COORDENADORES:
ÉRICO ANDRADE
GLÁUCIO MACIEL GONÇALVES.

ORGANIZADOR:
PEDRO AUGUSTO SILVEIRA FREITAS

GESTÃO PROCESSUAL

DESAFIOS NO BRASIL E ESTUDOS COMPARADOS

AUTORES

ALEXANDRE RODRIGUES DE SOUSA
BRUNO DE MENDONÇA PEREIRA CUNHA
BRUNO FREIRE DE JESUS
CAROLINA PAIM SILVA
CÍCERO DE BARROS LISBOA
CLARICE SOUZA ZAIDAN
DANIEL CALAZANS PALOMINO TEIXEIRA
GABRIELA COELHO TORRES
GIOVANI PONTES TEODORO
HENRIQUE DE SOUZA MOTA
JÚLIA DE OLIVEIRA FONSECA
LEANDRO COELHO DE CARVALHO
LUÍS EMÍLIO PINHEIRO NAVES
MARINA LEAL GALVÃO MAIA
PEDRO AUGUSTO SILVEIRA FREITAS
THAÍS MAIA SILVA

EXPERT EDITORA DIGITAL
UFMG UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
CAPES

O presente livro, intitulado *"Gestão Processual: desafios no Brasil e estudos comparados"*, foi produzido no âmbito do Programa da Pós-Graduação em Direito da UFMG e da disciplina *"Gestão Processual: estudo comparado Brasil, Itália, França, Portugal, Espanha e Alemanha"*. A coletânea de artigos tem o propósito de fomentar o exame e o debate da gestão da unidade judiciária feita fora do processo jurisdicional e da gestão que se faz no curso do processo, ou seja, a gestão interna, que compete ao juiz, como condutor da demanda e impulsionador da marcha processual. A ideia contida no livro se insere, inclusive, na esteira dos estudos e debates conjuntos gerados no grupo de pesquisa denominado *"Autonomia Privada e Gestão de Litígios"*, devidamente inscrito e certificado no CNPq, e que conta com a participação de professores nacionais e estrangeiros e alunos da Pós-Graduação da UFMG.

O livro foi separado em duas partes: a primeira, contendo aspectos da gestão processual no Brasil e a segunda, abordando alguns estudos comparados de gestão processual. A eficiência do poder Judiciário, seja no Brasil, seja na França, na Itália, na Espanha, em Portugal ou no Uruguai, no processo ou fora dele, foi a tônica desta coletânea, em diversos aspectos. Analisou-se a tão falada aplicação da tecnologia nos tribunais superiores brasileiros, a forma de solução de conflitos multitudinários, a contratualização do processo e seus efeitos, os métodos consensuais de solução de conflitos, a arbitragem, a atuação do juiz, em primeiro e segundo graus de jurisdição, bem como o fracionamento de demandas. Também se examinou a recente alteração levada a efeito no ordenamento jurídico francês, por meio da Lei 222/19 e do Decreto 1.333/19 com profundas modificações no sistema de justiça daquele país, e os protocolos de procedimentos, utilizados na França e na Itália.

A partir da leitura dos diversos artigos ora publicados será possível ter um contato mais próximo com as formas utilizadas de gestão processual, sempre tendo em mente a necessidade de se resolver com eficiência e num prazo razoável a crise de direito material ocorrida.

Professor Doutor Érico Andrade e Professor Doutor Gláucio Maciel Gonçalves

ISBN 978-65-89904-18-2

EXPERT
EDITORA DIGITAL

Direção editorial: Luciana de Castro Bastos
Diagramação e Capa: Daniel Carvalho e Igor Carvalho
Colaboração: Alexandre Rodrigues de Sousa e Carolina Paim Silva
Revisão: Do autor
A regra ortográfica usada foi prerrogativa do autor.

Todos os livros publicados pela Expert Editora Digital estão sob os direitos da Creative Commons 4.0 BY-SA. https://br.creativecommons.org/
"A prerrogativa da licença creative commons 4.0, referencias, bem como a obra, são de responsabilidade exclusiva do autor"

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Gestão processual, Desafios no Brasil e Estudos Comparados
Coordenadores: Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves, Érico Andrade
Organizador: Pedro Augusto Silveira Freitas
Belo Horizonte: UFMG, 2021
ISBN: 978-65-89904-18-2
1. Direito processual 2. Poder judiciário – Brasil
3. Tribunais de Justiça 4. Direito. I. Título.
CDD: 341.43

Esta contratação esta sendo custeada por recursos do PROEX 1218/2019 Proc. 23038.018994/2019-15 / Programa de Excelência Acadêmica/ Custeio.

Pedidos dessa obra:

experteditora.com.br
contato@editoraexpert.com.br

EXPERT
EDITORA DIGITAL

Dra. Adriana Goulart De Sena Orsini
Professora Associada IV e membro do corpo permanente do Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da UFMG.

Dr. Eduardo Goulart Pimenta
Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UFMG e PUC/MG

Dr. Rodrigo Almeida Magalhães
Professor Associado da Faculdade de Direito da UFMG e PUC/MG

Dr. João Bosco Leopoldino da Fonseca
Professor Titular da Faculdade de Direito da UFMG

Dr. Marcelo Andrade Féres
Professor Associado da Faculdade de Direito da UFMG

GESTÃO PROCESSUAL

DESAFIOS NO BRASIL E ESTUDOS COMPARADOS

Érico Andrade (Coordenador)
Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves (Coordenador)
Pedro Augusto Silveira Freitas (Organizador)

GESTÃO PROCESSUAL:
desafios no Brasil e estudos comparados.

Editora
2021

Autores

Alexandre Rodrigues de Sousa

Bruno de Mendonça Pereira Cunha

Bruno Freire de Jesus

Carolina Paim Silva

Cícero de Barros Lisboa

Clarice Souza Zaidan

Daniel Calazans Palomino Teixeira

Gabriela Coelho Torres

Giovani Pontes Teodoro

Henrique de Souza Mota

Júlia de Oliveira Fonseca

Leandro Coelho de Carvalho

Luís Emílio Pinheiro Naves

Marina Leal Galvão Maia

Pedro Augusto Silveira Freitas

Thaís Maia Silva

APRESENTAÇÃO

A Pós-Graduação em Direito (cursos de Mestrado e Doutorado) da Universidade Federal de Minas Gerais desenvolve pesquisas, dentre outras, na área de *Fundamentos do novo Processo Civil brasileiro*, com o objetivo, não só de analisar criticamente os institutos de processo civil, mas também de estudar a organização e as funções do poder Judiciário, especialmente sob a ótica da gestão de litígios, de modo a identificar, reunir e maximizar os resultados de procedimentos, técnicas e institutos destinados a gerir os litígios individuais ou coletivos, considerando, inclusive, exigências de melhor administração da Justiça, como eficiência e celeridade, e melhor gestão de recursos públicos do Poder Judiciário.

No semestre passado, foi possível, mediante junção de esforços, o oferecimento da disciplina *Gestão Processual: estudo comparado Brasil, Itália, França, Portugal, Espanha e Alemanha*, com o propósito de fomentar o exame e o debate, por parte dos alunos, da gestão da unidade judiciária feita fora do processo jurisdicional e da gestão que se faz no curso do processo, ou seja, a gestão interna, que compete ao juiz, como condutor da demanda e impulsionador da marcha processual. A ideia da disciplina, inclusive, surgiu na esteira dos estudos e debates conjuntos gerados no grupo de pesquisa denominado "Autonomia Privada e Gestão de Litígios", devidamente inscrito e certificado no CNPq, e que conta com a participação de professores nacionais e estrangeiros e alunos da Pós-Graduação da UFMG.

No final do semestre letivo, que contou com a participação de alunos regulares dos cursos de pós-graduação *stricto sensu* e também de alunos externos, matriculados em disciplina isolada, surgiu a oportunidade de se publicar coletânea de artigos sobre ambos os temas. Por sugestão deles, alunos, os artigos finais da disciplina, apresentados como requisito de aprovação, foram organizados para que pudessem auxiliar novos estudiosos dos assuntos discutidos.

Os artigos dos alunos foram separados em duas partes: a primeira, contendo aspectos da gestão processual no Brasil e a

segunda, abordando alguns estudos comparados de gestão processual. A eficiência do poder Judiciário, seja no Brasil, seja na França, na Itália, na Espanha, em Portugal ou no Uruguai, no processo ou fora dele, foi a tônica desta coletânea, em diversos aspectos. Analisou-se a tão falada aplicação da tecnologia nos tribunais superiores brasileiros, a forma de solução de conflitos multitudinários, a contratualização do processo e seus efeitos, os métodos consensuais de solução de conflitos, a arbitragem, a atuação do juiz, em primeiro e segundo graus de jurisdição, bem como o fracionamento de demandas. Também se examinou a recente alteração levada a efeito no ordenamento jurídico francês, por meio da Lei 222/19 e do Decreto 1.333/19, com profundas modificações no sistema de justiça daquele país, e os protocolos de procedimentos, utilizados na França e na Itália.

Nesse sentido, merece também registro e louvor a iniciativa do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG ao incentivar a publicação de livros científicos seriados, no âmbito do Edital de Fomento nº 001/2021/PPGD/UFMG.

A partir da leitura dos diversos artigos ora publicados será possível ter um contato mais próximo com as formas utilizadas de gestão processual, sempre tendo em mente a necessidade de se resolver com eficiência e num prazo razoável a crise de direito material ocorrida.

Não percamos tempo! À leitura!

Érico Andrade

Gláucio Maciel Gonçalves

Professores e membros do corpo permanente da pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

Sumário

PRIMEIRA PARTE
— Desafios da Gestão Processual no Brasil —

LITIGIOSIDADE E EFICIÊNCIA JUDICIAL
JUDICIAL EFFICIENCY IN MEGA-LITIGATION

Bruno de Mendonça Pereira Cunha

Resumo 20
1. Introdução.....20
2. A explosão da litigiosidade nas sociedades contemporâneas 28
3. Eficiência judicial.....34
3.1 Governança judicial 35
3.2 Impactos da ineficiência dos órgãos judiciais 41
3.3 A reestruturação das políticas públicas para a justiça brasileira .48
4. Conclusões 52
5. Bibliografia.....53

A ABERTURA DE NOVAS PORTAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS AOS DIREITOS INDISPONÍVEIS

Bruno Freire de Jesus

Resumo 61
1. Introdução.....62
2. A incógnita na definição do conceito da locução direito indisponível. 66
3. A autonomia negocial – A possibilidade de realizar negócios jurídicos envolvendo direitos existenciais. 72
4. Os objetivos do sistema de justiça multiportas. 81
5. A derrocada da justificativa de impossibilidade de negociar direitos indisponíveis.....86
6. Considerações Finais.....90
7. Referências.....92

GESTÃO PROCESSUAL E TECNOLOGIA NOS TRIBUNAIS SUPERIORES: Os "robôs" e a melhora na eficiência do Poder Judiciário

Cícero de Barros Lisboa

Resumo 97
1. Introdução 98
2. O Contexto Brasileiro 98
3. Os Tribunais Superiores e a Inteligência Artificial 101
4. O Robô Victor do STF 106
5. Os robôs do STJ 110
6. Regulamentação da Inteligência Artificial no Brasil 112
7. Conclusões 112
8. Referências 113

GESTÃO PROPORCIONAL COMO FERRAMENTA PARA UM PROCESSO EFICIENTE

Daniel Calazans Palomino Teixeira

Resumo 121
1. Justiça Tardia pode ser falha 122
2. Técnicas básicas de gestão e a realidade judiciária brasileira atual . 126
3. Gestão processual proporcional 132
4. Conclusão 135
5. Referências 137

A ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA NO CONTEXTO BRASILEIRO: viabilidade de sua implementação e análise crítica da experiência portuguesa

Júlia de Oliveira Fonseca

Resumo 140
1. Introdução..... 141
2. O critério da arbitrabilidade..... 144
2.1 Disponibilidade do crédito tributário e do interesse público 146
2.2 Possibilidade de renúncia à jurisdição estatal..... 149
2.3 O princípio da legalidade e a inderrogabilidade das normas aplicáveis..... 151
3. A experiência portuguesa no procedimento tributário arbitral.. 153
4. Conclusão..... 157
5. Referências..... 158

GESTÃO DE CONFLITOS MULTITUDINÁRIOS E O CASO BRUMADINHO

Leandro Coelho de Carvalho

Resumo 162
1. Metodologia e contexto. 162
2. Sobre litigantes habituais e eventuais 164
3. Gestão processual de conflitos multitudinários. 171
4. Métodos (adequados) para solução dos conflitos em brumadinho.182
5. Considerações finais 189
6. Referências..... 192

GERENCIAMENTO PROCESSUAL: a gestão de unidades judiciárias e o caminho da efetividade

Luís Emílio Pinheiro Naves

Resumo 199
1. Introdução..... 200
2. Contextualização da administração judiciária brasileira 203
3. Perspectivas para o gerenciamento de processos..... 206
4. A Jurisdição entendida como serviço público 211
5. A divisão dos papéis de gestão nas unidades judiciárias 212
6. Conclusões 215
7. Referências..... 216

AUTOGESTÃO NORMATIVA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO: limites e possibilidades da contratualização do sentido do direito por meio de "acordos de direito aplicável".

