

O Poder Judiciário e a qualidade da democracia. Sobre as características de um Judiciário de alta performance e as lides repetitivas como desafio para a eficiência no exercício da jurisdição

*Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho*¹
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: 1. Introdução; 2. Qualidade da Democracia em pauta; 3. Importância do Judiciário para a qualidade da Democracia; 4. Características de um Judiciário de alta performance; 4.1. Independência; 4.2. Responsabilidade; 4.3. Responsividade; 5. A ética dos números e a questão das lides repetitivas; 5.1. Lides repetitivas, números e a perplexidade do eterno recomeço; 5.2. Por que não usamos a conexão? O dilema do prisioneiro aplicado aos juízes; 6. Conclusão; 7. Bibliografia.

1. Introdução

Tema que vem merecendo atenção crescente por parte dos estudiosos, que se preocupam com o funcionamento do nosso Estado, é o da qualidade da Democracia.

Democracia, como regime de governo, comporta diversas acepções, todas girando em torno das ideias de um “governo do povo, para o povo e pelo povo”, na feliz síntese atribuída a Abraham Lincoln (SILVA, 1999, p. 130).

Sob a perspectiva jurídica, as principais análises constantes de nossos manuais de Direito Constitucional e de Direito do Estado descrevem a forma em que organizado o Poder através de seus diversos órgãos (dentre os quais os três centrais: Executivo, Legislativo e Judiciário), os princípios a reger seu funcionamento e alguns dos seus principais

¹ Doutor e mestre em Direito do Estado. Professor da Escola Paulista da Magistratura. Pesquisador vinculado ao CEDAU.

processos decisórios, sem muita atenção para com os efeitos que tal desenho institucional tem na vida dos que habitam nosso território.

Seguindo nossa tradição acadêmica de conferir mais atenção às formas previstas em nossa legislação do que à funcionalidade destas para garantir que os fins constitucionais de nosso Estado sejam perseguidos no dia a dia das repartições públicas brasileiras, o impacto do desempenho da função estatal entre nós normalmente fica relegado a segundo plano.

Identificada a referida carência, buscaremos, neste ensaio, tecer algumas considerações sobre a capacidade de a Democracia interferir na realidade, de servir como instrumento para a garantia da dignidade do ser humano, em especial tratando do papel reservado ao Judiciário para a concretização dessa missão.

Ao fim, a partir do contexto nacional, abordaremos alguns dos principais desafios a serem enfrentados pelo nosso Judiciário para contribuir para uma Democracia de qualidade, bem como trataremos das perspectivas de êxito em tal empreitada.

2. Qualidade da democracia em pauta

A democracia é um conceito histórico (SILVA, 1999, p. 129), tendo assumido diferentes significados de acordo com o tempo e lugar em que usado para designar determinado modo de relação de poder entre as pessoas.

Pelo menos desde o referencial grego, podemos dizer que a ideia de democracia esteve atrelada a um modo de convivência entre os seres humanos, pautado na igualdade entre os integrantes de uma comunidade quanto ao direito de escolha de quem serão seus representantes para exercício do governo em um dado território².

Um modo de compreender a democracia é, pois, designá-la como uma forma pela qual se decide quem terá o encargo/prerrogativa de fazer opções fundamentais quanto à gestão de recursos materiais e humanos postos à disposição do Estado para a promoção do bem comum.

Se um regime político é democrático, nele se permite que todos os cidadãos tenham direito a voto de igual valor para a identificação de

² “Podemos, assim, admitir que a democracia é um processo de convivência social em que o poder emana do povo, há de ser exercido, direta ou indiretamente, pelo povo, em proveito do povo” (SILVA, 1999, p. 130).

quem desempenhará o mandato popular, por determinado período de tempo, em favor da totalidade do corpo social.

Mas não só.

Como conceito histórico que é, a democracia, na condição de um processo sempre em movimento³, passou a agregar outros elementos que poderíamos chamar de substanciais, sem os quais, mesmo garantidas eleições livres e periódicas para a disputa dos cargos eletivos, um governo não pode ser considerado como democrático.

A depender do autor consultado sobre o tema, as partes integrantes do que poderíamos chamar de uma democracia de qualidade variam.

Entre os mais recorrentes na doutrina, destacamos os seguintes: 1) eleições competitivas; 2) exercício do poder responsivo e responsável⁴, submetido à lei e ao Direito, segundo os ditames do devido processo legal; 3) imprensa livre; 4) Poder Judiciário independente; 5) participação popular nos processos de tomada de decisões políticas, para além do sufrágio eleitoral.

Neste ensaio, como já adiantamos, trataremos especificamente do papel do Judiciário para uma democracia de qualidade.

3. Importância do Judiciário para a qualidade da democracia

Se considerarmos que um governo se realiza a partir de escolhas envolvendo bens materiais e imateriais caros à dignidade das pessoas, em uma Democracia elas pressupõem um *quem* e um *como* definidos pela legislação, ou seja, uma habilitação específica e um procedimento previamente estabelecido para tanto.

Em uma Democracia de qualidade, cabe ao Judiciário a garantia de que o iter decisório respectivo observará os ditames da lei e do Direito, bem como que os resultados prometidos pela ordem constitucional, se não alcançados, sejam ao menos racionalmente perseguidos pelas autoridades com tal incumbência.

³ O ideal seria dizer que a democracia seria um processo sempre em evolução. Todavia, como a história não nos deixa esquecer, uma das principais condições para o sucesso da experiência democrática é a vigilância contínua dos cidadãos para que os fundamentos do governo livre e fundado na proteção dos direitos humanos não se deturpem com o passar do tempo, em especial valendo-se de instituições asseguradas pelo próprio Estado de Direito. Um alerta a respeito pode ser extraído de descrições do modo de agir do governo nazista no uso do aparato estatal durante a II Guerra Mundial como ferramenta de perseguição e extermínio de milhares de indivíduos, para o que este se valeu inclusive de leis para concretização de seu propósito macabro (ARENDE, 1963/2006, p. 38 e ss.).

⁴ “Regime democrático tem a capacidade de responder e de ser responsável pelas preferências de seus cidadãos, sem exceção, considerados politicamente iguais” (RANIERI, 2014, p. 300).

Como se vê da sua singela enunciação, a tarefa a cargo dos magistrados, em um desenho institucional como o examinado, está longe de ser evidente.

Ora, dizer que o exercício do Poder em um dado território respeitará a lei, de nada ou pouco adiantará se não houver controle.

Já se disse alhures, em boa retórica e com alguma dose de verdade, que “todo poder corrompe, e que o poder absoluto corrompe absolutamente”. Ou, então, que o poder vai até onde encontra limites.

Como estamos a tratar de sociedade de seres humanos (e não de anjos), a experiência revela que, se é natural a uma organização política a atribuição de competência para que alguns conduzam assuntos de interesse de todos, salvaguardas devem ser adotadas para que não haja abuso, para que tal prerrogativa seja instrumentalizada para o bem comum.

Na construção histórica dos Direitos Humanos, desenvolveu-se a ideia de fragmentação da autoridade estatal entre distintos órgãos como um dos pressupostos para defesa do indivíduo em face da malversação das competências conferidas aos governantes e burocratas.

Considerando o risco aos direitos do cidadão ao se permitir que a mesma pessoa que execute a lei seja quem a crie e, em havendo disputa sobre esta atividade, julgue a correção do que ela mesma praticou, muitos países institucionalizaram um sistema de tripartição de poderes, conferindo as funções de legislar, administrar e resolver litígios preponderantemente a unidades de atuação estatal distintas.

Ainda que de forma imperfeita, já que na prática um mesmo centro de deveres-poderes acaba em maior ou menor medida criando regras, as executando e solucionando controvérsias que surjam no exercício de suas atribuições (por vezes com efeitos perante terceiros), a experiência constitucional acabou por consolidar governos em que tais tarefas são conferidas com primazia a órgãos diferentes (os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário), que se fiscalizam reciprocamente quanto ao adequado cumprimento de suas missões⁵.

Conforme tal esquema de partilha de funções, se o Judiciário não tem, normalmente, a prerrogativa de criar atos gerais e abstratos com efeitos cogentes em face daqueles que não são partes em um dado processo, nem a tarefa de gerir o patrimônio público para fins de realização dos fins do Estado, tal órgão tem a invulgar competência para julgar a correção da conduta das pessoas que são responsáveis pelas

⁵ O que se convencionou chamar de sistema de freios e contrapesos.

referidas atribuições, bem como, em algum grau, o próprio resultado das atividades por elas desenvolvidas.

