciário: políticas públicas*. São Paulo: Almedina, 2018. v. II, p. 37-64.
- ZANONI, Luciana Ortiz T. C. Os caminhos para uma governança democrática no poder judiciário. In: CONTI, José Maurício (Org.). *Poder Judiciário: políticas públicas*. São Paulo: Almedina, 2017. v. I, p. 95-114.