Pedro Augusto Silveira Freitas

Resumo 221
1. Introdução.....222
2. PREMISSAS TEÓRICAS FUNDAMENTAIS PARA COMPREENSÃO DA TEMÁTICA: a inserção da consensualidade, da autonomia negocial e da cooperação no direito processual civil 223
3. GESTÃO PROCESSUAL: instrumento idôneo à eficiência e ao compartilhamento dos serviços jurisdicionais 228
4. AUTOGESTÃO NORMATIVA NO PROCESSO CIVIL: primeiras considerações 234
5 AUTOGESTÃO NORMATIVA E CONTRATUALIZAÇÃO DO SENTIDO DO DIREITO: análise em perspectiva comparada e brasileira quanto aos "acordos de direito aplicável".....238
6. O SENTIDO DO DIREITO COMO OBJETO DE CONTRATUALIZAÇÃO: é possível negociar e gerenciar o conteúdo dos textos normativos?249

7. LIMITES E POSSIBILIDADES DE CONTRATUALIZAÇÃO DO SENTIDO DO DIREITO: análise crítico-dogmática a partir do disposto no §2º do artigo 357 do CPC/15 257
8. Conclusão 264
9. Referências 269

SEGUNDA PARTE
— Estudos comparados sobre Gestão Processual —

A REFORMA DO PROCESSO CIVIL FRANCÊS DE 2019: análise das mudanças da Lei francesa nº 222/2019 e do Decreto nº 1.333/19 no direito processual civil francês.

Alexandre Rodrigues de Sousa

Resumo 278
1. Introdução: o contexto pré-reforma no direito processual civil francês 279
2. Principais modificações no direito processual civil francês pela Lei nº 222/2019: um gerenciamento fora do processo 281
2.1 Reorganização Judiciária 281
2.2 Publicidade dos atos decisórios: o polêmico artigo 33 da Lei nº 222/2019 287
2.3 Incentivos à modernização 293
3. Principais modificações pelo DECRETO 1.333/19: aprimoramentos da gestão dentro do processo 299
3.1 Fortalecimento dos meios consensuais de resolução de conflitos . 300
3.2 Fortalecimento do juge de la mise em état 303
3.3 Princípio da execução provisória 309
4. Síntese conclusiva: o que podemos aprender com a recente reforma no direito francês? 312
5. Referências 314

A REAÇÃO AO INADIMPLEMENTO DOS NEGÓCIOS PROCESSUAIS: As propostas atuais da literatura jurídica portuguesa e brasileira

Carolina Paim Silva

Resumo 317
1. Introdução..... 318
2. TEORIA GERAL DAS PERTURBAÇÕES NA EXECUÇÃO DAS OBRIGAÇÕES: a reação ao inadimplemento no Direito brasileiro e no Direito português..... 319
3. AS PERTURBAÇÕES NO CUMPRIMENTO DOS NEGÓCIOS PROCESSUAIS E A REAÇÃO AO INCUMPRIMENTO PARA A LITERATURA PORTUGUESA: a proposta apresentada por Paula Costa e Silva 326
4. As perturbações no adimplemento dos negócios processuais e a reação ao inadimplemento para a literatura brasileira 332
5. Considerações finais 338
6. Referências..... 340

DA GESTÃO JUDICIÁRIA À GESTÃO PROCESSUAL: alguns apontamentos sobre os métodos consensuais de solução dos conflitos no Brasil e no Uruguai

Clarice Souza Zaidan

Resumo 343
1. Introdução..... 344
2. Os métodos consensuais de resolução de conflitos analisados à luz da gestão judiciária 345
3. Alguns aspectos da gestão processual 350
4. Os métodos consensuais de solução de conflitos enquanto uma das facetas da gestão processual. 357
5. Os métodos consensuais de solução de conflitos à luz da legislação processual uruguaia 361
6. Conclusão..... 363
7. Referências..... 364

PROTOCOLOS DE PROCEDIMENTO E DE GESTÃO JUDICIÁRIA: análise comparada entre as práticas francesas, italianas e brasileiras

Gabriela Coelho Torres

Resumo 367
1. Introdução..... 368
2. Os contrat de procédure franceses 373
3. Os protocolli di procedura italianos..... 378
4. APLICAÇÃO NO BRASIL: Atual panorama e potencialidades futuras... 381
5. CONCLUSÃO: Pela expansão, no Brasil, dos protocolos de procedimento e gestão judiciária compartilhada. 389
6. Referências..... 391

GERENCIAMENTO PROCESSUAL E ADAPTAÇÃO DO PROCEDIMENTO PELO JUIZ: análise dos modelos brasileiro e português

Giovani Pontes Teodoro

Resumo 396
1. Introdução 397
2. Apontamentos sobre gestão e gerenciamento processual..... 399
3. Adequação processual e adaptação do procedimento 402
4. O tratamento normativo e doutrinário da gestão e adaptação em Portugal e no Brasil..... 407
4.1. Direito Português 407
4.2. Direito brasileiro..... 414
5. Considerações finais 418
6. Referências..... 419

GESTÃO PROCESSUAL NA SEGUNDA INSTÂNCIA: os mecanismos de gestão no Brasil e em Portugal aplicáveis à fase recursal

Henrique de Souza Mota

Resumo 424
1. Introdução..... 425
2. O contexto de ineficiência do poder judiciário 426
3. A gestão processual - o novo enfoque de atuação jurisdicional - .. 430
4. O dever de gestão 438
5. Os mecanismos de gestão processual na segunda instância 441
6. Conclusão..... 449
7. Referências..... 451

ARBITRABILIDADE OBJETIVA: perspectivas do Direito Brasileiro e Português

Marina Leal Galvão Maia

Resumo 459
1. Introdução..... 459
2. PANORAMA ATUAL DA ARBITRAGEM NO DIREITO BRASILEIRO: visão sobre a prática da arbitragem..... 462
3. ARBITRAGEM EM PORTUGAL: a arbitrabilidade objetiva no Direito Português..... 467
4. ARBITRABILIDADE OBJETIVA NO DIREITO BRASILEIRO: o que é ... 475
5. ARBITRABILIDADE OBJETIVA NO DIREITO BRASILEIRO: o que poderia ser..... 481
6. Conclusão..... 484
7. Referências..... 484

O FRACIONAMENTO DE DEMANDAS E A EFICÁCIA PRECLUSIVA DA COISA JULGADA: a solução do Direito espanhol é aplicável no Brasil?

Thaís Maia Silva

Resumo 492
1. Introdução 493
2. O fracionamento de demandas 495
3. Relação jurídica material e relação jurídica processual: a instrumentalidade do processo 497
4. O fracionamento de demandas no ordenamento jurídico espanhol: críticas doutrinárias à modificação da legislação espanhola 499
4.1. Rompimento com a tradição romano-germânica e ausência de previsão afim em países de tradição jurídica semelhante à espanhola 500
4.2 Violação ao princípio dispositivo 503
4.3 Violação ao direito de ação e ao acesso à justiça 505
4.4 Ausência de explicação lógica e racional para a mudança ... 507
5. Breve análise de julgados espanhois posteriores à modificação legislativa 508
6. Os limites da eficácia preclusiva da coisa julgada na concepção tradicional da doutrina brasileira 508
7. A solução espanhola é aplicável no Brasil? 508
8. NOTAS CONCLUSIVAS 508
9. Referências 508

PRIMEIRA PARTE — Desafios da Gestão Processual no Brasil

LITIGIOSIDADE E EFICIÊNCIA JUDICIAL
JUDICIAL EFFICIENCY IN MEGA-LITIGATION

Bruno de Mendonça Pereira Cunha.
Mestre em Direito Tributário pela Universidade Federal de Minas Gerais. Doutorando em Direito Processual Civil também pela UFMG. Advogado. bruno@sadadvogados.com.br

RESUMO

O artigo investiga a crise institucional, estrutural e procedimental vivenciada pelo Poder Judiciário nas sociedades hipercomplexas contemporâneas em decorrência da litigância repetitiva e, a partir de referenciais empíricos e dogmáticos, analisa o conceito de governança judicial, os reflexos sistêmicos da ineficiência do Poder Judiciário sobre os demais sistemas sociais e a necessária reestruturação das políticas públicas para a justiça brasileira.

Palavras-chave: Litigiosidade de alta intensidade. Eficiência judicial. Governança.

Sumário: 1. Introdução. 2. A explosão da litigiosidade nas sociedades contemporâneas. 3. Eficiência judicial. 3.1. Governança judicial. 3.2. Impactos da ineficiência dos órgãos jurisdicionais. 3.3. A restruturação das políticas públicas para a justiça brasileira. 4. Conclusões. 5. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

A extensa estrutura normativa da Constituição Federal de 1988 deflagrou o processo de mudança do perfil institucional do Judiciário brasileiro (SADEK, 2004, p. 82), reorganizando e ampliando seu âmbito de intervenção. A expansão da autonomia e da competência dos órgãos

judiciais, todavia, não foi suficiente para adequadamente atender à nova demanda por justiça da sociedade civil, mais consciente de seus direitos (BARROSO, 2009, p. 75).

O desempenho do Poder Judiciário brasileiro é reputado insatisfatório pela opinião pública[1] – ressalvando-se, nesse ponto, que a avaliação negativa da administração da Justiça pelos jurisdicionados é fenômeno mundial, percebido também nas nações desenvolvidas[2] – e pelos próprios magistrados[3], com reflexos no prestígio do sistema judicial perante a sociedade civil e observadores internacionais[4]. Randômico, lento e oneroso, o aparelho judiciário integra há décadas a agenda de reformas do país, uma vez que previsibilidade e eficiência judicial – entendidas como estabilidade decisória e efetividade na aplicação da lei – são vetores decisivos de promoção da segurança jurídica, influindo no desenvolvimento social e econômico da nação[5].

1 O "Estudo da Imagem do Judiciário Brasileiro" divulgado pela Associação dos Magistrados Brasileiros e pela Fundação Getúlio Vargas em dezembro de 2019 é eloquente: 64% dos entrevistados reputam que "a Justiça é muito lenta e burocrática" (p. 53); para apenas 21% a "atuação do Poder Judiciário, representado por Ministros dos Tribunais Superiores, Desembargadores e Juízes" é "ótima ou boa" (p. 14), ao passo que somente 52% da amostra "tem confiança no Judiciário" (p. 8). Esse padrão de avaliação acentuadamente negativa da jurisdição se repete nas investigações realizadas por outras instituições (IDESP, FGV e CNJ).

2 FIX-FIERRO, 2003, p. 3/4. Em 2018 a Comissão Europeia para a Eficiência da Justiça acentuou que o ponto focal das ações de qualificação e fortalecimento dos sistemas judiciais reside na sua comunicação com os usuários: a satisfação dos litigantes e a construção da legitimidade social do Poder Judiciário perpassam pela disponibilização de informações sobre os procedimentos; previsões de custo/tempo, bem como o esclarecimento, em bases acessíveis, das engrenagens de funcionamento do aparato judicial. A CEPEJ encoraja o uso das novas ferramentas tecnológicas como meio de fornecimento de informações relevantes, precisas e atualizadas sobre a natureza e a duração dos processos judiciais, bem como a realização constante de pesquisas de satisfação (p. 223/224).

3 O abrangente estudo "Magistrados: uma imagem em movimento" – também realizado pela Associação dos Magistrados Brasileiros e pela Fundação Getúlio Vargas - concluiu que "no que diz respeito à agilidade, os juízes entrevistados têm uma percepção pouco corporativa e bastante crítica do Judiciário. O Judiciário brasileiro, como um todo, merece "muito bom" e "bom" de apenas 9,9% dos magistrados. No extremo oposto, quase a metade – 49,8% – avalia a instituição, quanto à agilidade, como "ruim" e "muito ruim" (SADEK, 2006, p. 31).

4 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2005 e BANCO MUNDIAL, 1997.

5 Em resumo, a ausência de segurança jurídica repercute sobre o sistema de preços, desestimula os investimentos, obsta o aproveitamento do capital disponível no

O acirramento da litigiosidade fomentada pela maior complexidade social transpôs a problemática da massificação para a seara judicial, tendo a ciência jurídica nacional se deparado, na última década, com sucessivas medidas legislativas de racionalização operacional do Poder Judiciário – notadamente dos Tribunais Superiores – em resposta à "crise da jurisdição", cada vez mais visível para a coletividade. Diante da multiplicação do acervo processual em todas as instâncias, a celeridade no processamento e a uniformidade na decisão das demandas se tornaram as grandes metas a serem alcançadas pelo Estado na distribuição da justiça[6].

Contudo, a introdução de padrões de eficiência no sistema judicial não é tarefa fácil: no clássico estudo "Direito: a ciência da ineficiência" (1952), WILLIAM SEAGLE assinala que a ineficiência cumpre função social relevante ao compatibilizar as múltiplas e contraditórias finalidades da lei. O Direito deve promover estabilidade, mas não é imutável; as normas devem assegurar a liberdade dos indivíduos, mas simultaneamente submetem os cidadãos à autoridade estatal. A noção de eficiência na aplicação da legislação é artificial (as normas jurídicas não incidem em todas as hipóteses ocorridas no mundo dos fatos e, consequentemente, nem toda sanção é concretizada) e os juristas – em particular, os juízes – resistem à eficiência (p. 02), pois em meio a tantos conceitos abstratos, há espaço confortável para manobra em qualquer direção: "a lei pode ser comparada a uma máquina concebida para se dirigir a todas as direções ao mesmo tempo" (p. 04), o que torna o processo judicial "a mais arriscada das empreitadas humanas" (p. 42). Seja no Direito Privado, seja no Direito Público, "a lei abunda em incerteza" (p. 42)[7].

---

mercado, limita a atividade financeira e interfere na política econômica (CUNHA, 2008, p. 135). No mesmo sentido, PINHEIRO, 2006; BANCO MUNDIAL, 2005; SANTISO, 2003. O impacto mais evidente da ineficiência judicial se dá na elevação das taxas de juros (FACHADA AT AL, 2003, p. 08). O tema é retomado adiante.

6 Dentre essas iniciativas se destacam a Lei 11.418/2006 (repercussão geral do recurso extraordinário), a Lei 11.277/2006 (julgamento liminar de demandas repetitivas) e a Lei 11.672/2008 (recursos repetitivos no STJ).

7 SEAGLE afirma que a ineficiência crônica do Direito é agravada pelo direito jurisprudencial: a doutrina do *stare decisis* alimenta discussões intermináveis a

Segundo o jurista norte-americano, demora excessiva, custos elevados e insegurança são fenômenos eternos e universais da administração do Poder Judiciário (p. 03), decorrentes, em verdade, das próprias características do Direito[8]: a gestão dos Tribunais é acriticamente guiada pela "lei", não pelo planejamento estratégico ou pela ciência (p. 05).