Se em um modelo de Estado constitucional todos que exercem Poder devem fazê-lo de modo serviente ao que lhes prescreve a Carta Política e, quando o caso, as leis vigentes em um dado país, cabe ao Judiciário a palavra final em termos de controle daquilo que os ocupantes de cargos públicos fazem em nome e em prol da população.

Ao termos em mente a questão da qualidade da Democracia, ou seja, qual o nível de bem-estar efetivamente gerado pelo funcionamento dos órgãos estatais em um dado meio, é intuitivo que não basta falarmos da eficiência no exercício das funções administrativas e legislativas.

A pauta também reclama uma reflexão sobre a aptidão de os juízes fiscalizarem adequadamente as tarefas de criar leis e gerir recursos do erário, sobre a capacidade institucional de o Judiciário estimular e, sempre que necessário, impor a adequação dos comportamentos individuais ao norte que lhes é conferido pela Constituição e legislação.

Pergunta-se, pois, quais os elementos que, concatenados, garantem ou pelo menos contribuem para uma atuação jurisdicional de alta performance.

4. Características de um Judiciário de alta performance

Uma das principais formas de se assegurar o indivíduo contra desvios e arbítrio no manejo de prerrogativas estatais foi o estabelecimento de um centro decisório independente dos órgãos encarregados de legislar e administrar que, como manifestação do Poder, fosse capaz de controlar este mesmo Poder.

Além da independência, marca central na construção de um Judiciário capaz de cumprir o papel de árbitro de conflitos e de garantir a observância da lei e da Constituição por todos aqueles que, atuando no setor público ou privado, vivem e se relacionam em um dado território, podemos acrescentar duas outras características que nos parecem fundamentais para que tal órgão atenda, adequadamente, o que dele se espera em uma Democracia de qualidade: a responsabilidade e a responsividade.

Vejamos, com um pouco mais de vagar, cada uma dessas aptidões.

4.1. Independência

Dentre as características de um Judiciário de alta performance, tem-se que a independência é a mais fundamental delas, sem a qual tal órgão se despe de sua função de anteparo do cidadão contra o arbítrio no exercício do Poder, seja este político ou econômico.

No que se refere à relação entre o Executivo e o Legislativo, não é evidente a independência dos juízes.

Quanto aos recursos materiais indispensáveis ao exercício de suas atribuições, os magistrados, apesar da autonomia financeira e orçamentária que lhes é assegurada constitucionalmente, dependem de aprovação do orçamento de sua iniciativa por parte dos parlamentares e, posteriormente, da liberação das verbas respectivas pelos gestores.

Anualmente, renova-se a batalha por verbas para financiamento de sua estrutura, seja quanto à criação de cargos, reajuste da respectiva remuneração e investimentos em modernização.

Institucionalmente, são conferidas aos juízes as garantias da *inamovibilidade*, *vitaliciedade* e *irredutibilidade de vencimentos*, todas tendentes a assegurar que o julgador, no desempenho de sua atividade fim⁶, deixe-se convencer apenas por sua consciência, de modo motivado a partir dos elementos de prova que lhe são apresentados pelos interessados.

Com o mesmo propósito são impostas a tal classe de servidores graves restrições quanto à possibilidade de participação da vida política, bem como de exercício de atividades econômicas privadas que de alguma forma possam implicar conflito de interesses, perturbando a tranquilidade de espírito daqueles que têm por encargo prestar a jurisdição.

Em havendo descumprimento de suas ordens, dependem os juízes da colaboração dos funcionários do Executivo, sendo que seu material de trabalho é, em especial, a lei produzida pelo Legislativo, parâmetro para a conduta humana que é forjado em um iter muitas vezes marcado pela disputa de poder, que nem sempre tem por pressuposto a técnica e por objetivo o interesse geral da coletividade.

Ao exercer sua função de controle da constitucionalidade das leis, ou então de aplicação da lei penal aos integrantes dos demais Poderes, o Judiciário também se coloca em uma posição delicada, que pode gerar animosidade entre seus membros e os governantes e legisladores.

⁶ Que, via de regra, é a de dizer o Direito no caso concreto submetido à sua apreciação, o que tem força de coisa julgada após decorrido o prazo para interposição de recurso pelos litigantes.

Nesta última hipótese, o equilíbrio possível entre os referidos Poderes dá-se, em especial, através da atuação da Corte Constitucional, a quem cabe zelar pela independência dos juizes, inclusive impedindo a materialização de perseguições contra tais atores, ou de medidas despropositadas que possam simplesmente aniquilar os efeitos da própria jurisdição⁷.

4.2. Responsabilidade

Uma segunda característica do Judiciário de alta performance é sua responsabilidade perante os cidadãos e os seus próprios integrantes, o que deve ser entendido como sua aptidão e disposição para prestar contas, tanto no que se refere à sua atuação administrativa como jurisdicional.

Presta-se contas **motivando-se adequadamente as decisões** tomadas, seja no âmbito de sua atividade meio, como no de sua atividade fim.

No que se refere à sua organização interna, ainda falta a muitos Tribunais o estabelecimento de critérios racionais de distribuição de recursos materiais entre seus distintos órgãos⁸, bem como para criação de novas unidades de atuação.

⁷ Ilustrativo a respeito é a reação da Procuradoria-Geral da República contra os termos extremamente generosos do indulto natalino concedido pelo Presidente da República no final do ano de 2017, momento no qual diversos políticos condenados, entre os quais alguns da base aliada do governo, serão diretamente beneficiados. Sobre o ponto, ver: <<https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2017/12/27/pgr-entra-com-acao-contra-indulto-de-natal-concedido-de-temer.htm>> (notícia de 27 dez. 2017, acesso em: 28 dez. 2017). Destacamos passagem da notícia: “na ação de inconstitucionalidade, a procuradora-geral, Raquel Dodge, afirma que o decreto de Temer provocará a impunidade de crimes graves, incluindo os crimes praticados por condenados na Operação Lava Jato e em outras operações de combate à corrupção. Segundo Dodge, com base na concessão do presidente, um condenado a oito anos e um mês de prisão não ficaria sequer um ano preso”.

⁸ A questão da desproporcionalidade na alocação de recursos entre primeiro e segundo grau de jurisdição, por exemplo, inclusive já foi alvo de preocupação do CNJ, como lembrado por Francisco S. S. Rocha e Fernando F. Scaff, ao discorrerem sobre a competência de tal órgão para editar normas genéricas a fim de que os Tribunais adêquem suas ações ao quanto planejado em âmbito nacional para o Judiciário: “Exemplos desta atuação podem ser encontrados nas Resoluções n. 194 e 195, ambas de 2014, e que pretendem instituir uma política nacional de atenção prioritária ao primeiro grau de jurisdição e elaborar regra para distribuição do orçamento entre os órgãos de primeiro e segundo grau, prevendo a forma de elaboração orçamentária e o modo como deverá ser executada. A criação deste tipo de norma implica na imposição dos critérios e objetivos identificados no planejamento nacional aos tribunais, que devem adaptar suas normas regulamentares ao contido nas resoluções.” (ROCHA; SCAFF, 2017, p. 63). Em reflexão recente, Thiago M. C. Teraoka destaca critérios previstos na Resolução n. 219/2016, do CNJ, em mais um esforço para buscar equalizar a distribuição de recursos humanos entre primeiro e segundo grau de jurisdição, o que, inclusive, já fora objeto de decisões do conselho que determinaram a Tribunais a elaboração de cronogramas para cumprimento progressivo de tal política (É preciso equalizar a força de trabalho entre primeiro e segundo grau. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jan-07/thiago-teraoka-preciso-equalizar-servidores-entre-graus>>. Texto publicado em 7 jan. 2018, acesso em: 8 jan. 2018).

Não raramente, tais processos decisórios se desenvolvem sem a necessária publicidade e/ou garantia de oportunidade para que eventuais interessados neles participem⁹.

Até mesmo alterações na carreira de juízes e servidores por vezes são forçadas a portas fechadas, em benefício de uns e prejuízos de outros, sem a devida procedimentalização de tal iter decisório, em total descompasso com princípios constitucionais incidentes sobre a função pública e ditames das leis de processo administrativo que lhes são aplicáveis¹⁰.

Essa indiferença da cúpula de alguns Tribunais para com as expectativas dos seus membros quanto a escolhas que lhes dizem respeito acaba não só por violar direito procedimental de que estes são titulares (direito à participação), como priva o responsável pela decisão de informações relevantes acerca de problemas a serem enfrentados para boa prestação jurisdicional em dadas porções do território (as quais, eventualmente, já poderiam vir acompanhadas de propostas de superação, caso a autoridade estivesse disposta a receber a contribuição dos destinatários do Poder que exerce).