Naturalmente, expressiva parcela das críticas de W. SEAGLE perdeu a atualidade após o extraordinário desenvolvimento da segurança jurídica – é cada vez maior o coeficiente de estabilidade, confiabilidade e previsibilidade do Direito, como explica MISABEL DERZI (2009, p. 377) – e as reformas implementadas no sistema norte-americano nas últimas décadas, respaldadas por levantamentos gerenciais e econômicos específicos[9]. Mediante a associação de medidas legislativo-processuais e administrativas, a inovadora técnica de gerenciamento de processos dos países do *Common Law* incrementou a sensivelmente produtividade dos juízes dos Estados Unidos e da Inglaterra, porém apresenta desafios[10] não inteiramente solucionados.

---

respeito de variáveis e exceções às regras judiciais. Os precedentes aumentarem em número e complexidade, sem o desejável aperfeiçoamento funcional do sistema (p. 42).

8 "A mais impressionante característica do direito nas sociedades democráticas tem sido sua ineficiência. Essa afirmação não deve ser entendida meramente no sentido de que o direito de tais sociedades representa um sistema que é concebido para funcionar eficientemente, mas que infelizmente é desmantelado na prática como resultado da inépcia de juízes, advogados e agentes administrativos. Pela sua própria natureza, o direito é condenado a ser ineficiente; seu maquinário básico produz ineficiência; particularmente em sociedades democráticas ele é, com frequência, construído ou mantido ineficiente após meticulosa deliberação. O direito pode ser descrito, pois, como a ciência da ineficiência" (SEAGLE, 1952, p. 01).

9 O sistema federal judicial norte-americano é gerido pelo "*Administrative Office of The United States Courts*", entidade criada no final da década de 1940 que fornece suporte administrativo, financeiro, gerencial e informação tecnológica para os Tribunais Federais. Além de centralizar o diálogo institucional entre o Judiciário federal e os Poderes Executivo e Legislativo, o "AO" implementa políticas judiciárias e estabelece metas de desempenho. Seu quadro funcional conta atualmente com mais de 32.000 (trinta e dois mil) empregados – dentre advogados, administradores públicos, contadores, engenheiros, arquitetos, contadores, programadores de sistema e estatísticos – tendo representação em mais de 800 (oitocentas) localidades norte americanas. Vários Estados criaram órgãos dessa natureza, dotados de competências similares.

10 FIX-FIERRO, 2003, p. 192.

No Brasil, o cenário é crítico: as várias modificações da lei processual atenuaram a sobrecarga do Supremo Tribunal Federal[11], mas as instâncias inferiores ainda enfrentam taxas de congestionamento[12] absurdamente altas e incontroláveis. A mais recente apuração do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) indica que "o Poder Judiciário finalizou o ano de 2019 com 77,1 milhões de processos em tramitação, que aguardavam alguma solução definitiva. Desses, 14,2 milhões, ou seja, 18,5%, estavam suspensos, sobrestados ou em arquivo provisório, e espera-vam alguma situação jurídica futura. Dessa forma, desconsiderados tais processos, tem-se que, em andamento, ao final do ano de 2019 existiam 62,9 milhões de ações" (2020, p. 93).

Esses dados, entretanto, devem ser lidos com extrema cautela: em um país no qual o Poder Público e instituições financeiras de grande porte se sobressaem como os maiores litigantes[13], os números parecem não traduzir a real ampliação do acesso da população ao Poder Judiciário, e sim revelar a intensa utilização estratégica e especulativa do aparato judicial pelos *"repeat players"*, conceituados na vetusta monografia de MARC GALANTER como aqueles que "já tiveram e conseguem antecipar sua participação em litigância de massa, que não sofrem significativas perdas com o desfecho desfavorável das demandas em que se veem envolvidos e que possuem recursos para perseguir seus interesses a longo prazo" (1974, p. 4). O protagonismo da União, Estados e Municípios nas listagens dos grandes demandantes deixa clara a representatividade dos processos repetitivos nas estatísticas (CUNHA E GABBAY, 2012, p. 25) e põe em realce as históricas deficiências

11 Em 02 de junho de 2017 a Assessoria de Comunicação do Supremo Tribunal Federal anunciou que "uma série de alterações em regras processuais e procedimentos internos permitiram ao STF reduzir seu acervo processual em mais de dois terços nos últimos dez anos. O Tribunal tinha em 2006 mais de 150 mil processos em estoque, e finalizou o mês de maio de 2017 com um número inferior a 50 mil".

12 A taxa de congestionamento afere a eficiência do juízo/tribunal no período anual, considerando o total de novos casos, os feitos sentenciados e o estoque pendente ao final do período.

13 A União ocupou o primeiro lugar do ranking do mais completo estudo sobre o tema no Brasil – "100 maiores litigantes" brasileiros (CNJ, 2012, p. 8) – seguida pelos bancos (2º), Municípios (3º) e Estados (4º).

das instâncias administrativas, geradoras de pretensões isomórficas que causam morosidade na jurisdição (MANCUSO, 2014, p. 44).

Nesse contexto, a análise abrangente da eficiência do Poder Judiciário deve levar em consideração todos os aspectos que o acesso à Justiça envolve, não se resumindo à mera análise estática e teórica da interpretação/aplicação da lei processual, porquanto tais construções, em sua realidade abstrata, são incapazes de dimensionar o desempenho efetivo da Justiça e tampouco de solucionar a crise da jurisdição (THEODORO JÚNIOR, 2007, p. 213; BARBOSA MOREIRA, 2000, p. 30 e MANCUSO, 2014, p. 48)[14]. "A trama da vida dos homens", ensina VOVELLE, "é que dá surgimento às revoluções" (2012, p. 2): em suas causas remotas ou imediatas, as respostas legislativas ao progressivo aumento de demandas repetitivas evidenciam a autêntica ruína do modelo processual individual estabelecido há várias décadas e a afirmação de um novo sistema de valores e de expansão de expectativas sociais.

A "crise do Judiciário" gerada pelo esgotamento das soluções processuais tradicionais consubstancia, entre nós, a "comoção existencial" vislumbrada por ARTHUR KAUFMANN – "a tomada de consciência das situações limites, a experiência do inevitável fracasso do nosso direito terrestre e da sua questionabilidade última" (2002, p. 41) – e nos oportuniza uma reflexão orientada pela experiência da realidade[15] que amplia nossas descobertas e abre novos territórios, oferecendo quadro altamente privilegiado de estudo acerca dos novos métodos de organização e gerenciamento de processos contempladas

14 Por todas, tome-se as considerações de JOAQUIM FALCÃO sobre o isolacionismo dos processualistas: "os estudos referentes aos projetos de lei que alteraram nos últimos anos o direito processual brasileiro (...) raramente incluem qualquer justificativa com base em análise econômica ou administrativa. Parcela significativa do pensamento jurídico-processual brasileiro teve até agora um desprezo olímpico em relação ao impacto das normas processuais nos orçamentos dos tribunais, no custo das ações para a população e na lentidão do processo decisório" (2006, p. 119).

15 Na reflexão de H. ARENDT, "uma crise nos obriga a voltar às questões mesmas e exige respostas novas ou velhas, mas, de qualquer modo, julgamentos diretos. Uma crise só se torna um desastre quando respondemos a ela com juízos pré-formados, isto é, com preconceitos. Uma atitude dessas não apenas aguça a crise como nos priva da experiência da realidade e da oportunidade por ela proporcionada à reflexão" (2005, p. 223).

no CPC/2015, além de alternativas pré-processuais de resolução de conflitos, que evitam a jurisdicionalização das controvérsias.

A eficiência judicial suscita, portanto, desafio que requer elementos quantitativos e qualitativos sólidos para sua compreensão, amplos o suficiente para abranger o funcionamento global do sistema de Justiça e os impactos sistêmicos da prestação jurisdicional. Às clássicas formulações estritamente dogmáticas a respeito da tarefa institucional do Poder Judiciário e das normas processuais é necessário agregar o estudo dos fatores éticos, econômicos e políticos que contribuem para a formatação do direito processual positivo, para o "demandismo" e para a ineficiência dos juízos e Tribunais, de graves consequências para a sociedade brasileira.

A configuração metodológica ora proposta, em verdade, busca adicionar referenciais empíricos à perspectiva argumentativa tradicional da ciência jurídica, promovendo a necessária aproximação entre a doutrina e os recentes elementos estatísticos/econômicos que possibilitam um diagnóstico profundo e preciso da efetiva situação do acesso à Justiça no país e, sobretudo, a compreensão do relevante papel da eficiência judicial para a promoção do desenvolvimento social. Essa diversidade almeja uma maior precisão epistemológica, a ampliação da estrutura analítica do pensamento jurídico, a diminuição do risco de interpretações equivocadas e a legitimação do debate perante variados espectadores sociais, colaborando para a discussão pública das questões suscitadas (VERMEULE, 2009, p. 64/67).

Evidentemente, não se propõe que o Direito Processual abdique de sua autonomia didática: trata-se, tão-somente, do reconhecimento de que – como bem observa KONRAD HESSE (1991, p. 26) – as disciplinas jurídicas não são meramente normativas e tampouco consistem em meras ciências da realidade, vale dizer, sua análise é condicionada "tanto pela grande dependência que o seu objeto apresenta em relação à realidade político-social, quanto pela falta de uma garantia externa para a observância das normas".

A realidade atua como forte fator condicionante da normatividade nas sociedades contemporâneas hipercomplexas, que não deve ser

jamais desprezado pelo estudioso do Direito: pelo contrário, para que as preposições doutrinárias preservem sua consistência e autoridade social, o ex-Presidente do Tribunal Constitucional Federal alemão afirma que a ciência jurídica não deve contentar-se com uma complementação superficial do pensamento jurídico "através da adoção de uma perspectiva histórica, social, econômica ou de outra índole. Devem ser examinados todos os elementos necessários atinentes às situações e forças, cuja atuação afigura-se determinante ao funcionamento da vida do Estado. Por isso, o Direito depende das ciências da realidade mais próximas, como a História, a Sociologia e a Economia" (p. 26).

CRISTIANO CARVALHO[16] sustenta a integração entre a realidade fática e o exame positivo do Direito na ciência jurídica brasileira, argumentando que a cisão positivista entre os sentidos jurídico (H. KELSEN) e sociológico (WEBER) da norma obsta o progresso do Direito demandado pela atualidade[17]: "não se pode mais limitar a doutrina jurídica, incluindo a tributária, à mera sistematização de dispositivos normativos, sem sair do mundo dos textos legais. É mister que o jurista vá a realidade e observe o que acontece" (2011, p. 16).

Em que pese alguns excessos e pontuais equívocos conceituais, CARVALHO presta relevante contribuição ao reforçar a necessidade de a dogmática ampliar sua interação com a realidade e outros campos do conhecimento. De fato, é imprescindível evitar o radicalismo que limita a "doutrina jurídica" e os "dados empíricos" a perspectivas absolutamente isoladas: se, por um lado, a influência das ciências empíricas no pensamento jurídico[18] expande os limites do saber deontológico, por outro não se pode negar que a positividade é o

16 Livre Docente em Direito (USP) e Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Berkeley (EUA).

17 2011, p. 7.

18 Após noticiar a "invasão sem precedentes dos tradicionais domínios do Direito por sociólogos, antropólogos, economistas, cientistas políticos e psicólogos, dentre outros", CAPPELLETTI e GARTH concluem que "não de-vemos, no entanto, resistir a nossos invasores; ao contrário, devemos respeitar seus enfoques", pois os "críticos oriundos de outras ciências sociais, podem, na realidade, ser nossos aliados na atual fase de uma longa batalha histórica – a luta pela Justiça" (2002, p. 7/8).

pressuposto elementar, o marco lógico-estrutural da epistemologia jurídica, em quaisquer de suas variáveis.

Fixados esses parâmetros, o presente artigo busca, em síntese, conjugar subsídios empíricos consistentes (estatística e estudos econômicos realizados por instituições brasileiras e internacionais) e análise teórica adequada, propondo, ao final, uma abordagem cognitiva da gestão e dos resultados das políticas públicas brasileiras para a Justiça.

2. A EXPLOSÃO DA LITIGIOSIDADE NAS SOCIEDADES CONTEMPORÂNEAS

A crise numérica da jurisdição é autêntico fenômeno universal, sentido em vários sistemas judiciais continentais: como visto, aproximadamente 77.100.000 de feitos aguardam solução definitiva no Brasil; em 2014 a Comissão Europeia para a Eficiência da Justiça (CEPEJ) divulgou que França, Itália, Espanha e Portugal possuíam, respectivamente, nada menos que 1.876.557[19], 5.523.810[20], 4.000.949[21] e 525.899[22] de ações cíveis[23] em trâmite.

A estrutura do aparato judicial e seus custos também são impactantes[24]:

a) em 2019, o Judiciário brasileiro era integrado por 18.091 magistrados, 276.331 servidores e 159.876 auxiliares: o total de gastos com os tribunais corresponde aproximadamente a R$ 100,2 bilhões, despesa equivalente a 1,3% do PIB nacional. 90,6% da despesa total (vale dizer, R$ 90,8 bilhões) são constituídos por "recursos humanos";

19 O estudo da CEPEJ incluiu os procedimentos submetidos à jurisdição administrativa francesa (2013, p. 197/199).

20 CEPEJ, 2014, p. 301/303.

21 Idem, p. 540/542.

22 Idem, p. 452/454.

23 A expressão "processos cíveis" abrange toda e qualquer demanda de natureza não-penal.

24 Nos itens que se seguem são considerados os dados publicados pelo Conselho Nacional de Justiça (2020) e pela Comissão Europeia para a Eficiência da Justiça (2018).

b) a Alemanha conta com 19.867 "juízes profissionais" (24 a cada 100.000 habitantes) e 91.717 juízes leigos: o orçamento total dos tribunais alcançou € 10.015.509.328,00 em 2018;

c) a justiça francesa possui por 6.995 magistrados (10 a cada 100.000 habitantes) e 24.925 juízes leigos. O orçamento alocou € 3.238.063.225,00 em 2018 ao Judiciário (0,20% do PIB), dos quais 61,10% (€ 1.978.456.630,475) custearam despesas com pessoal;

d) na Itália, há 6.395 juízes togados (proporção aproximada de 11 a cada 100.000 cidadãos) e 3.522 juízes leigos. Em 2018, o Judiciário custou € 2.971.094.830,00 (0,27% do PIB) aos cofres públicos, sendo € 2.210.494.553,52 utilizados para o pagamento de pessoal (74,4%);

e) a remuneração dos 1.986 magistrados portugueses (19 a cada grupo de 100.000 habitantes) e seus auxiliares totalizou, em 2018, € 379.942.903,96, correspondentes a 86,15% do orçamento judicial luso (€ 441.024.845,00 – 0,32% do PIB).

É certo que, conforme alerta RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, a análise comparativa entre os sistemas judiciários de países diversos requer grande cautela e não se resume à contraposição simplista de números e índices aritméticos de desempenho. De acordo com o Professor de Direito Processual da Universidade de São Paulo, "o Direito é um produto cultural" cuja realização "na práxis judiciária é condicionada por muitos fatores que singularizam cada país", tais como a "densidade populacional, a oferta maior ou menor de meios alternativos ou de equivalentes jurisdicionais", além do "custo/duração dos processos, a facilitação do acesso à Justiça, a credibilidade social do Judiciário, a tendência da população à resolução consensual ou, então, judiciarista das controvérsias" (2014, p. 449).

Essa importante advertência, todavia, não invalida a constatação objetiva de que nos sistemas de tradição romano-germânica contemporâneos o exercício jurisdicional pressupõe contingentes expressivos de casos à espera de julgamento e amplas despesas com a manutenção da estrutura judiciária, tendência percebida também nos países do *Common Law*.

Em 2019, o Poder Judiciário federal norte-americano consumiu aproximadamente 7,25 bilhões de dólares[25] (0,16% do orçamento da Federação[26]), dos quais 71% foram dirigidos para a folha de pagamento, sendo o restante dividido entre despesas operacionais diversas (aluguel de imóveis, informatização, aperfeiçoamento funcional, suprimentos, segurança, pagamento de advogados dativos e jurados)[27]. O fenômeno se repete na Inglaterra/País de Gales: em 2018 foram ajuizadas 2,07 milhões de demandas cíveis, a serem julgadas por órgãos que dispenderam £ 1.697.000.000,00 (65,7% custeiam os vencimentos de magistrados e auxiliares)[28].

As generosas dotações orçamentárias do Poder Judiciário, todavia, não são suficientes para solucionar a sua contraditória situação nas sociedades hipercomplexas da atualidade: o mesmo Estado que promove a ampliação do acesso à Justiça não reúne recursos financeiros e humanos para suportá-lo adequadamente, sob o ângulo quantitativo ou qualitativo. Inicialmente recebido como efeito positivo da consolidação do direito fundamental de reivindicação de direitos no Judiciário, o aumento do volume de demandas desencadeou efeitos desastrosos (em termos de gastos e, sobretudo, atrasos) não apenas sobre sistemas historicamente carentes de infraestrutura e sobrecarregados após recentes processos de redemocratização política – como, por exemplo, os latino-americanos – mas também sobre países economicamente desenvolvidos.

Espanha, França, Alemanha, Portugal e Bélgica registraram sistemáticos acréscimos nos índices de litigiosidade nas últimas décadas, com impactos significativos nos custos e na demora da prestação jurisdicional[29]. No Japão, a lentidão dos órgãos judiciais justificou a criação do Conselho de Reforma Judicial, responsável pela implementação de várias mudanças na legislação processual tendentes a agilizar a resolução das demandas (TANIGUSHI, 1997, p. 769). Não

25 FEDERAL BAR ASSOCIATION, 2020.

26 ADMINISTRATIVE OFFICE OF THE US COURTS, 2020.

27 Idem, p. 43.

28 HM COURTS & TRIBUNALS SERVICE, 2019.

29 FIX-FIERRO, 2003, p. 11.

obstante, o andamento dos feitos permaneceu vagaroso em todos os níveis, em particular de casos que envolvem produção probatória em juízo (NOTTAGE, 2005, p. 81/83).

O difundido "mito do padrão inigualável de eficiência anglo-saxônica" (BARBOSA MOREIRA, 2004, p. 03) ruiu em 1995, por ocasião da publicação do relatório coordenado pelo então Chefe do Judiciário britânico, LORD WOOLF, acerca da situação do acesso à Justiça na Inglaterra. Após amplo levantamento empírico, concluiu-se que os custos envolvidos na decisão das lides muitas vezes superavam os valores em litígio; as partes esperavam por longos períodos até obterem sentenças efetivamente exequíveis; as falhas do sistema acentuavam as desigualdades entre os litigantes e o "cipoal" normativo afetava o exercício do contraditório.

O Judiciário norte-americano foi duramente criticado[30] por seu fraco desempenho em face do aumento no número de causas perante os tribunais federais nos últimos 30 (trinta) anos, crescimento, de resto, motivado por fatores transitórios – como o recrudescimento da "guerra" ao tráfico de entorpecentes na década de 1980 – e por mudanças estáveis nos padrões de litigiosidade, ocasionadas pelo envolvimento das Cortes nas políticas públicas[31].

No Brasil, um Poder Judiciário considerado inoperante desde o período colonial assistiu, no período pós-1988, à ampliação desproporcional das ações em relação ao crescimento populacional, em todos os ramos da jurisdição: nos 10 (dez) anos que se seguiram à promulgação da CF/88 o acervo processual da Justiça Estadual dobrou; da Justiça Federal triplicou e o volume total de reclamações trabalhistas foi multiplicado por seis (FIX-FIERRO, 2003, p. 12). Na lúcida análise de SEPÚLVEDA PERTENCE (1997, p. 13), a aposta da nova Constituição na solução judicial dos conflitos gerou a "previsível frustração da esperança despertada por essa abertura da jurisdição à sociedade, uma abertura formal, com amplas avenidas que tinham por

30 "Argumenta-se que o Judiciário não desfrutava de credibilidade como instituição pública governamental e que sua ineficiência influi negativamente na competitividade internacional do país" (ALVES DA SILVA, 2010, p. 38).

31 FIX-FIERRO, 2003, p. 10.

destino uma máquina cansada, pobre, viciada, envelhecida", levando à "confluência de crises da qual sofre o Judiciário".

Atualmente, nem mesmo a escala industrial de produtividade dos juízes brasileiros e os crescentes investimentos em infraestrutura – em especial, tecnologia da informação – é suficiente para a liquidação dos processos pendentes. A edição de 2020 do relatório Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça "destaca a diferença entre o volume de processos pendentes e o volume que ingressa a cada ano. Na Justiça Estadual, o estoque equivale a 3 vezes a demanda e na Justiça Federal, a 2 vezes. Nos demais segmentos, os processos pendentes são mais próximos do volume ingressado. Em 2019, seguiram a razão de 1,3 pendente por caso novo na Justiça do Trabalho e a 0,9 pendente por caso novo nos Tribunais Superiores. (...) Tais diferenças significam que, mesmo que não houvesse ingresso de novas demandas e fosse mantida a produtividade dos magistrados e dos servidores, seriam necessários aproximadamente 2 anos e 2 meses de trabalho para zerar o estoque"[32].

A incapacidade do Judiciário absorver as elevações graduais da demanda se reflete nas pesquisas de opinião, nas quais a população externa seu extremo descontentamento com o panorama atual. No Sistema de Indicadores de Percepção Social da Justiça (SIPS-Justiça), criado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) e divulgado em junho de 2013, os seis quesitos avaliados – rapidez, acesso, custo, justiça das decisões, honestidade dos juízes e imparcialidade – foram classificados entre mal e regular por todos setores sociodemográficos. O mais relevante aspecto desse estudo é a constatação de que a insatisfação não é restrita ao desempenho quantitativo da Justiça, mas também alcança a eficiência qualitativa do Poder Judiciário: "quer pela "nota média" atribuída à justiça pelos respondentes da pesquisa (4,55 numa escala de 0 a 10), quer pela avaliação que estes fazem sobre dimensões específicas da justiça", destaca-se "um juízo mais negativo em relação às dimensões rapidez, imparcialidade e honestidade", sendo "possível verificar que a imagem pública das

32 2020, p. 94.

instituições da justiça é relativamente frágil entre os cidadãos e que a reversão desse quadro exigirá mais que o aumento puro e simples de sua produtividade" (2013, p. 3).

Naturalmente, os dados colhidos entre não-profissionais devem ser interpretados com ressalvas, pois a administração da Justiça apresenta características especiais que destoam dos habituais parâmetros de tais pesquisas: as pessoas nem sempre diferenciam os tribunais de outras instituições governamentais, de modo que o Judiciário é tendencialmente identificado como mais um órgão burocrático, a ser avaliado como mero anexo do Executivo; estatisticamente, apenas pequena parcela da população teve contato efetivo com a Justiça. Os poucos que já tiveram experiências com o aparato judicial estão realmente aptos a avaliá-lo; os demais manifestam apenas "preconceitos sociais" que levam a prováveis contradições e distorções[33].

De todo modo, é inegável que a imagem negativa do Poder Judiciário perante a sociedade repercute na sua legitimidade social e consiste em força propulsora de mudanças, até mesmo porque nas democracias contemporâneas o Legislativo e o Executivo são "movidos" pela opinião pública. Como lembram VERMEULE e A. POSNER (2010, p. 04/05), "política e lei são difíceis de separar" e o ininterrupto cenário de disputa eleitoral dirige a formulação das políticas públicas: os indicadores alarmantes sobre o prestígio judiciário e a crescente intolerância com a demora acarretaram a inédita assinatura – em 13 de abril de 2009, pelos então Presidentes da República, do Senado Federal, do Supremo Tribunal Federal e da Câmara dos Deputados – do "Pacto Republicano de Estado por um sistema de Justiça mais acessível, ágil e efetivo", cujo objetivo expresso era o "aprimoramento da prestação jurisdicional, mormente pela efetividade do princípio constitucional da razoável duração do processo e pela prevenção de conflitos".

33 FIX-FIERRO, 2003, p. 04.

3. EFICIÊNCIA JUDICIAL

O Poder Judiciário é decisivo para a efetividade dos direitos fundamentais e também para a modelagem do ambiente contratual e legislativo no qual os agentes econômicos – informais e formais – travam relações entre si e com o Poder Público. As decisões judiciais afetam a conduta empresarial com relação a investimentos, planejamento tributário, política trabalhista; repercutem nas relações contratuais e até mesmo na condução das políticas econômicas.

Órgãos judiciais ineficientes alimentam grave instabilidade jurídica, aumentando os riscos dos negócios e afugentando potenciais investidores; a proteção deficiente dos contratantes incrementa os custos das transações comerciais e encarece a cadeia produtiva[34]; a falta de confiança no aparato judiciário cria entraves para novas parcerias comerciais, restringindo o mercado[35]; a insegurança dos credores encarece o crédito e dificulta a obtenção de recursos necessários à expansão dos setores produtivos da sociedade[36].

Em suma, as instituições judiciais interferem no desenvolvimento dos povos ao influenciarem os processos de tomada de decisão dos principais atores econômicos no cenário interno e externo[37], o que implica a irreversível vinculação do progresso das nações capitalistas a rigorosos padrões de eficiência do Poder Judiciário. À busca da justiça material no processo de interpretação/aplicação das normas foram acopladas exigentes metas de desempenho qualitativo e quantitativo, informadas pela necessidade de segurança jurídica.

Há muito a doutrina internacional superou a tradicional (e simplista) identificação da "governança judicial" com "desempenho do sistema judiciário", decompondo o conceito em mais cinco elementos essenciais: (1) independência judicial, (2) "*accountability*", (3) acesso à Justiça, (4) estrutura do Poder Judiciário e (5) recursos

34 GIACOMELLI e MENON, 2012, p. 02.

35 BERKOWITZ ET AL, 2006.

36 QJAN & STRAHAN, 2007.

37 DJANKOV ET AL, 2008.

judiciais estratégicos[38]. Conforme será demonstrado a seguir, o tempo de julgamento, os custos judiciais, a qualidade das sentenças e a própria produtividade das cortes judiciais consistem em projeções específicas desses aspectos, invariavelmente presentes nos levantamentos empíricos mais consistentes sobre o tema.

As dificuldades crônicas não-solucionadas pela administração da Justiça e a crescente importância social do Judiciário demandam a completa reformulação das obsoletas políticas públicas para o sistema judicial nacional, historicamente centradas em uma ilusória ampliação do acesso extraída de uma leitura apressada das estatísticas. É necessário aperfeiçoar a atuação do Poder Judiciário como prestador de serviço público que, como tal, deve desempenhar sua função eficientemente, com transparência e custos razoáveis. De fato, a prática judicial não pode permanecer isolada de ações coordenadas de planejamento, controle administrativo e aprimoramento funcional, analisadas nas linhas que se seguem.

3.1 Governança judicial

A busca pela eficiência ocupa espaço central nos diversos ramos jurídicos e, a bem da verdade, em todos os campos da modernidade. Uma prestação jurisdicional eficiente é aquela traduzida em custos mais baixos para o Estado e a retornos mais expressivos – para o jurisdicionado e, por extensão, para a toda coletividade – em termos de equidade, segurança jurídica e riqueza argumentativa. Previsibilidade, agilidade e confiabilidade sinalizam os novos tempos: sob uma avaliação econômica ou sócio-cultural, o Poder Judiciário deve reunir condições de decidir as demandas em tempo adequado e, além disso, de proferir sentenças dotadas de credibilidade social, sob pena de perder sua legitimidade.