No nosso sentir, o resultado desse modo de gerir a coisa pública, no âmbito de determinadas Cortes, invariavelmente repercute (negativamente) para a eficiência no desempenho das graves missões conferidas pela nossa ordem constitucional ao Judiciário, favorecendo a perpetuação de um quadro que admite a convivência de alguns “oásis” para o serviço público (órgãos jurisdicionais com distribuição módica de feitos aliada a superestrutura de pessoal) em um meio

⁹ A resistência de muitos Tribunais quanto à inclusão dos magistrados e servidores nos seus processos de tomada de decisão e os efeitos deletérios desta postura para a eficiência no desempenho de suas funções é anotada pela doutrina que se debruçou sobre o tema. A título ilustrativo, confira-se MOTA, Fabrício; GODINHO, Heloisa Helena Antonacio M. Administração Pública e Poder Judiciário: eficiência do gasto público e modernização da gestão. In: CONTI, José Maurício (Org.). *Poder Judiciário – orçamento, gestão e políticas públicas*. São Paulo: Almedina, 2017. v. I, p. 190 e ss. ZANONI, Luciana Ortiz Tavares Costa. 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.

¹⁰ Para não falar na inobservância de regulamentos do CNJ, como é o caso dos incisos V e VI do art. 2º da Resolução n. 194/2014: “A implementação da Política (de atenção prioritária ao primeiro grau de jurisdição) será norteada pelas seguintes linhas de atuação: [...] V – governança colaborativa: fomentar a participação de magistrados e servidores na governança da instituição, favorecendo a descentralização administrativa, a democratização interna e o comprometimento com os resultados institucionais; VI – diálogo social e institucional: incentivar o diálogo com a sociedade e com instituições públicas e privadas, e desenvolver parcerias voltadas ao cumprimento dos objetivos da Política” (disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2483>>, acesso em: 3 jan. 2018).

caracterizado pela escassez, no qual, via de regra, há unidades de atuação com distribuição elevada de processos combinada com carência de pessoal para fazer frente ao volume de litígios a serem tratados.

Como é intuitivo, a renitência desses desequilíbrios e a hesitação dos Tribunais na superação dos impasses existentes para o adequado desenvolvimento da função administrativa que lhes cabe impacta no direito dos cidadãos de terem seus casos apreciados pelos magistrados em prazo razoável.

Em xeque, pois, o dever de o Judiciário prestar contas tanto para seu público interno como externo.

A nosso ver, contudo, um Judiciário responsável não é apenas aquele **presta contas quanto à gestão dos recursos materiais e humanos** que lhe são confiados.

Há, ainda, outra dimensão da responsabilidade que nos parece fundamental: a da prestação de contas quanto ao resultado fim do exercício da jurisdição, quanto aos **efeitos gerados na vida das pessoas** através do cumprimento dessa tarefa estatal.

Embora a ideia ainda seja de tímida verbalização entre aqueles que hoje ditam as políticas nacionais e locais do nosso Judiciário, que aparentemente estão mais preocupados com os números de sentenças, acórdãos e decisões proferidas mensalmente por nossos juízes do que com a efetiva pacificação de conflitos realizada por meio de tais atos, acreditamos que a jurisdição, como manifestação do Poder que o povo confere ao Estado, não pode estar desvinculada dos próprios fins deste.

Assim, um Judiciário responsável pressupõe o compromisso dos juízes para com a realidade, para com a preservação dos valores caros à comunidade, entre os quais se destaca a segurança jurídica construída a partir de precedentes calcados no ideal de justiça, reconhecidos como legítimos pela grande maioria da população.

4.3. Responsividade

A terceira característica de um Judiciário de alta performance é a responsividade, o que entendemos como sua capacidade de não só ser independente e responsável como de, na prática, contribuir para a pacificação dos litígios, para a harmonia da vida em sociedade, regida pelo império da Lei e do Direito.

Já da enunciação de tal faceta, salta aos olhos o tamanho do desafio.

Como, a partir do que vem sendo feito há pouco mais de uma década de Conselho Nacional de Justiça, em meio à nossa cultura jurídica

de tratamento atomizado de conflitos¹¹ e inspirados em uma “ciência” que nem sempre serve à realidade¹², conseguiremos organizar um Judiciário cuja preocupação precípua seja a de resolver casos (e não meramente processos), evitando a perpetuação de lides ao longo dos anos?

Vislumbramos sérios obstáculos para que nossos juízes, nada obstante o seu incansável empenho diário, consigam de fato contribuir para uma ordem social mais estável e justa, ao menos seguindo a fórmula do “mais do mesmo”, que vem sendo adotada de modo preponderante nos últimos anos (para não dizer décadas) por tal instituição como reação às cobranças de mais celeridade em seus julgamentos.

Sob um pano de fundo que poderia lembrar ao de uma loteria gratuita, já que o “custo zero” de muitas demandas aliado à dispersão jurisprudencial em uma grama imensa de assuntos naturalmente acaba incentivando o ingresso diário de milhares de lides temerárias ao escaninho de nossos Tribunais¹³, a resposta dada pelas respectivas cúpulas

¹¹ E resistente à adoção da autocomposição como método preferencial para o respectivo desenlace, como bem observado por José Renato Nalini: “A tese da Presidência do TJSP é a de que uma República de 204 milhões de habitantes com 106 milhões de processos ostenta um quadro patológico. Não é saudável que, aparentemente, todos estejam a litigar. O advogado brasileiro tem de observar dois deveres contidos no seu Código de Ética e Disciplina, editado pela OAB. No art. 2º, inciso VI, está o dever de tentar primeiro a conciliação ou qualquer outra alternativa à judicialização e no inciso VII, aquele de desestimular o seu constituinte a ingressar em aventura judiciária. Todavia, a formação jurídica superada e replicada nas milhares de Faculdades de Direito insiste na judicialização de todos os problemas. Até os minúsculos, as questões, os problemas rotineiros e singelos que poderiam ser solucionados mediante o uso do bom senso e do diálogo” (2017, p. 167). O texto do Código de Ética e Disciplina da OAB pode ser consultado no seguinte endereço: <http://www.oab.org.br/visualizador/19/codigo-de-etica-e-disciplina> (acesso em: 2 jan. 2018). No que se refere à nossa tradição de ver o processo judicial sob uma perspectiva individualista, o que teria sido uma das causas de o novo Código de Processo Civil não avançar mais em termos de tratamento coletivo de conflitos (para o que o incidente de conversão de ação individual em coletiva seria um importante instrumento), ver comentários feitos por Helena Campos Refosco em sua tese de doutorado denominada *Ação coletiva e acesso à Justiça – uma análise da reforma do judiciário à luz de estudos de caso* (2017, em especial p. 73 e ss.).

¹² Para uma visão crítica sobre o caráter eminentemente abstrato de certas linhas da nossa dogmática, as quais acabam por não contribuir como fonte de inspiração para solução adequada dos casos concretos que reclamam pareceres ou decisões por parte dos profissionais do Direito, ver FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 54 e ss.

¹³ Reflexão pertinente sobre a relação entre o custo de acesso à Justiça e o crescente número de ações que se fundam em fatos corriqueiros, que dificilmente virariam processos judiciais caso a parte sucumbente tivesse de arcar com as despesas impostas ao erário para o respectivo trâmite, pode ser vista em SILVA, Domicio Whately Pacheco e. O acesso à prestação jurisdicional e a responsabilidade das partes: reflexões sobre o papel da gratuidade processual, dos honorários sucumbenciais e da litigância de má fé na distribuição da Justiça. In: CUNHA FILHO, Alexandre J. C. da et al. (Coord.). *Direito, instituições e políticas públicas – o papel do jusidealista na formação do Estado*. São Paulo: Quartier Latin, 2017. p. 675-694. Crítica no mesmo sentido é feita por José Renato Nalini, que relaciona a concessão indiscriminada do benefício da assistência judiciária gratuita à proliferação de lides temerárias em nossos Tribunais (2017, p. 163-164).

quanto ao aumento exponencial de distribuição experimentado por diversas unidades de atuação normalmente não varia¹⁴: ou se exige que o magistrado faça mais com o mesmo a partir de técnicas comando-controle, ou se criam novos cargos para juízes¹⁵, sem uma maior preocupação para com o tratamento estratégico de demandas repetitivas, o que, acreditamos, ser um dos maiores desafios para a racionalidade do exercício da jurisdição nos dias que correm¹⁶.

Sendo difícil imaginar que, a partir das mesmas respostas (que se vêm mostrando insuficientes ao longo do tempo), venhamos um dia a ter resultados mais satisfatórios em termos de pacificação social, vale uma reflexão sobre o papel que a ética dos números assumiu em nosso sistema jurídico e o porquê das dificuldades existentes para superá-la, sobretudo considerando o fenômeno da litigiosidade replicante, que graça nos balcões de atendimento das nossas Cortes.