Os primeiros estudos efetivos sobre a eficiência judicial estavam preponderantemente centrados em duas variáveis (burocratização e poderes dos juízes) progressivamente substituídas, nas mais recentes

38 AKUTSU E GUIMARÃES, 2012.

construções doutrinárias e empíricas, pela reunião de infraestrutura, técnicas de gerenciamento e regulamentação procedimental, não se descuidando, por óbvio, da análise dos padrões representativos dos principais atores do sistema jurisdicional.

A experiência pioneira foi o abrangente exame da eficiência judicial ao redor do globo financiado e publicado pelo Banco Mundial em outubro de 2001: em cooperação com a Lex Mundi – associação transnacional de sociedades de advogados espalhadas por mais de cem países – e sob a coordenação dos Professores RAFAEL LA PORTA (Havard), FLORENCIO LOPEZ-DE-SILANES (Yale) e ANDREI SHLEIFER (Havard) o desempenho do sistema jurídico de 109 (cento e nove) nações foi comparado sob o ângulo da duração dos processos e, marginalmente, por aspectos qualitativos precariamente delineados.

A partir de dois casos simples e padronizados que representam situações típicas do cotidiano de qualquer país – cobrança de cheque devolvido e despejo por falta de pagamento de aluguel, nos quais o réu (1) evitou a revelia com a apresentação de defesa meramente formal, desprovida de argumentos sólidos e (2) recusou qualquer possibilidade de conciliação em juízo – foi diagnosticada a celeridade das instâncias inferiores dos diversos ordenamentos nas disputas envolvendo direitos privados e questões contratuais.

Em primeiro lugar, foi fixado o índice específico de medição da envergadura da estrutura legal, denominado RDR (*regulation of dispute resolution* – regulação da resolução de disputas), composto por sete aspectos: a) utilização de juízes profissionais e de advogados em oposição a juízes leigos e auto-representação; b) exigência de formalização de argumentos por escrito em oposição a manifestações orais; c) necessidade de fundamentação das decisões e dos pedidos das partes; d) regulamentação da produção de provas; e) extensão da revisão da decisão de primeira instância por órgãos superiores; f) intervenção obrigatória de agentes estatais durante o processo; g) a quantidade de atos processuais independentes exigidos pela lei.

Constatou-se que países que adotam o modelo processual francês – notabilizado pela exaustiva regulação legal das etapas postulatória,

instrutória e decisória, em razão da influência do Iluminismo e da Revolução Francesa, que preconizavam a rígida separação de poderes e o isolamento dos juízes do processo de criação das leis – atribuem ênfase à justiça procedimental, privilegiando a precisão em detrimento da celeridade. Apesar da regulamentação mais intensa não ser sinônimo de ineficiência qualitativa (pelo contrário, muitas vezes sua adoção é necessária para assegurar metas políticas relevantes como, por exemplo, um processo justo), os sistemas que adotam o modelo *Civil Law* apresentam maior lentidão do que os países do *Common Law*, que deliberadamente prestigiam a simplificação dos atos e a justiça substancial. Do mesmo modo, os países pobres são mais detalhistas no aspecto processual do que os países ricos (provavelmente para proteger a isenção dos aplicadores da lei perante eventuais ameaças políticas e econômicas).

Do ponto de vista formal, a estrutura legal – e não o nível de riqueza dos povos – é determinante do tempo de tramitação dos feitos, aspecto tomado, na ocasião, como fator crucial da eficiência judicial: a expectativa de duração do processo (do ajuizamento até a decisão definitiva) é derivada da extensão dos ritos procedimentais previstos pela lei, não tendo relação estatística significativa com o nível de desenvolvimento econômico do país[39].

Contudo, as variáveis de medição da eficiência substancial do Poder Judiciário são diretamente relacionadas à renda *per capita*, associada a uma melhor estrutura e solidez institucional. Todavia, mantido o nível de renda *per capta* constante é perceptível que também

39 Malaui é um país pobre que adota a *Common Law* e cuja renda per capita é de apenas 180 dólares: o índice RDR é de 3,00 para a ação de despejo (35 dias) e de 2,88 para a execução de cheque (108 dias). Já Moçambique, país subdesenvolvido de sistema processual francês - cuja renda per capita é de 220 dólares - apresenta o índice RDR de 5,49 para o despejo (540 dias) e de 4,25 para a cobrança do cheque (540 dias). Esse padrão se repete na comparação entre países de médio porte como Portugal (*Civil Law*) e Nova Zelândia (*Common Law*) e em nações ricas como Inglaterra (*Common Law*) e Áustria (*Civil Law*). A média mundial para a cobrança de cheque é de 222 dias úteis; na NOVA ZELANDIA a expectativa de duração do processo é de 60 dias, na COLOMBIA de 527 dias e na ITÁLIA 645 dias. A média mundial para a execução da ordem de despejo é 237 dias: nos EUA, a decisão judicial é proferida e cumprida em 49 dias; na ÁUSTRIA, em 547 dias e na BULGÁRIA em 660 dias.

em termos qualitativos a maior regulação do processo civil gera menor eficiência. Constatou-se, ainda, que algumas medidas legislativas clássicas como (1) redução do direito de defesa; (2) imposição de prazos peremptórios para juízes e litigantes; (3) incidência de juros e correção monetária durante a tramitação do feito e (4) regras que atribuem ao perdedor os custos do processo não têm influência na eficiência judicial.

Em suma, verificou-se que (1) a estrutura legal determina a eficiência judicial quantitativa, sendo irrelevante o desenvolvimento econômico das nações: países com maior regulamentação legal apresentam expectativa de alta duração dos processos, independentemente do grau de riqueza; (2) em termos qualitativos a renda *per capta* é relevante; entretanto, entre países que apresentam índices econômicos equivalentes a qualidade do desempenho do Poder Judiciário é superior naqueles em que a regulamentação legal é mais reduzida.

Na última década as premissas da avaliação do sistema judicial romperam com esse paradigma de simples análise aritmética da performance do aparato jurisdicional, incorporando a avaliação dos resultados substanciais da sua atuação (celeridade, coerência e precisão), recursos materiais, legislação, qualificação humana e a aplicação de princípios, propósitos e práticas de boa gestão. A "abertura da instituição para as conquistas da modernidade", nota SADEK, superou obsolescências e imprimiu uma nova identidade ao Poder Judiciário (2004, p. 18), cada vez mais independente e, portanto, menos dependente de formas processuais.

Obviamente, não se tem a pretensão de discutir, aqui, cada uma delas em detalhes, até mesmo porque a excelente compilação de TOMÁS DE AQUINO GUIMARÃES e LUIZ AKUTSU (2012) oferece um rico resumo[40] do panorama internacional sobre o tema. No que

40 "Para a identificação do estado da arte sobre o tema "governança judicial", foi realizada uma busca nas seguintes bases de dados: Academic Search Premier; Cambridge Journals Online; Emerald Fulltext; JSTOR Arts & Sciences I Collection; OECD iLibrary; Oxford Journals; Project Muse; SAGE Journals Online; ScienceDirect (Elsevier); SpringerLink (MetaPress); Wiley Online Library e Scielo. (...) Foram selecionados 23 artigos empíricos, sendo quatro publicados em periódicos brasileiros e 19 em periódicos estrangeiros."

nos interessa, é importante constatar que a transição da noção de "governabilidade" judicial para "governança" traduz, mais do que um mero modismo de linguagem, que as reformas judiciais recentes trouxeram à tona modificações efetivas e duradouras no desempenho dos sistemas jurisdicionais e também nos seus critérios de avaliação: "enquanto a primeira é uma conquista circunstancial e geralmente efêmera do poder estabelecido, a segunda é uma conquista da sociedade, estrutural e duradoura" (ANDRADE e ROSSETTI, 2009, p. 562).

Como já antecipado, essa necessária qualificação em bases estáveis do gerenciamento do sistema judicial decorre, em grande medida, do acréscimo de novas categorias à noção de desempenho do Poder Judiciário, quais sejam:

1) independência judicial: quesito avaliado sob a perspectiva da proteção normativa e da "blindagem" prática dos magistrados diante da (1) modificação de políticas remuneratórias; (2) fixação de mandatos; (3) eleição popular; (4) corrupção; (5) pressão da opinião pública, de órgãos do próprio Estado e do poder econômico; (6) ingerências do Poder Executivo;

2) "*accountability*": mede a extensão da autonomia judicial ao proceder à revisão de ações e decisões governamentais. Mas o conceito não se resume à avaliação da competência para invalidar atos administrativos e apreciar aspectos controvertidos de políticas públicas, abrangendo também o grau de resistência do Judiciário ao assédio da imprensa e ao clamor popular. Assemelha-se, em essência, à própria noção de independência judicial;

3) acessibilidade à Justiça: pondera a amplitude da oferta dos serviços jurisdicionais, com ênfase na abertura do Poder Judiciário para as classes populares e para o impacto da linguagem e dos procedimentos dos operadores do direito no afastamento dos cidadãos carentes;

4) estrutura do Poder Judiciário: examina a formatação do sistema judiciário, ou seja, a estruturação e a repartição de competências funcionais entre os órgãos jurisdicionais;

5) recursos judiciais estratégicos: cuida da necessária otimização do emprego dos limitados recursos orçamentários disponíveis (exemplificativamente, em medidas como a qualificação técnica de juízes e auxiliares, integração de informações processuais, informatização e confiabilidade dos registros públicos).

Em conjunto, tais aspectos repercutem muito além da simples análise numérica – tempo, custos e quantidade de processos – que caracterizava a eficiência judicial. E essa transição, que considera os interesses de todos os usuários do sistema jurisdicional, não só torna fundamental a discussão acerca da modernização da administração da Justiça, mas exige grande cautela sob pena de graves e indesejáveis distorções. Independência e autonomia, em excesso, podem conduzir à tirania dos juízes e à jurisdicionalização da política, suprimindo a necessária liberdade de conformação dos legisladores e administradores públicos; grandes disponibilidades orçamentárias e investimentos estruturais demasiados não só tendem a gerar desperdício como denotam a canalização exagerada de recursos para o Poder Judiciário, em detrimento de outras áreas importantes da atuação estatal; a promoção do acesso em abundância estimula o "demandismo caprichoso", a proliferação de ações temerárias e, em um cenário de sobrecarga judicial, confina o direito de ação a uma conotação formal.

No Brasil, o tema gestão judicial foi efetivamente incluído no espaço público de análise e reflexão somente após o advento do Conselho Nacional de Justiça, pois até então os órgãos estaduais, federais e os Tribunais Superiores possuíam irrestrita liberdade gerencial, não havendo integração ou fiscalização em âmbito nacional. Assim como os vários programas de transparência e de acesso à informação[41] redefiniram o controle social sobre o mais hermético dos Poderes, sua ampla atividade correcional e o movimento de

41 A Resolução-CNJ n. 79/2009 prevê que "todos os produtos de caráter informativo, educativo ou de orientação social das unidades judiciárias devem ser tornados públicos, preferencialmente por meios eletrônicos e sempre descritos em linguagem simples e acessível". Além disso, "qualquer pessoa deve ter acesso às informações sobre a gestão administrativa, financeira e orçamentária dos tribunais e conselhos por meio de um campo intitulado "Transparência", publicado nos respectivos sites".

planejamento administrativo revolucionaram a prática jurídica nacional, ao ponto de emergir, entre nós, uma alentadora e incipiente governança judicial, com grandes benefícios para a sociedade.

É preciso, entretanto, avançar ainda mais. Não obstante o louvável progresso no estudo dos recursos judiciais estratégicos, na realização de levantamentos estatísticos precisos (justiça numérica) e do desenvolvimento constante de programas voltados ao acesso à Justiça – que, entretanto, necessitam de ampliações, como será visto a seguir, porquanto o abismo entre o "país formal" e "país real" ainda não foi debelado (RIBEIRO, 2008, p. 467) – temas sensíveis como a "accountability" e a independência judicial permanecem negligenciados.

3.2 Impactos da ineficiência dos órgãos judiciais

Às tradicionais funções sistêmicas do Direito – instrumento de pacificação social, de promoção de valores relevantes como a igualdade e a justiça individual, além de elemento constitutivo da soberania dos povos – a literatura internacional associa, em variados estudos, o progresso das nações: na síntese de ROBERT COOTER, "o maior obstáculo para o crescimento econômico dos países pobres na atualidade é a ineficácia do direito" (2005, p. 01), de modo que a eficácia social dos padrões interpretativos e decisórios fixados pelo Poder Judiciário figura como fator decisivo para o desenvolvimento econômico nacional.

Segundo a teoria institucional de DOUGLASS NORTH, laureada com o Prêmio Nobel de Ciências Econômicas, o vigor dos direitos contratuais é, isoladamente, "o mais importante determinante da performance econômica" dos Estados nacionais (1990); para BERGLÖF e CLAESSENS, o cumprimento real do direito – ou seja, a efetiva reparação dos danos e a eficaz punição do responsável pelo ilícito civil – "é, talvez, a principal diferença funcional entre as economias de mercado desenvolvidas e as economias em desenvolvimento" (2004, p. 1); já ACEMOGLU, JOHNSON e ROBINSON afirmam que "o

crescimento dos países e sua vulnerabilidade a crises externas" podem ser unicamente explicados pela intensi-dade "do respeito ao direito de propriedade" (2001, p. 11).

Em um panorama mundial de politização do direito (SOUSA SANTOS, 2007, p. 20), o impacto do marco legal/jurisprudencial na expansão dos mercados financeiros foi assimilado pelos protagonistas da globalização (Banco Mundial, Fundo Monetário Internacional e demais agências multilaterais), que a partir de meados da década de 1980 integraram definitivamente programas de reforma gerencial do Poder Judiciário à sua cartilha de desenvolvimento (CAROTHERS, 2001). A proteção dos contratantes/investidores nas bolsas de valores e da propriedade privada em geral passa a ser reputada necessária para a circulação interna de riquezas e para a obtenção de recursos externos, não bastando apenas a existência de leis contratuais, societárias e tributárias abstratamente adequadas (BANCO MUNDIAL, 1997); é igualmente imprescindível a existência de um aparato jurisdicional independente e, sobretudo, previsível/eficiente.

Na sinopse da Comissão Europeia pela Eficiência da Justiça - CEPEJ[42], as principais linhas dos programas de administração da Justiça preconizados pelo Banco Mundial são: (1) leis adequadas são inúteis se não aplicadas; (2) os empreendedores, de qualquer porte, necessitam de arcabouço jurídico estável; (3) a Justiça nada mais é do que uma projeção do poder estatal (sistemas judiciais inoperantes são associados a Estados fracos, incapazes de assegurar o cumprimento da lei); (4) o Judiciário frágil estimula a corrupção, aumentando o custo operacional e desviando parte dos escassos recursos do mercado; (5) a independência judicial diminui a pressão sobre os juízes e produz melhores resultados.

Ainda que sob óticas diversas, os discursos de todos envolvidos – operadores do direito, economistas e cientistas políticos – convergem, por óbvio, para a segurança jurídica: a diminuição do elevado risco inerente à atividade econômica pressupõe que as ações do Estado (no exercício de competências administrativas típicas ou judiciais) respeite

42 2010.

algumas notas mínimas de agilidade e de previsibilidade, protegendo as expectativas legitimamente construídas.

GROSS CUNHA observa que, do ponto de vista das ciências econômicas, a função do Direito é possibilitar o funcionamento e o êxito do mercado, mediante a redução dos custos de transação (definidos por múltiplos aspectos, como os tributos, burocracia, estabilidade das decisões dos órgãos judiciais e administrativos, como, por exemplo, a CVM): os investimentos – e, por extensão, a prosperidade econômica e social almejada pela sociedade – exigem regras jurídicas estáveis e previsíveis, aplicadas, quando necessário, com celeridade.

Nessa linha de análise, o Judiciário afeta o desenvolvimento econômico quando (1) "sendo tendencioso, imprevisível e lento, torna-se caro e incerto, reduzindo os incentivos de se procurar a Justiça" e (2) "não se apresenta como potencial arena de solução eficiente dos conflitos decorrentes da atividade econômica"[43]. Os agentes econômicos sopesam custos, benefícios e reagem a incentivos adequados: sanções eficazes pressionam os destinatários das normas e forçam o cumprimento dos deveres jurídicos, de modo que um Poder Judiciário eficiente ao punir ilícitos fomenta o adimplemento das obrigações contratuais/legais e, ao assim atuar, consolida o respeito e a confiança dos investidores nas instituições.

O modelo proposto por CRISTIANO CARVALHO – influenciado por JOSEPH RAZ e GARY BECKER – demonstra a importância da efetividade das decisões judiciais no atual contexto econômico-social: quando falha a boa-fé, a moral consequencialista assume relevância ímpar, deixando a Deontologia em segundo plano; a punição nada mais é do que o incentivo que conduz as ações das partes envolvidas e sua "manipulação passa a ser o principal fator de sucesso (ou fracasso)" do sistema jurídico (2013, p. 224). A dissuasão é formada a partir da "combinatória sanção + aplicação da sanção", eis que, para o sujeito racional, "não importa penas meramente previstas na legislação, mas sim aquelas que realmente são aplicadas, que percorrem o processo de positivação, da regra geral e abstrata à regra individual e concreta" (p. 225).

43 CUNHA, 2008, p. 134.

A equação é singela: a imprevisibilidade judicial (seja com relação à interpretação do direito positivo, seja com relação à certeza do cumprimento das obrigações) aumenta os riscos e, consequentemente, majora o custo das transações econômicas, afugentando atuais e potenciais investidores, cujos recursos permitem o desenvolvimento do país. Noutros termos, o ordenamento jurídico e a administração da Justiça devem assegurar as condições necessárias para que as decisões não sejam apenas materialmente adequadas, mas também cumpridas, sob pena de grave distorção nos preços e na alocação de recursos[44].

A disfuncionalidade do aparato judicial nacional e sua repercussão no mercado foi objeto do estudo "Sistema Judicial e Mercado de Crédito no Brasil", editado pelo Departamento Econômico do Banco Central[45], no qual a morosidade e o alto custo da recuperação judicial dos créditos figura – ao lado das expressivas taxas de inadimplência bancária e à relativa fragilidade das garantias contratuais – como causa do elevado custo dos empréstimos ao tomador.

A ineficiência do Poder Judiciário brasileiro reduz a oferta de crédito e aumenta os custos dos financiamentos de dois modos distintos: "a insegurança jurídica aumenta as despesas administrativas da instituições financeiras, inflando em especial as áreas de avaliação de risco de crédito e jurídica" e, simultaneamente, "reduz a certeza de pagamento mesmo numa situação de contratação de garantias, pressionando o prêmio de risco" (p. 14). Demais disso, as despesas

44 Na lapidar conclusão de ARMANDO CASTELLAR, Professor do Instituto de Economia da UFRJ e Chefe do Departamento Econômico do BNDS, "em razão de contar apenas com precários mecanismos judiciais para garantir o cumprimento dos contratos, as firmas podem fazer as seguintes opções: não entrar em negócios contratualmente complexos, combinar fatores de produção, distribuir suas vendas entre os diferentes mercados de forma ineficiente ou, ainda, manter recursos ociosos. Ao lado disso, as firmas têm um incentivo a se integrarem verticalmente, desempenhando internamente atividades que poderiam ser processadas de forma mais eficiente por outras empresas. A eficiência econômica também é prejudicada pela necessidade de se alocar recursos escassos para administrar conflitos. Disputas judiciais longas e frequentes consomem os tempos dos juízes, dos advogados e das partes. Os agentes econômicos também dependem de recursos para se manterem atualizados em relação à legislação usualmente mais complexa que procura substituir um Judiciário eficiente" (2000, p. 184).

45 FACHADA, FIGUEIREDO e LUNDBERG, 2003.

diretamente envolvidas com a recuperação judicial dos débitos (advogados, custas processuais, honorários periciais, etc.) são elevadas ("no caso de um crédito de R$ 50 mil, a expectativa de recuperação é de 24,1% do principal se exigidas todas as fases da execução" – p. 15).

Na conclusão da respectiva Nota Técnica do Banco Central, "em decorrência da insegurança dos contratos e do funcionamento deficiente do sistema judicial, o bom tomador de crédito no Brasil arca com um custo extraordinário", independentemente de seu "histórico de crédito e de sua capacidade de pagamento. Na prática, esse custo adicional é repartido por toda a sociedade, na forma de aumento do *spread* e de encolhimento na oferta" (p. 15).

O exame conjuntural da relação entre as políticas monetárias de combate à inflação, a disponibilidade de crédito e o sistema judiciário brasileiro foi aprofundando no ensaio "*Credit, Interest and Jurisdictional Uncertainty: Conjectures on the case of Brazil*"[46], apresentado por PERSIO ARIDA, EDMAR BACHA e ANDRÉ LARA-RESENDE[47] em 2004 ao Departamento de Economia do Instituto de Tecnologia de Massachussets (MIT), no qual o pífio desempenho do Poder Judiciário[48] na proteção do direito dos credores é (1) introduzido como explicação para a inexistência de mercado interno de crédito a longo prazo e (2) apresentado como fator de elevação das taxas de juros de curto prazo,

46 Em tradução livre do autor, "Crédito, juros e incerteza judicial: conjecturas sobre o caso brasileiro".

47 Impiedosamente criticados por BARBOSA MOREIRA: "os três economistas não apresentam provas da propensão da Justiça Brasileira para favorecer os devedores; utilizaram, para repetir a formula já recordada, "argumento empírico sem apoio empírico". Mas a verdade nua e crua é que, caso examinassem a legislação em vigor, encontrariam nela alguma base para sustentar que, em certa medida – insisto: em certa medida – tal propensão é recomendada aos juízes. Quer dizer: conforme as circunstâncias, se eles estão mesmo favorecendo devedores, nem sempre fazem mais do que aplicar, como lhes cumpre, o direito vigente. Vem a propósito lembrar aqui o velho dito: os economistas atiraram no que viram e acertaram o que não viram." (2010, p. 43)

48 FERRÃO e RIBEIRO (2006) vislumbram "erros metodológicos" de ARIDA, BACHA E LARA-RESENDE no teste empírico ("a análise de 1019 decisões judiciais aponta para um franco e consistente favorecimento da parte mais forte") e ao não diferenciarem a intervenção judicial da legislativa.

prejudicando a atração de investimentos externos e o êxito do Plano Real no estabelecimento de metas de equilíbrio econômico.

Obviamente, a análise das repercussões da ineficiência judicial não é resumível à mera abordagem econômica. Em um Estado Democrático o caráter social do Direito não pode jamais ser olvidado, até mesmo porque a consecução dos objetivos arrolados no preâmbulo da Constituição Federal jamais será efetivada à margem de um Poder Judiciário transparente e eficiente na sua atuação: na realidade, a facilidade de acesso à Justiça constitui característica e compromisso irrenunciável do Estado de Direito (RAZ, 1977, p. 201).

O sistema social acentuadamente injusto e iníquo instalado no Brasil somente será erradicado por instituições jurisdicionais sólidas e acessíveis, de fato, a todos os atores sociais (PRZEWORSKI e MARAVALL, 2006), cujo funcionamento é indispensável à consolidação e ao aprofundamento da própria democracia (O'DONNELL, 1998). Lamentavelmente, a atual aplicação intermitente e diferenciada das normas pelos órgãos jurisdicionais tornou a jurisdição "distante, embaraçosa, cara e lenta demais para que os desprivilegiados tentem até mesmo ter acesso a ela" em toda América Latina (O'DONNELL, 1998, p. 45).

Nesse aspecto, corroborando a teoria de MARC GALANTER (1974) e os relatórios periodicamente divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça ("Justiça em Números" e os "100 Maiores Litigantes"), MARIA TEREZA SADEK, FERNÃO DIAS DE LIMA e JOSÉ RENATO DE CAMPOS ARAÚJO desconstroem a equivocada identificação entre ineficiência do Poder Judiciário, universalidade da jurisdição e exercício da cidadania:

> "(...) mais do que a democratização do acesso ao Poder Judiciário, defrontamo-nos com uma situação paradoxal: a simultaneidade da existência de demandas de mais e de demandas de menos; ou, dizendo-o de outra forma, poucos procurando muito e muitos procurando pouco. Assim, o extraordinário número de processos pode estar

> concentrado em uma fatia específica da população, enquanto a maior parte desconhece por completo a existência do Judiciário, a não ser quando é compelida a usá-lo, como acontece em questões criminais. Desta forma a instituição seria muito procurada exatamente por aqueles que que sabem tirar vantagens de sua utilização. E, tal como os dados indicam, estes têm se servido do Judiciário em uma quantidade extraordinária, provocando um crescimento significativo do número de processos entrados" (2001, p. 40).

E, de fato, essa forte imagem descreve a conformação atual da relação entre o povo e o Poder Judiciário brasileiro: a estrutura judicial – sobrecarregada de demandas e fragilizada pela morosidade crônica – é mobilizada em favor dos entes públicos, dos litigantes de grande porte e de alguns setores específicos da sociedade, subsistindo consideráveis barreiras de acesso para expressiva parcela da população. A explosão da litigiosidade consiste em um discurso aparentemente socializador que, em verdade, desvia o foco do debate – e das políticas públicas – da "litigiosidade contida" (na clássica expressão de KAZUO WATANABE).

Conforme destaca CÂNDIDO DINAMARCO, o drama da vida em sociedade põe em "patético realce" os custos e os fatores complicadores de acesso à via judicial para alguns grupos sociais desprivilegiados, impedindo que "o Estado possa eficientemente eliminar os conflitos que, no convívio social, conduzem à infelicidade pessoal de cada um e a atitudes de perigosa desconfiança em face das instituições estatais e descrença dos valores da sociedade" (1986, p. 02). A confusão entre cidadania, crise numérica da justiça e acessibilidade desempenha involuntariamente um papel relevante nos interesses dos maiores litigantes, adequados instrumentalmente ao sistema judicial, que, ao contrário do que aparentam os números, continua como um caminho vedado a milhões de brasileiros.

A democracia dos hipócritas de que fala ZAGREBELSKY (2011, p. 108) ilustra o cinismo na atribuição da ineficiência judicial apenas à

expansão do acesso aos serviços judiciários. É preciso "haver vontade política de mobilizar os indivíduos para fazerem valer seus direitos" (CAPPELLETTI e GARTH, 2002, p. 29) por meio da remoção dos vários obstáculos que ainda persistem para os autores individuais, sobretudo os mais pobres, sob pena de se limitar a cláusula constitucional de inafastabilidade da jurisdição em um mero utensílio retórico de um "Estado Democrático". É necessário, mais do que nunca, aproximar concretamente os cidadãos do Poder Judiciário.

3.3 A reestruturação das políticas públicas para a justiça brasileira

A insegurança jurídica gerada pela morosidade e pela divergência jurisprudencial é, ao lado da exclusão de camadas representativas da população dos serviços judiciais, a face proeminente da crise da jurisdição. A avaliação social desse desempenho defeituoso foi captada pelos levantamentos coordenados pelo IPEA (2011), SADEK (2006) e AMB/FGV (2019), que revelam que o funcionamento do Poder Judiciário brasileiro é visto com crescente descrédito e desconfiança não só pelos jurisdicionados, mas inclusive pelos próprios magistrados.