5. A ética dos números e a questão das lides repetitivas

Um dos grandes avanços trazidos pela atuação do Conselho Nacional de Justiça – CNJ para formulação de políticas públicas para o Poder Judiciário brasileiro foi, a nosso ver, a preocupação com a quantificação do trabalho produzido pelos juízes e servidores em todo o território nacional¹⁷.

¹⁴ Fizemos a ressalva quanto ao advérbio “normalmente” já que, felizmente, há exemplos de tentativas de inovação que, a nosso sentir, tendem a contribuir para uma prestação jurisdicional mais eficiente. A respeito, são dignos de nota alguns projetos do Tribunal de Justiça de São Paulo que buscam reduzir a litigiosidade de determinados litigantes contumazes, o que nos parece ser condição *sine qua non* para incrementar a capacidade de o Judiciário bem realizar sua função precípua de distribuir Justiça. O Des. José Renato Nalini, que foi corregedor e presidente do TJSP, pontua como estratégias nesse sentido a criação do selo “Amigo da Justiça”, a ser conferido a empresas e Municípios que se comprometessem a reduzir o número de demandas do qual fazem parte, bem como a proliferação de Centros Judiciais de Solução de Conflitos e Cidadania – CEJUSCs (NALINI, 2017, p. 168-169 e 172-173).

¹⁵ “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, 2017, p. 163).

¹⁶ Uma iniciativa alvissareira do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, fugindo do roteiro tradicional referido, pode trazer resultados importantes para redução de litígios por meio de seu tratamento estratégico, é o Núcleo de Monitoramento de Perfis de Demandas da Corregedoria-Geral de Justiça – NUMOPED, criado na gestão do corregedor Des. Manoel de Queiroz Pereira Calças. Sobre o porquê da criação do serviço e seus objetivos, ver CALÇAS, Manoel de Q. P. et al. Monitoramento de perfis de demandas: um caminho na busca do planejamento do âmbito do Poder Judiciário. In: CUNHA FILHO, Alexandre J. C. da et al. (Coord.). *Direito, instituições e políticas públicas – o papel do jusdeialista na formação do Estado*. São Paulo: Quartier Latin, 2017. p. 695-716.

¹⁷ Para além da quantificação de trabalho, mas certamente pressupondo-a, a atuação do CNJ ainda é apontada por José Maurício Conti como fundamental para promoção da função de planejamento

Mensalmente, as unidades judiciais devem preencher diferentes planilhas com os mais diversos dados que são encaminhadas não só às Corregedorias locais como à Corregedoria nacional.

Tal fonte de informações, apesar de fundamental para conhecer a realidade do dia a dia dos Tribunais, nem sempre, no nosso sentir, vêm recebendo o tratamento mais adequado por parte dos nossos órgãos de controle¹⁸.

Se os números certamente revelam, não se pode esquecer de sua aptidão para escamotear ou mesmo esconder problemas vivenciados pelos órgãos jurisdicionais¹⁹.

estratégico no âmbito do Judiciário, o que teria tido início com a Resolução n. 49 de 18 de dezembro de 2007 (2017, p. 73 e ss.). O referido ato normativo também é lembrado como marco inaugural na matéria por Francisco Sergio Silva Rocha e Fernando Facury Scaff, que igualmente registram aprimoramento no sistema estatístico do CNJ a partir das Resoluções n. 4 e 15/2006 (2017, p. 62).

¹⁸ Os levantamentos apresentados pelo CNJ para o Judiciário com base em seu relatório “Justiça em Números” muitas vezes foram traduzidos para os magistrados apenas na forma de metas quantitativas para serem cumpridas, aspecto que também foi o que mereceu maior atenção da nossa imprensa nos últimos anos e, assim, acabou por pautar as discussões feitas sobre os rumos a serem dados ao sistema de justiça no nosso país. Para conferir o teor de tais relatórios: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros> (acesso em: 1 jan. 2018). Nada obstante, como exemplo de política do CNJ para além dos números, é digna de nota a referência a atos regulamentares do referido conselho que revelam preocupação com a necessidade de redução da litigiosidade e de tratamento qualitativo de litígios de massa, como se pode observar da Resolução n. 194/2014, que, ao instituir a Política Nacional de Atenção Prioritária ao Primeiro Grau de Jurisdição, estabelece entre suas diretrizes a “[...] prevenção e racionalização de litígios: adotar medidas com vistas a conferir tratamento adequado às demandas de massa, fomentar o uso racional da Justiça e garantir distribuição equitativa dos processos judiciais entre as unidades judiciárias de primeiro grau; [...]” (art. 2, VII da Resolução n. 194, cujo texto pode ser consultado em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2483>>, acesso em: 3 ago. 2017).

¹⁹ Para ficarmos em um exemplo que nos parece bastante ilustrativo a respeito, podemos citar a conclusão constante do relatório “Justiça Pesquisa – Lei de Improbidade Administrativa – obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade”, divulgado pelo CNJ em 2015, segundo o qual as estatísticas teriam, ao ver de quem analisou o material, demonstrado que a produção de prova técnica não seria um problema para o julgamento das ações de improbidade administrativa. Desatacamos passagem do estudo: “A importância da perícia na colheita de elementos técnicos mostra-se relevante mas não se mostra a regra nas Ações de Improbidade Administrativa, pois em apenas 7,44% houve a necessidade da realização deste tipo de prova. Possível concluir que a Prova Pericial não é um elemento que impede a tramitação e a rápida solução das Ações de Improbidade Administrativa” (LOPES, João Batista. Efetividade do processo e reforma do código de processo civil: como explicar o paradoxo processo moderno – justiça morosa? Revista de Processo, São Paulo, ano 27, n. 105, p. 134-135, jan.-mar. 2002). (disponível em: <file:///C:/Users/Alexandre%20Cunha/Downloads/Justi%C3%A7a%20Pesquisa%20Lei%20Improbidade%20Administrativa%20%2528CNJ%2529.pdf, p. 84/85>, acesso em: 2 ago. 2017) (g.n.). Nada obstante o veredito peremptório alcançado com base nos números, este vai de encontro com o que observamos na nossa experiência profissional de cerca de sete anos de análise da matéria, a qual é compartilhada com colegas com competência para apreciação desse tipo de lide (inclusive com atuação em diversos entes da Federação), em que a realização de prova técnica, em casos envolvendo alegação de enriquecimento sem causa ou prejuízo ao erário, sempre se revelou um dos maiores empecilhos para o desfecho em prazo razoável de tal tipo de ação, sobretudo à luz do que prevê o art. 18 da Lei n. 7.347/1985 (“Nas ações de que

Em especial, no que se refere ao fenômeno da litigiosidade repetitiva, a resposta que vem sendo adotada a partir das metas quantitativas privilegiadas pelos órgãos de controle nos parece nitidamente insatisfatória.

O diagnóstico da corregedoria, não importa o tipo de lide, assume aproximadamente a seguinte fórmula: no ano tal entrou no Judiciário o número X de demandas, sendo que nem todas conseguiram ser julgadas. Além da sobra de X , ainda permanece o número Y de feitos aguardando julgamento, vez que não finalizados no ano anterior. Logo, o prognóstico é assertivo: no ano seguinte os juízes devem julgar tudo o que entrar de novo (Z), o que sobrou de X mais uma parte de Y^{20} .

Nada obstante a lógica matemática do raciocínio supra, nosso receio é que, considerando o fenômeno das lides replicantes, a política de se buscar sempre julgar mais casos em menor espaço de tempo não só seja uma estratégia inócua como contribua para agravar o problema e, inclusive, configurar o que se pode chamar de jurisprudência lotérica, em franco detrimento da racionalidade do sistema de justiça.

trata esta lei, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogado, custas e despesas processuais”, (disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>, acesso em: 2 jan. 2018)). Por que os números não revelaram tal dado? Deixa-se a resposta para quem formulou (provavelmente de forma insatisfatória) as perguntas que constavam dos formulários preenchidos pelos juizes no período. Para nossa visão sobre o impasse das perícias como obstáculo à eficiência do Judiciário no julgamento de ações de improbidade administrativa (e potencialmente das que serão propostas com base na Lei Anticorrupção Empresarial - Leis n. 8.429/1992 e 12.846/2013, respectivamente), ver Cunha Filho (2016, p. 268-270).