Os tradicionais recursos à modificação da legislação processual ou à ampliação dos investimentos em infraestrutura[49] não solucionaram – e, enquanto permanecerem isoladas, não solucionarão – as deficiências de um modelo incapaz de satisfazer, há décadas, as necessidades mais elementares dos usuários e dos seus operadores. Em verdade, as reformas procedimentais promovidas pelo Código de Processo

49 Em entrevista à edição de 01.08.2009 do jornal O Estado de São Paulo, o Ministro GILMAR MENDES, então Presidente do Supremo Tribunal Federal, declarou que "a Justiça gasta muito com pessoal e não sobra recurso para investimentos. Alguns Tribunais estão na faixa do desespero, gastam 99% com pessoal, não têm nada para informática, para custeios básicos". Segundo a matéria, o Ministro se referiu ao caso da "corte paulista, onde desembargadores batizaram de "Represa do Ipiranga" o arquivo gigantesco do Tribunal situado no bairro do Ipiranga: 'reinvidicam agora recurso para ampliar a informatização. Há um represamento de cerca de 600.000 processos nesse local, processos que estão encaixotados desde 1998. São ações distribuídas, mas não há espaço para guardar os autos nos gabinetes dos Desembargadores. Isso precisa ser desvelado'" (apud MANCUSO, 2014, p. 18).

Civil de 2015 não resgataram a combalida credibilidade do Poder Judiciário nacional[50], do mesmo modo que os tímidos investimentos em recursos físicos e humanos – realizados, de resto, em patamar aquém do necessário – concretizam estratégias erroneamente centradas apenas na dimensão quantitativa da crise (o crescimento físico do Judiciário como solução adequada para a explosão numérica de demandas).

Como sustentamos ao longo de todo o artigo, é impossível, contudo, dissociar o funcionamento interno do aparato judicial das dinâmicas circunstâncias sociais, econômicas e regulatórias nas quais ele está inserido, até mesmo porque, por óbvio, é nesse ambiente em que surgem as demandas que alimentam o sistema jurisdicional. Noutros termos, assim como os efeitos da litigiosidade de alta intensidade (lentidão e sobrecarga) as suas causas também devem ser duramente combatidas: do contrário, a sociedade permanecerá mera expectadora de um "perverso círculo vicioso" (MANCUSO, 2014, p. 73) de elevados custos.

A crise da jurisdição se tornou, inequivocamente, um fator na vida da nação. E, como tal, deve orientar a reformulação das políticas públicas para a Justiça, ainda centrada preponderantemente na lei processual nos aspectos internos do Poder Judiciário, descuidando-se da indispensável integração e reforma das instâncias públicas e particulares geradoras das demandas que, ao final, assoberbam os órgãos judiciais.

A ineficiência da esfera administrativa, nesse cenário, comunica-se diretamente com o exercício da função judicial: a ampliação da estrutura (mais juízes, servidores, instalações e informatização) ou as novas ferramentas legais (decisórias ou procedimentais) contidas no

50 Na avaliação de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, "na pura realidade, não está no âmbito das normas jurídicas a causa maior da demora na prestação jurisdicional, mas na má-qualidade dos serviços forenses. Nenhum processo duraria tanto como ocorre na Justiça Brasileira se os atos e prazos previstos nas leis processuais fossem cumpridos fielmente. A demora crônica decorre justamente do descumprimento do procedimento legal. São os atos desnecessariamente praticados e as etapas mortas que provocam a perenização da vida dos processos nos órgãos judiciários. De que adianta reformar as leis, se é pela inobservância delas que o retardamento dos feitos se dá?" (2007, p. 213)

CPC/15 têm a sua eficácia condicionada, em toda e qualquer hipótese, aos níveis de demanda produzidos fora dos domínios do Poder Judiciário.

Logo, as taxas de congestionamento permanecerão em patamares altos se os demais sistemas funcionais continuarem a provocar litigiosidade. A equação ideal – recepção de menor volume de processos pelo Poder Judiciário, resolução ágil das demandas e prolação de decisões definitivas de qualidade técnica no mínimo aceitável – é, em verdade, externalidade positiva do bom funcionamento dos demais subsistemas ao evitarem a jurisdicionalização das controvérsias (inclusive por mecanismos internos de resolução das demandas).

As reformas coordenadas, se exitosas, gerariam benefícios a todos os envolvidos:

> "(...) todos os atores da cena jurídica saem ganhando: o Estado-juiz, liberado de boa parcela dos processos, pode manter uma estrutura judiciária mais leve, e menos onerosa, realocando os recursos assim poupados em outros segmentos carentes, especialmente na área social; os jurisdicionados, veem renovadas as expectativas de uma solução judicial justa, célere e a baixo custo, para suas controvérsias, antes necessariamente dependentes de uma decisão judicial de mérito, indefinida no tempo e imprevisível no resultado; a coletividade, à vista dos bons índices na via extrajudicial, pode gradativamente, ir substituindo a cultura demandista ou judiciarista pela diretriz da solução consensual das pendências, por auto ou heterocomposição. David Smith detecta uma tendência (...) a uma inclinação contemporânea à solução das controvérsias fora e além da pesada estrutura judicial, priorizando-se o valor justiça na composição dos litígios e incentivando-se a

> cultura da solução negociada entre os próprios interessados" (MANCUSO, 2014, p. 171).

Nessa dinâmica de influências recíprocas fica fácil notar que o desenvolvimento qualitativo do Judiciário é indispensável para a evolução simultânea dos demais subsistemas, que, na condição de destinatários das operações decisórias judiciais, suportam os seus efeitos. Decisões judiciais socialmente adequadas e juridicamente bem fundamentadas são aptas a produzirem consequências positivas, em benefício de toda a coletividade e do funcionamento do próprio sistema judicial: quanto maior a segurança do Direito maior será o grau de estabilidade das estruturas que servem às operações dos demais subsistemas sociais. A solução dos conflitos sociais depende, fundamentalmente, do bom exercício da jurisdição.

O modelo de STONE SWEET – a "jurisdicionalização" como "processo dinâmico" desencadeado por alguns mecanismos sociais e de efeitos sistêmicos profundos – é elucidativo: as normas jurídicas editadas pelo Poder Legislativo – de Direito Público ou Direito Privado – criam automaticamente demanda social pela pacificação de eventuais conflitos por um terceiro independente; a resolução satisfatória de tais demandas gera, naturalmente, estímulo a uma maior e mais intensa interação entre a sociedade e as referidas normas. Estabelece-se, então, conexão entre dois elementos: (1) edição de leis e (2) resolução de controvérsias pelo Estado-juiz. Se os magistrados fundamentam suas decisões, se os seus destinatários consideram que a motivação apresentada tem valor e se os comandos das sentenças são cumpridos, surge uma terceira conexão, desta vez entre as "normas judiciais" criadas pelo "terceiro que soluciona as disputas" – por meio da interpretação das normas jurídicas – e o padrão de conduta dos legisladores, agentes econômicos e dos litigantes. Tem-se, então, um círculo virtuoso, que estimula a estabilização das relações e a segurança jurídica necessária às sociedades hipercomplexas (2010, p. 5).

4. CONCLUSÕES

1. O processo de jurisdicionalização das relações sociais (em sentido amplo) não possui explicação única, representando etapa relevante da evolução do Estado Constitucional.

2. A "crise da jurisdição" ocasionada pela explosão numérica de demandas é sentida na grande maioria das nações economicamente desenvolvidas (França, Inglaterra, Alemanha, Estados Unidos, Japão, Espanha, Portugal e Itália, dentre vários outros países), independentemente da filiação do sistema ao *Civil Law* ou *Common Law*.

3. Entre nós, o Poder Judiciário apresenta taxas crescentes de congestionamento e vê o seu prestígio ruir perante os jurisdicionados e os próprios magistrados.

4. Como ponderam CAPPELLETTI e GARTH, "muitos problemas de acesso são inter-relacionados" (2002, p. 29): o aumento da estrutura física judicial (em termos materiais e humanos) ou um melhor desempenho numérico dos tribunais não é suficiente para resolução da crise, na exata medida em que não atacam a causa do problema e tampouco proporcionam o desenvolvimento qualitativo da prestação jurisdicional reclamado pela sociedade.

5. No campo organizacional, o *case management* praticado nos países de *Common Law* pode contribuir para a melhoria do sistema de justiça em nosso país, notadamente em termos de custos, agilidade e desestímulo à improbidade processual.

6. Eficiência judicial (agilidade e qualidade decisória), segurança jurídica e desenvolvimento econômico são inseparáveis no contexto do Estado Democrático de Direito, que pressupõe um Judiciário independente, qualificado, ágil e previsível, apto a proteger, de modo efetivo, as expectativas legítimas dos agentes empresariais e financeiros.

7. Além de reduzir os riscos naturalmente elevados das transações econômicas, um Poder Judiciário eficiente e acessível (sob

critérios de tempo e de custos) a todos os atores sociais é, em verdade, uma exigência da própria democracia.

8. A reformulação das políticas públicas para o Judiciário brasileiro se impõe em face do absoluto esgotamento do modelo atual (focado em investimentos na estrutura física e na reforma da lei processual). Urge o ataque racional e eficiente às causas da litigiosidade em massa – e não aos seus efeitos – bem como a qualificação material da prestação jurisdicional, medida indispensável à estabilidade e ao bom funcionamento dos subsistemas sociais.

5. BIBLIOGRAFIA

ACEMOGLU, Daron; JOHNSON, Simon; ROBINSON, JAMES A. *The Colonial Origins of Comparative Development: An Empirical Investigation*, 2001. Disponível em <http://www.econ.nyu.edu/user/debraj/Courses/Readings/AcemogluJohnsonRobinsonAER.pdf>. Acesso em 12 de outubro de 2020.

AKUTSU, Luiz; GUIMARÃES, Tomás de Aquino. *Dimensões da governança judicial e sua aplicação ao sistema judicial brasileiro*, 2012. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?pid= S1808-24322012000100008&script=sci_arttext>. Acesso em 12 outubro 2020.

ALVES DA SILVA, Paulo Eduardo. *Gerenciamento de processos judiciais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

ANDRADE, A; ROSSETTI, J. P. *Governança corporativa: fundamentos, desenvolvimento e tendências*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

ARENDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. Trad. Mauro W. Barbosa. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 2005.

ARIDA, Pérsio; BACHA, Edmar; LARA RESENDE. "Credit, interest and jurisdictional uncertainty: conjectures on the case of

Brazil" In Giavazzi; Goldfajn, Herrera (Org.) *Inflaction targeting, debt and the Brazilian experience: 1999 to 2003*. Cambridge: MIT Press, 2005.

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS (Brasil). *Estudo da Imagem do Judiciário Brasileiro*. Brasília, 2019.

BANCO MUNDIAL. *The State in a changing world*, 1997. Disponível em: < https://openknowledg e.worldbank.org/handle/10986/5980>. Acesso em 12 outubro 2020.

_____. *World Development Report 2005: a better investment climate for everyone*, 2005. Disponível em: <http://go.worldbank.org/97ZFM8ERI0L>. Acesso em 12 de outubro de 2020.

BARROSO, Luís Roberto. "Judicialização, ativismo e legitimidade democrática". In *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro, n. 13, jan/março 2009.

BERGLÖF, Erik; CLAESSENS, Stijn. *Enforcement and good corporate governance in developing countries and transition economics*, 2004. Disponível em: <http://www.ssrn.com> Acesso em 12 de outubro de 2020.

BERKOWITZ, Daniel; MOENIUS, Johannes; PISTOR, Katharina. "Trade, Law and Product Complexity" In: *Review of Economics and Statistics* 88(2): 363-373, May 2006. Disponível em <http://www.pitt.edu/~dmberk/bmprestat 0905.pdf> Acesso em: 12 de outubro de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Em dez anos, estoque de processos do STF cai 70%*, 2017. Disponível em: < http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe. asp?idConteudo= 345370>. Acesso em 12 outubro 2020.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002.

CAROTHERS, Thomas. “The many agendas of rule of law reform in Latin America”. In: PILAR DOMINGO, Rachel Sieder (org.) *Rule of law in Latin America: the international promotion of judicial reform*. University os London: School os Advanced Study, 2001.

CARVALHO, Cristiano. *Teoria da decisão tributária*. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *Tributação, Ciência e Desenvolvimento: como poderia ser a doutrina do Direito Tributário no Brasil?* Disponível em: <http://works.bepress.com/cristiano_carvalho/23/>. Acesso em 12 outubro 2020.

CASTELLAR, Armando (Org.). *Judiciário e economia no Brasil*. São Paulo: Editora Sumaré, 2000.

COOTER, Robert. *Innovation, information and the poverty of nations*. Berkeley: Berkeley Program in Law and Economics Press, 2005.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). *Os 100 Maiores Litigantes*. Brasília, 2013.

_____. *Justiça em Números.* Brasília, 2020.

CUNHA, Luciana Gross. “Segurança jurídica: performance das instituições e desenvolvimento”. In *Poder judiciário e desenvolvimento do mercado de valores mobiliários brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 131/142.

CUNHA, Luciana Gross; GABBAY, Daniela Monteiro. “Considerações Gerais”. In *Litigiosidade, morosidade e litigância repetitiva no Judiciário: uma análise empírica*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 25-30.

DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao poder de tributar*. São Paulo: Noeses, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Manual das pequenas causas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

DJANKOV, Simeon; LA PORTA, Rafael; LOPEZ-DE-SILANES, Florencio; SHLEIFER, Andrei. *Legal structure and judicial efficiency: the Lex Mundi Project, 2001*. Disponível em <http://siteresources.worldbank.org/INTWDR2002/Resources/2488_djankov.pdf.pdf> Acesso em: 12 de outubro 2020.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Administrative Office of The U.S. Courts. *The Federal Court System in the United States*. 2013. Disponível em <http://www.uscourts.gov/FederalCourts.aspx> . Acesso em 12 de outubro 2020.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Federal Bar Association. *Federal Court Founding*. 2013. Disponível em: < http://www.americanbar.org/advocacy/governmental_legisl ative_work/priorities_policy/independence_of_the_judiciary/federal-court-funding.html>. Acesso em 12 outubro 2020.