²⁰ Elaboramos um modelo propositalmente simplista para desenvolver nosso argumento quanto ao ponto, já que o método de cálculo de eficiência da prestação jurisdicional adotado pelo CNJ leva em conta outras variáveis, em especial os “insumos” ofertados para determinada unidade judicial realizar sua missão. De qualquer modo, pelo menos a leitura que fazemos de tal política, em especial na condição de seu executor em primeiro grau de jurisdição, não foge ao quadro desenhado: ter como meta anual julgar tudo o que ingressa (e que está apto para decisão) na Vara judicial e parte do acervo. No que se refere metodologia do CNJ (construção do índice IPC-Jus), confira-se parte da explicação constante do relatório “Justiça em Números” do ano de 2015 (tendo por ano base o ano de 2014): “O método estabelece comparações entre o que foi produzido (denominado output, ou produto) considerando-se os recursos (ou insumos) de cada tribunal (denominados inputs). Trata-se de metodologia de análise de eficiência que compara o resultado otimizado com a eficiência de cada unidade judiciária em questão. Dessa forma, é possível estimar dados quantitativos sobre o quanto cada tribunal deve aumentar sua produtividade para alcançar a fronteira de produção, observando-se os recursos de que cada um dispõe, além de estabelecer um indicador de avaliação para cada unidade.” Mais à frente: “Na análise de eficiência dos Tribunais, adotou-se o modelo CCR, ou seja, com retornos constantes de escala. Além disso, o modelo é orientado ao output, o que significa que estamos interessados em identificar quanto o tribunal pode aumentar em termos de produto (maximizando o resultado), mantendo seus recursos fixos, já que a redução de orçamento e da força de trabalho muitas vezes não é viável” (relatório disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>>, p. 20, acesso em: 2 jan. 2018) (g.n.).

5.1. Lides repetitivas, números e a perplexidade do eterno recomeço

Como Z (número de lides que vão ingressar no ano seguinte ao da meta) normalmente vem sendo maior do que X do ano anterior (que não foi integralmente julgado pelos órgãos judiciais²¹), não é de se estranhar que os magistrados, caso mantidas suas condições de trabalho do período pretérito, e acreditando que estes tenham chegado a um ponto ótimo de sua atuação, como hamsters que se exercitam em uma roldana de um experimento de laboratório, corram cada vez mais e mais sem obter êxito em alcançar a cenoura (ou em fugir do choque elétrico).

Logo, tem-se que, sob uma perspectiva estritamente abstrata, considerando todos os feitos como iguais (ex. ação de despejo, guarda de filho, ação civil pública, impugnação de multa de trânsito, plano de saúde, combo de TV-internet-telefonía, e etc.), já é difícil imaginar o sucesso da meta quantitativa para resolver o problema da morosidade da jurisdição²², sem que naturalmente haja prejuízo à qualidade das decisões proferidas, isso caso não haja expansão contínua da estrutura do Judiciário para julgar um número cada vez maior de demandas em idêntico lapso de tempo.

²¹ A título ilustrativo, tomemos por base o ano de 2014 em que, apesar do aumento da “produtividade” dos magistrados (métrica das sentenças por minuto, sem qualquer consideração sobre a aptidão de tais decisões efetivamente pacificarem ou ao menos mitigarem os conflitos a que se dirigem), houve aumento do estoque dos processos a serem julgados considerando o incremento da distribuição de feitos no período. Confira-se passagem do respectivo relatório: “Em 2014, o Poder Judiciário iniciou com um **estoque de 70,8 milhões de processos**, que tende a aumentar devido ao total de processos baixados ter sido inferior ao de ingressados (**Índice de Atendimento à Demanda – IAD de 98,7%**). Estima-se, portanto, que ao final de 2014 o estoque cresça em meio ponto percentual, ultrapassando, assim, 71,2 milhões de processos pendentes. Apesar deste cenário, desfavorável, houve aumento de 1,4% no total de processos baixados e que representa cerca de 28,5 milhões de processos em 2014. Já o número de casos novos aumentou em 1,1%, atingindo quase 28,9 milhões de processos ingressados durante o ano de 2014 (Gráfico 3.14). Como consequência do aumento do quantitativo de casos novos e de pendentes, a **Taxa de Congestionamento do Poder Judiciário foi de 71,4% no ano de 2014**, com aumento de 0,8 pontos percentuais em relação ao ano anterior” (relatório disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>>, p. 34, acesso em: 2 jan. 2018).

²² Na avaliação de Luciana O. T. C. Zanoni, após registrar que as políticas de planejamento do CNJ chegaram ao primeiro grau de jurisdição traduzidas apenas como metas a serem cumpridas (2017, p. 98), sem alteração na forma em que tais objetivos são formulados (de cima para baixo e sem a participação de magistrados, servidores e sociedade civil), pondera: “Esse modelo chega a seu esgotamento. Segundo os dados do Relatório Justiça em Números 2015, o Índice de Produtividade dos Magistrados (IPM) do Poder Judiciário, indicador que computa a média dos processos baixados por magistrado em atuação, alcançou ápice em 2012 (1.716), desde que começou a ser medido em 2009 (1.575), e apresentou queda em 2013 (1.705) e em 2014 (1.684), sendo que um olhar por segmento de Justiça demonstra pelo menos uma estagnação dos números” (2017, p. 100-101).

O dia, afinal de contas, tem 24 horas. Se o que há para julgar são 5, 20 ou 50 casos no período, a consequência inexorável é uma disponibilidade de tempo menor para reflexão sobre cada uma das questões postas na mesa do julgador.

Assumindo nossa hipótese como correta, a única forma de se buscar uma prestação jurisdicional mais eficiente, o que a nosso ver pressupõe uma qualidade mínima do “produto” entregue ao jurisdicionado, seria a adoção de políticas públicas que reduzissem o número de processos que ingressam anualmente no Judiciário, o que passa por uma abordagem diferenciada das lides que podem ser consideradas como repetitivas²³.

Não sendo possível neste espaço maior teorização a respeito, até porque o tema é ainda pouco tratado entre nós, precisamos de um ponto de partida.

Assim, para fins do presente ensaio, nos referimos ao fenômeno da repetição para designar lides que, tendo por causa um ato ou fato único, atinjam todas as pessoas integrantes de determinado grupo ou, então, o público em geral²⁴.

Para um magistrado que se vê como em uma linha de montagem, assoberbado de trabalho e com estrutura de apoio aquém da necessária para auxiliá-lo em todas as suas atribuições, a preocupação mais imediata muitas vezes está no número de sentenças de mérito a serem proferidas por mês, já que tal dado deverá constar na planilha a ser encaminhada à sua Corregedoria, e este terá sua “produtividade” avaliada por tal órgão a partir de tal parâmetro.

Para esse juiz-tipo as lides repetitivas, apesar de sua origem comum e de seu potencial para alcançar um elevado número de indivíduos, são como todas as outras demandas. Como não há identidade de partes entre elas, apesar de o réu muitas vezes ser único e os pedidos formulados serem os mesmos (ou comportarem pequena variação), sua distribuição deve-se dar de forma livre, o que leva à dispersão de tal litígio para, possivelmente, todos os órgãos jurisdicionais com competência para análise da matéria em uma dada base territorial.

²³ O tema das lides repetitivas, que ainda é pouco tratado pela nossa doutrina, vem sendo reconhecido recentemente como um dos maiores desafios a serem enfrentados pelo Judiciário (NALINI, 2017, p. 173-174; CALÇAS et al., 2017, p. 702). Reflexões extremamente pertinentes ao assunto e, em especial, sobre a necessidade de se buscar a coletivização do seu tratamento para fins de preservação da isonomia, que deve ser assegurada pela jurisdição a indivíduos que estão em situação análoga, podem ser encontradas em MORAES, Vânia Cardoso André de (Coord.). *As demandas repetitivas e os grandes litigantes* – possíveis caminhos para a efetividade do sistema de justiça brasileiro. Brasília, DF: Enfam, 2016.

²⁴ Questão dos direitos individuais homogêneos.

Considerando a falta de estímulo e coordenação do seu Tribunal para um tratamento estratégico de tal tipo demanda, o julgador, que no mais das vezes compartilha de uma formação jurídica que privilegia a leitura do processo sob uma perspectiva individualista, tende a render-se a fazer mais do mesmo, julgando os seus casos, buscando fazer o que está ao seu alcance para que, pelo menos na situação posta à sua apreciação, seja dada a melhor decisão possível.

Ocorre que, devido à natureza da fonte dos litígios replicantes, a respectiva causa não é atingida pelas sentenças proferidas, razão pela qual tais ações normalmente se repetem anos a fio, levando os órgãos judiciais a continuamente despender recursos materiais e humanos para seu processamento, ainda que o ato final seja padronizado (uma decisão modelo, que passa a ser adaptada para todos os casos análogos).

Como vários juízes analisam tais casos e, nada obstante os persistentes esforços de algumas linhas acadêmicas, o Direito não é uma ciência exata, havendo relativamente pouca predeterminação unívoca em nossas leis escritas para todos os comportamentos humanos possíveis, os veredictos variam.

Tendo em conta o insucesso até então experimentado pelos nossos Tribunais nos esforços para pacificar sua jurisprudência sobre diversas questões, o resultado da reunião de tais ingredientes normalmente é o seguinte: a perturbação na realidade ocasionada pelo ato/fato comum que enseja a replicação de processos perdura por longos lapsos de tempo; por mais que os magistrados se empenhem em dar conta das manifestações desses problemas que são submetidas à sua apreciação isso não impede que novas pessoas suportem a mesma lesão, e que, portanto, tenham de recorrer ao Judiciário para sua reparação; como não há uniformidade de entendimento entre os diversos juízes sobre o mesmo fato, pessoas em situação análoga recebem tratamento diferente, o que é difícil de sustentar como desfecho adequado em sistema de justiça que se pretenda racional.

5.2. Por que não usamos mais a conexão?

O dilema do prisioneiro aplicado aos juízes

Ideia que vem sendo recorrente em estudos envolvendo a ampliação do papel do acordo entre autoridades públicas e infratores para fins de desvendamento de organizações criminosas, punição dos

respectivos responsáveis e reparação dos bens jurídicos lesados, é de se perguntar se o raciocínio por trás da figura do **dilema do prisioneiro** não seria um dos motivos pelos quais os magistrados ainda resistem a usar com mais intensidade o instrumento da conexão entre ações como ferramenta para racionalização do exercício da jurisdição.

Construção nascida no contexto da Teoria dos Jogos, segundo pesquisas matemáticas dirigidas a buscar a lógica no processo de tomada de decisão de agentes racionais, o dilema do prisioneiro demonstraria que “dois indivíduos podem não cooperar, ainda que seja do melhor interesse dos dois fazê-lo” (MARTINEZ, 2013, p. 260-262).

Apesar de reconhecermos a imperfeição do simples transplante do referido modelo para o exercício da jurisdição²⁵, acreditamos que explorar a hipótese pode ser útil para buscar entender a falta de coordenação entre os julgadores na apreciação de lides que tenham uma origem comum, o que, a nosso ver, já seria possível, com base em fundamento legal expresso, pelos menos desde a vigência do Código de Processo Civil de 1973.

Isso por entendermos que, em alguma medida, a desconfiança entre os juízes quanto ao comportamento do seu colega no reconhecimento de conexão em lides repetitivas para os quais este esteja preventivo pode ser um fator inibidor ao emprego da ferramenta.

Antes de desenvolvermos nosso argumento, contudo, analisemos o fenômeno da conexão sob as lentes da dogmática.

O instituto da conexão, tal como concebido tradicionalmente entre nós, levaria à reunião de processos que possuam o mesmo *objeto* (pedido) ou *causa de pedir*. Os fundamentos para tanto, conforme normalmente enunciado pela nossa doutrina, seriam a necessidade de se evitar decisões judiciais contraditórias, bem como a de se favorecer a economia processual (MARINONI; ARENHART, 2007, p. 49-50; CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2000, p. 242).

²⁵ Eis o dilema, nas palavras de Ana Paula Martinez: “[...] suponha que dois indivíduos são presos, mas que as autoridades não detenham provas suficientes para justificar as prisões. A polícia coloca cada indivíduo em uma sala separada e faz a mesma oferta para cada um deles: se um testemunhar contra o outro e o outro permanecer em silêncio, aquele que delatar o comparsa estará livre e o que não o tiver feito passará cinco anos na prisão. Se ambos permanecerem em silêncio, os dois estarão livres em vista a falta de provas. Se ambos delatarem o comparsa, serão sentenciados a três anos de prisão. Agentes racionais, movidos por interesses próprios, escolhem delatar o comparsa. Isso porque, se o comparsa permanecer em silêncio, ele ficará livre, se o comparsa também o delatar, ambos serão condenados a três em vez de cinco anos de prisão. Se ambos permanecerem em silêncio, os dois estarão livres, mas a incerteza em relação ao que o outro vai fazer faz que o agente racional opte por delatar – sendo esta, portanto, a estratégia dominante” (2013, p. 260-261) (g.n.).

Causa de pedir, nada obstante alguma variação conceitual presente na doutrina (BEDAQUE, 2011, p. 122-125), compreende os fatos com base nos quais alguém pretende que sejam reconhecidos certos efeitos jurídicos.

Logo, se estamos falando em origem comum de múltiplas demandas, esteja esta em algum acontecimento da natureza ou alheio à vontade dos envolvidos, esteja esta em uma conduta dolosa ou culposa do ser humano (que pode atuar em nome próprio ou de uma pessoa jurídica), tem-se que, em princípio, um mesmo juiz já poderia se declarar prevento para análise da questão nos termos do que previa o art. 103 do Código de Processo Civil de 1973²⁶.

Sintomaticamente, há digressões sobre a conexão à luz do diploma processual anterior que dão a tônica de como o processo é normalmente avaliado pelos nossos estudiosos do Direito: o reconhecimento da conexão seria facultativo justamente pelo fato de a aceitação da prevenção para o julgamento de determinadas ações, pelo número elevado de pessoas envolvidas em um idêntico contexto fático, inviabilizar seu julgamento rápido, ou então o próprio funcionamento de um órgão judicial²⁷.

Ou seja, já se sabe de antemão que há litígios que atingem expressivo contingente da população. Em vez de se pensar formas de resolver a controvérsia como um todo, dando-se estrutura, ainda que provisória, para que um mesmo órgão judicial possa absorver esse pico de distribuição de feitos e consiga dar a eles solução comum, ponderando sobre todas as suas nuances, a opção é pelo caos: para se garantir o direito individual a sentenças rápidas e o dos julgadores de terem distribuição equânime de trabalho, a regra é a da dispersão dos litígios.

O resultado dessa política não surpreende: diversos magistrados julgando os mesmos fatos, às vezes por anos, com provimentos jurisdicionais em sentidos distintos, sem que as questões se pacifiquem²⁸.

²⁶ CPC/1973: “Art. 103. Reputam-se conexas duas ou mais ações, quando lhes for comum o objeto ou a causa de pedir” (disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>, acesso em: 5 jan. 2018).

²⁷ Ao discorrerem sobre situações em que seria inconveniente a reunião de processos para julgamento conjunto pela conexão, comentam Marinoni e Arenhart “[...] o que ocorreria, por exemplo, se uma das causas já estivesse decidida. Em relação a esta hipótese, aliás, já definiu o STJ, na Súmula 235, que ‘a conexão não determina a reunião de processos, se um deles já foi julgado’. Também ficariam prejudicados os objetivos da conexão e da continência se a reunião das ações fosse extremamente inconveniente para as partes de uma das causas ou gerasse inevitável tumulto processual no juízo que viesse a receber todas as demandas (imagine-se a situação em que se atribuisse a um único juízo todas as ações em que se pretendesse um determinado benefício fiscal)” (2007, p. 50, nota de rodapé n. 26).

²⁸ Podemos citar, a título ilustrativo, algumas matérias de Direito Público e de Direito Privado em que os debates jurídicos respectivos se estenderam por décadas nos nossos Tribunais, e que tivemos,

Com o CPC de 2015, se alguém tinha dúvida sobre a possibilidade de reunir lides repetitivas para julgamento conjunto com base na sua *causa de pedir* comum, a legislação ainda se fez mais clara: “serão reunidos para julgamento conjunto os processos que possam gerar risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias caso decididos separadamente, mesmo sem conexão entre eles” (art. 55, § 3º do CPC)²⁹.

Será que a nova redação do nosso Código de Processo Civil a respeito da conexão mudará a postura dos nossos magistrados quanto ao uso do instituto, em especial no que diz respeito ao tratamento das lides replicantes?

Assumindo como dado que só a lei não basta para dobrar a vontade humana³⁰, voltemos ao dilema do prisioneiro ou, em sua adaptação para fins do nosso estudo, ao que podemos chamar de **dilema do juiz**.

Além dos casos de fracasso monumental do nosso sistema de justiça para tratar algumas demandas de massa já referidas (v.g., planos econômicos), todo dia ingressam no Judiciário brasileiro milhares de lides que, tendo por causa um evento comum, encontram em nosso direito escrito fundamento expresso que autorizaria sua reunião por conexão junto a um mesmo órgão julgador (art. 55, *caput*, § 2º³¹ e 3º do CPC), o

como todos os juízes do Estado de São Paulo, a oportunidade de apreciar algumas dezenas, se não centenas de vezes, e que ainda não foram definitivamente resolvidas pelo nosso Judiciário: envolvendo servidores públicos, ações reclamando diferenças de quinquênio, sexta parte e URV. Envolvendo particulares, planos econômicos. No que se refere às relações de trato sucessivo, vale lembrar que a jurisprudência do STJ também não ajuda, deixando uma porta aberta para que décadas depois de um evento danoso a uma pessoa ter ocorrido, esta ter seu direito reconhecido de provocar o Judiciário para sua reparação, em franca oposição à sabedoria latina traduzida na fórmula “o Direito não socorre aos que dormem”. Eis o teor do enunciado 85 de tal corte: “Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação” (disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf>, acesso em: 5 jan. 2018).

²⁹ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 5 jan. 2018. Confira-se o restante do dispositivo.

³⁰ Para ficarmos em um exemplo que envolve direito processual, vale lembrar que o CPC de 1973 já previa expressamente um incidente de uniformização de jurisprudência, sem que se tenha notícia de efetivo empenho dos Tribunais no uso de tal instrumento de modo a zelar pela racionalidade na distribuição de Justiça. A respeito, confira-se a redação do seu art. 476: “Compete a qualquer juiz, ao dar o voto na turma, câmara, ou grupo de câmaras, solicitar o pronunciamento prévio do tribunal acerca da interpretação do direito quando: I – verificar que, a seu respeito, ocorre divergência; II – no julgamento recorrido a interpretação for diversa da que lhe haja dado outra turma, câmara, grupo de câmaras ou câmaras cíveis reunidas. Parágrafo único. A parte poderá, ao arrazoar o recurso ou em petição avulsa, requerer, fundamentadamente, que o julgamento obedeça ao disposto neste artigo” (disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm>, acesso em: 5 jan. 2018).

³¹ “Art. 55. Reputam-se conexas 2 (duas) ou mais ações quando lhes for comum o pedido ou a causa de pedir. § 1º Os processos de ações conexas serão reunidos para decisão conjunta, salvo se um deles já houver sido sentenciado. § 2º Aplica-se o disposto no *caput*: I – à execução de título extrajudicial e

que não só evitaria decisões discrepantes sobre uma mesma controvérsia, como implicaria economia de recursos materiais e humanos a serem empregados pelos Tribunais para analisá-la e permitiria, pelo menos a médio prazo, sua pacificação para todos os supostos lesados.

Citemos alguns exemplos de processos que apreciamos recentemente e que, podendo enquadrar-se no conceito ora proposto para lide repetitiva, receberam (e continuam a receber) invariavelmente tratamento de ação autônoma pelos juízes responsáveis pelo seu julgamento, os quais, dessa maneira, determinam a distribuição livre desse tipo de causa para outros magistrados com o mesmo tipo de competência material.

Ações envolvendo a Fazenda Pública: questionamento de correção de questões de prova de português em concurso para a Polícia Militar; execução individual de título judicial coletivo que reconheceria direito de servidores a um dado reajuste; todas as ações de conhecimento envolvendo algum benefício para determinada classe de servidor (há ações individuais, tanto pelo rito ordinário como no rito do Juizado Especial, tramitando concomitantemente com ações coletivas, na capital e no interior do Estado, sendo que não se dá conexão nem entre as ações coletivas com o mesmo objeto); ações questionando a possibilidade de protesto à certidão de dívida ativa; demandas em que candidatos se insurgem contra requisitos previstos para participação de um determinado concurso público (como tatuagem, altura mínima, idade, etc.); processos que buscam compensação de débitos tributários com precatórios adquiridos de terceiros; possibilidade de a Fazenda cancelar, sem a oitiva da parte contrária, pensões concedidas há anos a filhas solteiras de policiais militares em alegada ofensa à legislação que trata da matéria.

Ações envolvendo particulares: suposta abusividade de reajustes anuais aplicados a planos coletivos de saúde; questionamento de prática comercial abusiva por parte de associações criadas para defender interesses de aposentados, que condicionariam o ingresso de ação judicial para revisão de benefício previdenciário à adesão do interessado aos seus quadros (e normalmente, após isso, não só não propõem a medida judicial prometida, como resistem a pedidos expressos de desfiliação formulados pelos lesados); demandas questionando cobrança de aluguel em espaço público destinado a comércio popular, em que

à ação de conhecimento relativa ao mesmo ato jurídico; II – às execuções fundadas no mesmo título executivo. [...]” (disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>, acesso em: 6 jan. 2018).

se admitiu que pessoas que nele começassem a desenvolver suas atividades sem contrato escrito e com suspeita de gestão não republicana quanto à alocação dos boxes para os interessados; questionamento de uso irregular, já que em violação a direito autoral, de uma mesma foto (ou conjunto de fotos) por diversos sites para fins comerciais; pedidos para cumprimento de oferta de venda de notebook supostamente feita por equívoco em site de renomada empresa durante uma dada edição da promoção “Black Friday”.

Como se observa da relação supramencionada, haveria um potencial imenso para a reunião de uma boa parte dessas ações repetitivas perante um dado órgão jurisdicional por conexão, o qual, após fazer, se o caso, ampla instrução a respeito dos fatos, cotejando de forma exauriente todos os argumentos prós e contras envolvendo determinada pretensão, inclusive com a admissão de pareceres ofertados por terceiros com interesse na causa, poderia dar uma única decisão a resolver de modo abrangente a matéria controversa.

Dessa decisão caberia um recurso para o órgão de segundo grau local, o qual seria distribuído para uma câmara, que também poderia reservar ao caso o tempo que fosse adequado considerando a repercussão social do litígio e a ponderação de todos os seus argumentos. Desse pronunciamento excepcionalmente caberia um recurso ao STJ e/ou ao STF conforme preenchidos os respectivos requisitos e, enfim, a questão estaria resolvida de forma definitiva.

Se as vantagens advindas da reunião de feitos parecem ser tão evidentes, por que a medida não foi adotada em nenhum dos casos destacados?

Reconhecendo que esse seria um campo bastante propício para uma pesquisa empírica, que pudesse confirmar ou refutar nossa impressão quanto aos óbices existentes ao maior uso da conexão pelos juízes como instrumento de racionalização do exercício da jurisdição, lançaremos aqui algumas hipóteses, construídas após inúmeras conversas com diversos colegas que se dedicam a judicatura em primeiro grau junto ao Tribunal de Justiça de São Paulo.

Uma das respostas recorrentes dos colegas quando indagados sobre o tema é que, a depender do número de pessoas afetadas por um mesmo fato/ato, o número de demandas a serem julgadas pode ser imenso, a inviabilizar o funcionamento de qualquer vara judicial. Exemplos a respeito já existem, como aquelas que foram “premiadas” com a distribuição de falências de empresas grandes (em especial

antes da criação de varas especializadas para julgamento de tais feitos pelo nosso Tribunal, mas as quais, diga-se, só funcionam na capital), ou então na qual tramitam a execução de ações coletivas (que em nosso sistema, curiosamente, normalmente se faz como se se tratasse de milhares de demandas individuais, a colocar em dúvida a utilidade do instituto, ao menos segundo o desenho que lhe é reconhecido sem muita crítica por seus atuais “operadores”).

Outros ainda respondem que há problemas relativos às regras de competência para a propositura das ações, já que, se a questão for afeta ao direito do consumidor, este teria o direito de propor a demanda em seu domicílio, ao que se soma a dificuldade de a legislação permitir que este acesse tanto a Justiça Comum como o Juizado Especial para a veiculação da mesma controvérsia³², o que seria óbice à reunião de feitos que tramitam por procedimentos distintos. Se tanto não bastasse, nossa legislação de tutela de direitos coletivos ou individuais homogêneos afirma que tais demandas não prejudicam o direito de cada cidadão perseguir seu direito individual por vias próprias.

Um terceiro argumento, que não foi verbalizado espontaneamente por nenhum dos nossos interlocutores, e que imaginamos possa ter um papel importante para explicar o pouco uso da conexão entre nós para tratamento das demandas de massa, é de índole cultural. Sempre tratamos o processo como um direito individual, apesar de seu pano de fundo poder ser um problema que atinge um expressivo número de pessoas. A cobrança de produtividade do juiz, em termos de metas de julgamento, certamente não ajuda para que este mude sua postura de peça de uma engrenagem que produz sentenças³³ para a de um ser que, dotado de razão, busque estrategicamente solucionar os conflitos que lhe são apresentados³⁴.

Sem desmerecer as duas primeiras razões como causas da insolubilidade do problema das lides repetitivas em nosso sistema jurídico, considerando que mesmo em casos mais singelos, que envolvem algumas dezenas de ações, não se consegue concertação entre os juizes

³² Isso em se falando de Juizado Cível, e não Fazendário, no qual a competência que lhe é conferida por lei é absoluta.

³³ Quase que como “a boca da lei”, imagem renitente em nossa formação acadêmica e que provavelmente frequenta o imaginário daqueles que continuam a se espantar com o fato de as decisões judiciais normalmente não se limitarem a reproduzir o que está expresso em nossos códigos para resolver os conflitos que reclamam resposta do Judiciário.

³⁴ Para o que nem sempre a sentença é o melhor caminho e a multiplicação de decisões em sentidos diversos, por tempo prolongado, é a receita para sua perpetuação no seio da sociedade.

para seu julgamento por um só julgador³⁵, talvez valha à pena insistir em uma mudança de comportamento quanto à pequena replicação de ações, para que um dia, quem sabe, possamos enfrentar sua grande multiplicação de forma mais inteligente, que busque atingir o conflito em sua fonte (e não só em suas manifestações).

E para começarmos pelo pequeno, eis um dilema de base que pode acometer o magistrado:

Em uma dada comarca, com três varas cíveis, há o rompimento de uma barragem de pequeno porte, que atinge, direta ou indiretamente, 1.000 pessoas de uma população total de 80 mil habitantes. Cada vara cível tem cerca de 5 mil processos em tramitação, o que é um número bastante elevado para a estrutura oferecida aos três magistrados que trabalham em tais unidades. As ações de indenização por dano material e moral contra a empresa que mantinha a infraestrutura começam a ser protocoladas no fórum por cada uma das famílias envolvidas (algumas até por membros de cada família individualmente). Será que o primeiro juiz a despachar o caso, ainda que sensível à ideia de buscar dar tratamento ao caso como um todo, na esperança de pacificar o litígio em sua raiz, reconhecerá a prevenção para julgar todas as ações, o que implicará um aumento relevante no estoque de processos de sua responsabilidade, sem que tenha certeza que o Tribunal lhe vá garantir incremento temporário em seu quadro de apoio para suportar o pico de distribuição e que, em uma próxima oportunidade, seus colegas que atuam nas outras varas cíveis também adotarão a mesma postura ao serem os primeiros a despachar um litígio repetitivo?

³⁵ Como em casos em que se cancela um voo às vésperas do carnaval e cerca de 20% dos passageiros resolvem entrar com uma ação em juízo para buscar indenização por danos materiais e morais em face da empresa aérea. Na atual sistemática, não se vem reconhecendo prevenção nem para a análise de duas ações propostas por marido e esposa que estavam no mesmo voo e sofreram com o mesmo evento (vide, a título ilustrativo a situação retrada no processo n. 1005366-62.2017.8.26.0016, que tramitou perante a 2ª Vara do Juizado Especial Cível da Capital, sentenciado em 24/01/2018).

6. Conclusão

Neste ensaio, discutimos o papel do Judiciário para a qualidade da Democracia.

Partindo do pressuposto de que interessa ao estudioso do Direito a reflexão sobre como o desenho de nossa organização política impacta na vida das pessoas, satisfazendo (ou não) os fins que a ordem constitucional lhe impõe, discutiremos sobre algumas características que deveriam revestir as tarefas desempenhadas por um Tribunal eficiente.

Em especial, tratamos da questão da independência, responsabilidade e responsividade, que, a nosso ver, devem ser atributos inerentes a um exercício jurisdicional de alta performance, capaz, assim, de contribuir para a pacificação de conflitos que surjam no âmbito das interações humanas em nosso território.

Ao final, abordamos o problema das lides repetitivas, que a nosso sentir é um dos principais desafios a serem enfrentados pelos magistrados que atuam em nosso sistema.

Quanto ao ponto, ao especularmos sobre o porquê do pouco uso que os juízes fazem do instrumento da conexão para racionalizar o julgamento desse tipo de demanda, levantamos algumas hipóteses e inclusive formulamos uma indagação inspirada no dilema do prisioneiro, que vem frequentando a nossa doutrina com bastante frequência nos últimos tempos, ainda que em outros contextos.

A título de conclusão, considerando que a matéria está em aberto e que de fato existem várias razões (e quem sabe interesses) para que no aparato de Justiça continue com suas disfuncionalidades, exortamos o leitor a uma reflexão.

Não nos parece que as ondas das lides repetitivas e seu tratamento pulverizado pela jurisprudência sejam algo inexorável, um evento irresistível da natureza, contra o qual nada possamos fazer, a não ser nos resignar.

Se há relevantes indagações jurídicas a serem respondidas para que criemos um modo mais estratégico para lidar com esse tipo de litígio, parece-nos que é para tanto que servem os estudos acadêmicos e o tirocínio de quem tem a responsabilidade de, no dia a dia, aplicar o Direito no caso concreto.

E a nosso ver não basta simplesmente culpar a lei (ou o legislador), um dos nossos bodes expiatórios preferenciais, para tal estado de coisas.

Por mais que se aprimorem nossos textos normativos, tanto de nada adiantará se aqueles que o aplicam não se comprometerem a alcançar melhores resultados na realidade no desempenho de suas funções.

A bola, senhoras e senhores, portanto, está em nossos pés.

E o jogo segue.

Bibliografia

ARENDR, Hannah. *Eichman in Jerusalem*. New York: Pinguin, 2006. (primeira edição de 1963).

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo – influência do direito material sobre o processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

CALÇAS, Manoel de Q. P. et al. Monitoramento de perfis de demandas: um caminho na busca do planejamento do âmbito do Poder Judiciário. In: CUNHA FILHO, Alexandre J. C. da et al. (Coord.). *Direito, instituições e políticas públicas – o papel do jusidealista na formação do Estado*. São Paulo: Quartier Latin, 2017. p. 695-716.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

CONTI, José Maurício. Planejamento estratégico do Poder Judiciário. In: CONTI, José Maurício (Org.). *Poder Judiciário – orçamento, gestão e políticas públicas*. São Paulo: Almedina, 2017. v. I, p. 67-93.

CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da. A lei e os juízes: em que medida a atuação do Poder Judiciário pode constituir um elemento relevante no combate à corrupção. In: CUNHA FILHO, Alexandre J. C. da et al. (Coord.). *48 visões sobre a corrupção*. São Paulo: Quartier Latin, 2016. p. 255-274.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 2.

MARTINEZ, Ana Paula. *Repressão a cartéis – interface entre direito administrativo e direito penal*. São Paulo: Singular, 2013.

MORAES, Vânia Cardoso André de (Coord.). *As demandas repetitivas e os grandes litigantes – possíveis caminhos para a efetividade do sistema de justiça brasileiro*. Brasília, DF: Enfam, 2016.

MOTTA, Fabrício; GODINHO, Heloísa Helena Antonacio M. Administração pública e Poder Judiciário: eficiência do gasto público e modernização da gestão. In: CONTI, José Maurício (Org.). *Poder Judiciário – orçamento, gestão e políticas públicas*. São Paulo: Almedina, 2017. v. I, p. 177-195.

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.

RANIERI, Nina B. S. A qualidade da democracia - considerações teóricas. In: TORRES, Vivian de A. G.; CAGGIANO, Álvaro T. H. S. (Org.). *Estudos de direito constitucional – homenagem à profa. Mônica Herman S. Caggiano*. São Paulo: Ield, 2014. p. 297-312.

REFOSCO, Helena Campos. *Ação coletiva e acesso à justiça – uma análise da reforma do judiciário à luz de estudos de caso*. 2017. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

ROCHA, Francisco Sergio Silva; SCAFF, Fernando Facury. O sistema constitucional de planejamento e o Poder Judiciário. In: CONTI, José Maurício (Org.). *Poder Judiciário – orçamento, gestão e políticas públicas*. São Paulo: Almedina, 2017. v. I, p. 49-66.

SILVA, Domicio Whately Pacheco e. O acesso à prestação jurisdicional e a responsabilidade das partes: reflexões sobre o papel da gratuidade processual, dos honorários sucumbenciais e da litigância de má fé na distribuição da justiça. In: CUNHA FILHO, Alexandre J. C. da et al. (Coord.). *Direito, instituições e políticas públicas – o papel do jusidealista na formação do Estado*. São Paulo: Quartier Latin, 2017. p. 675-694.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1999.

TERAOKA, Thiago Massao Cortizo. *É preciso equalizar a força de trabalho entre primeiro e segundo graus*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jan-07/thiago-teraoka-preciso-equalizar-servidores-entre-graus>>. Texto publicado em 7 jan. 2018, acesso em: 8 jan. 2018.

ZANONI, Luciana Ortiz Tavares Costa. 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.