FACHADA, Pedro; FIGUEIREDO, Luiz Fernando e LUNDBERG, Eduardo. "Sistema Judicial e Mercado de Crédito no Brasil". In *Notas técnicas do Banco Central do Brasil*. N. 35, maio de 2003.

FALCÃO, Joaquim. O múltiplo Judiciário. In Maria Tereza Sadek (Org.). *Magistrados: uma imagem em movimento*. Rio de Janeiro, Editora FGV, 2006, p. 115-139.

FIX-FIERRO, Héctor. *Courts, justice and efficiency: a socio-legal study of economic rationality in adjudication*. Portland: Oxford and Portland, 2003.

GALANTER, Marc. "Why the "haves" come out ahead: speculations on the limits of legal change". In *Law and Society Review*. Denver: The Association, vol. 9, n. 1, 1974.

GIACOMELLI, Silvia; MENON, Carlo. *Firm size and judicial efficiency in Italy: evidence from the neighbour's tribunal*. Londres: London School of Economics, 2012.

HESSE, KONRAD. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

INSTITUTO DE PESQUISAS ECONÔMICAS APLICADAS (Brasil). *Sistema de Indicadores da Percepção Social – Justiça*. Brasília, 2011.

KAUFMANN, Arthur. "Filosofia do Direito, teoria do direito, dogmática jurídica". In: KAUFMAN, Arthur; HASSEMER, Winfried. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Trad. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Direito aplicado II – Pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. *Dois cientistas políticos, três economistas e a justiça brasileira*. Disponível em <http://www.pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/11> Acesso em: 12 outubro 2020.

_____. "Reformas processuais e poderes do juiz". In *Temas de direito processual – 8ª série.* São Paulo: Saraiva, 2004.

NORTH, Douglas C. *Institutions, institutional change and economic performance*. New York: Cambridge University Press, 1990.

NOTTAGE, Luke. "Civil Procedure Reforms in Japan: The latest round". *Ritsumeikan Law Review,* n. 22, 2005, p. 81-86.

O'DONNEL, Guillermo. Poliarquias e a (in)efetividade da lei na América Latina. In *Revista Novos Estudos CEBRAP,* n. 51, p. 37-61, jul. 1998.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Civil and political rights.* New York: United Nations Press, 2005.

PINHEIRO, A. M. R. C.; CASTELLAR, Armando. "Segurança jurídica, crescimento e exportações". In *Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem,* v. 31, 2006.

PRZEWORSKI, Adam; MARAVALL, José Maria. *Democracy and the rule of law*. New York: Cambridge University Press, 2006.

QUIAN, Jun; STRAHAN, Philip E. *How Laws and Institutions Shape Financial Contracts: The Case of Bank Loans*. Disponível em: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1540-6261.2007.01293.x/abstract>. Acesso em: 12 outubro 2020

RAZ, Joseph. *Rule of Law and its virtue*. Oxford: Clarendon Press, 1977

SADEK, Maria Tereza. “Magistrados uma imagem em movimento”. In SADEK, Maria Tereza (Org.). In *Magistrados: uma imagem em movimento*. Rio de Janeiro, Editora FGV, 2006, p. 11-99.

_____. “Judiciário: mudanças e reformas”. In *Revista Estudos Avançados*, v. 51, 2004, p. 79/101.

SADEK, Maria Tereza; LIMA, Fernão Dias de; ARAÚJO, José Renato de Campos. “O Judiciário e a prestação de Justiça”. In: SADEK, Maria Teresa (org.). *Acesso à justiça*. Biblioteca da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras da USP, n. 23. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Para uma revolução democrática da justiça*. 2 ed. São Paulo: Cortez, 2007.

SEAGLE, William. *Law: the ciency of inefficiency*. Nova Iorque: The MacMillan Company, 1952.

SEPÚLVEDA PERTENCE, José Paulo. Exposição na 7ª Reunião da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da 3a Sessão Legislativa Ordinária da 50a Legislatura, Brasília. Anais. Brasília: Senado Federal, 1997.

SWEET, Alec Stone. “The European Court of Justice and the Judicialization of EU Governance”. In *Faculty Scholarship Series*, Paper 70, 2010.

TANIGUSHI, Yasuhei. “The 1996 Code of Civil Procedure of Japan – A Procedure for the Coming Century?”. In: *American Journal of Comparative Law* 45-767, 1997.

THEODORO JR, Humberto. “A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica”. In:

CALDEIRA, Adriano; FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima (Org.). *Terceira etapa da reforma do Código de Processo Civil – estudos em homenagem ao Min. José Augusto Delgado.* Salvador: Podivm, 2007.

UNIÃO EUROPÉIA. Comission Européene pour l'efficacité de la justice (CEPEJ). *European judicial systems: efficiency and quality of justice*. Estrasburgo, 2018.

_____. *The functioning of judicial systems and the situation of the economy in the European Union Member States*. Estrasburgo, 2014.

VERMEULE, Adrian. *Law and the limits of reason*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

VERMEULE, Adrian; POSNER, Eric A. *The Executive unbound: after the Madisonian Republic.* Oxford: Oxford University Press, 2010.

VIANA, Ulisses Schwarz. *Repercussão Geral sob a ótica da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. São Paulo: Saraiva, 2010.

VOVELLE, Michel. *A Revolução Francesa*, 1789-1799. Trad. Mariana Echalar. São Paulo: Editora UNESP, 2012.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *A crucificação e a democracia*. Trad. Monica de Sanctis Viana. São Paulo: Saraiva, 2011.

A ABERTURA DE NOVAS PORTAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS AOS DIREITOS INDISPONÍVEIS.

Bruno Freire de Jesus
Mestrando em Direito pela UFMG. Defensor Público. brunofreirej@gmail.com

RESUMO

O presente artigo objetiva analisar a possibilidade de resolução de conflitos que envolvam direitos indisponíveis por métodos alternativos de resolução de disputas (Justiça Multiportas), especificamente os autocompositivos. O objetivo, então, é possibilitar que inúmeras disputas sejam resolvidas pela via do consenso, na construção de uma solução mais adequada e justa do que aquela emanada pela via ordinária da adjudicação judicial. Enfrentar-se-á o impedimento apresentado pelos processualistas que utilizam o direito material para fecharem as portas dos meios alternativos de resolução de conflito aos direitos indisponíveis. Para alcançar seu objetivo o trabalho fará uma imersão na evolução da autonomia dos indivíduos, trabalhando com o conceito de autonomia negocial retirado da doutrina italiana de Direito Civil, sendo a pedra de toque afastar a exclusividade da adjudicação judicial na solução de conflitos que envolvam direitos indisponíveis.

Palavras-chave: Direitos indisponíveis – autonomia privada – autonomia negocial - Transação Meios alternativos de solução de conflitos - autocomposição.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A incógnita na definição do conceito da locução direito indisponível. 3. A autonomia negocial – A possibilidade de realizar negócios jurídicos envolvendo direitos existenciais. 4. Os objetivos do sistema de justiça multiportas. 5. A derrocada da justificativa de impossibilidade de negociar direitos indisponíveis. 6. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

O sistema processual civil brasileiro, desde 2010[1], iniciou relevante guinada na forma de conduzir as resoluções dos conflitos imanentes à vida em sociedade mediante produção normativa do CNJ, o atual Código de processo Civil e a Lei 13.140/15. Passou-se a incentivar o modelo multiportas de resolução de disputas[2], modelo esse que permite o uso de técnica ou meio mais adequado para a sua solução da disputa apresentada (ZANETI JR. E CABRAL, 2017 p.5).

Os meios autocompositivos, como a mediação e a conciliação, passam a ser fortemente estimuladas, num esforço de aproximação das partes e de empoderamento dos cidadãos, como protagonistas da sua vida, incluindo a solução de seus conflitos, onde dentro de sua autonomia, resolvem os seus problemas sem a intervenção direta estatal (CABRAL, p.214, 2020).

De outro lado, é lugar comum a afirmativa que direitos indisponíveis não podem ser transacionados, uma vez que a transação exige um ato de disposição. Reserva-se o instituto da transação aos direitos disponíveis, sempre em uma ótica patrimonialista, causando uma repulsa imediata quando pensa-se em transacionar direitos indisponíveis (VENTURI, 2017, p.391).

Nessa esteira, é em razão dessa tradicional posição sobre a transação que impede-se a utilização de métodos de solução de conflitos por autocomposição[3] (medição, conciliação e a negociação)

1 O CNJ, em 29.11.2010, editou a Resolução nº125/10 que introduz a concepção de Justiça Multiportas no Brasil, dispondo sobre a política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário.

2 Expressão usada por SANDER, Frank. Varieties of dispute processing. Federal Rules Decisions. n. 70. p. 131. 1976. Texto revisto e republicado em SANDER, Frank. Varieties of dispute processing. In: LEVIN, A. Leo; WHEELER, Russell R. The pound conference: perspectives on justice in the future. Saint Paul: West Publishing Co., 1979. p. 75.

3 Esse trabalho entende que a mediação é uma das técnicas de solução de conflitos por autocomposição, conforme posição da maioria da doutrina. Cita-se, por todos, a posição de Antonio do Passo Cabral: "A conciliação e a mediação constituem técnicas que se destinam a viabilizar a autocomposição de disputas ou litígios. Nelas, um terceiro intervém, contribuindo para que as partes componham por si mesmas a disputa que há entre elas. A conciliação e a mediação não se confundem

[4], pois em todas essas portas de resolução de conflitos existe ao menos a possibilidade que a solução adequada fruto do consenso, importe em concessões recíprocas.

A premissa ora exposta é colocada, por muitos, como um dogma, sendo aceita sem que se faça qualquer reflexão mais vertical sobre quais são os direitos que serão eleitos como indisponíveis, quais características são necessárias para que se confira a um direito o título de indisponível. Aliado a uma indefinição acerca da locução "direito indisponível", para se afastar a transação desses direitos, ainda há posições jurídicos-paternalistas que são tautológicas, dizendo que o direito indisponível é irrenunciável[5] e que por isso não pode ser abdicado.

---

com a arbitragem. Esta é um meio de heterocomposição. O árbitro, assim como o juiz, decide a causa que lhe é submetida. Na conciliação e na mediação, o terceiro é convocado, não para decidir, mas para contribuir com as partes, a fim de que estas, por si, cheguem a uma solução, mediante autocomposição. Tanto na mediação como na conciliação, o terceiro, diferentemente do juiz ou do árbitro, não julga, não colhe provas e não precisa formar convencimento; não se discute direito na mediação ou conciliação. O que se busca é o entendimento para que se obtenha o consenso, a fim de se realizar a autocomposição (Negociação direta ou resolução colaborativa de disputas (Collaborative Law): "Mediação Sem Mediador". Revista de Processo, vol. 259/2016, p. 471 – 489, 2016). Diverge desse posicionamento Daniel Amorim Assumpção Neves que afirma: "Mediação é forma alternativa de solução de conflitos fundada no exercício da vontade das partes, o que é suficiente para ser considerada uma forma consensual do conflito, mas não deve ser confundida com a autocomposição". Segundo o autor autocomposição é gênero que comporta a transação, a submissão e renúncia (NEVES, 2018, p.64-65).

4 Com uma ótica diferente, e analisando a indisponibilidade do direito e a ADR heterocompositiva (a arbitragem), remete-se o leito ao artigo de autoria de Érico Andrade e Gustavo Magalhães intitulado Arbitragem e Administração Pública: limites e possibilidades de arbitrabilidade nos contratos de concessão (leis 8.987/1995 e 11.079/2004).

5 Verificando a falha na vinculação da disponibilidade de direito a sua irrenunciabilidade, vale apresentar crítica construída por Érico Andrade e Gustavo Magalhães: "Em tal contexto se poderia até mesmo extrair noção mais adequada de disponibilidade, que não se vincula tanto à ideia de renunciabilidade do direito, mas, sim, à dinamicidade das posições jurídicas, com a possibilidade de conformação, adaptação e modelação das pretensões jurídicas que podem surgir como objeto da controvérsia, como é o caso das pretensões indenizatórias. ANDRADE; MAGALHÃES. Arbitragem e Administração Pública: Limites e possibilidades de arbitrabilidade nos contratos de concessão (leis 8.987/1995 e 11.079/2004). Revista de Arbitragem e Mediação, 2020 vol. 65, p. 83 – 125.

A alocação de um direito qualquer no indefinido e indeterminado conjunto de direitos indisponíveis faz com que várias portas do sistema de Justiça Multiportas fiquem trancadas, impedindo com que conflitos sejam solucionados por obra do consenso das partes envolvidas, em meios adequados de resolução de disputas.

Demonstrar-se-á o contrassenso entre os objetivos perseguidos pelos meios adequados de resolução de conflitos, palco do empoderamento do cidadão na resolução dos seus problemas e o fechamento das portas para solução de disputas envolvendo direitos indisponíveis em outros fóruns de soluções que não seja o da adjudicação compulsória.

Nesse introito, cabe mencionar também que os estudos mais contemporâneos de um Direito Civil Constitucional vêm refazendo o conceito de autonomia, rompendo com a lógica da patrimonialidade, e ao mesmo tempo fomenta a dignidade da pessoa humana dando liberdade às pessoas para se autodeterminarem, em negócios jurídicos existenciais.

A importância em revisitar o ponto apresentado, ou seja, de analisar a possibilidade de transação de direitos indisponíveis e abertura de novos fóruns de resolução de conflitos justifica-se diante da constatação da ineficiência da via ordinária oferecida pelo Poder Judiciário. A ineficiência apontada não está somente ligada ao congestionamento de processos que leva a uma demora nociva às partes e a sociedade. A ineficiência da adjudicação judicial para resolução de determinados conflitos se descortina, principalmente, por sua inadequação para solucionar o conflito em si (CABRAL e CUNHA, 2016).

Por vezes, e não raro, o ato de força estatal emanado por um juiz que prolata a sentença não traz a solução esperada pelas partes. Modifica-se as facetas do conflito inicial, mas esse se mantém existente ou até instigado, o que acaba por desaguar em novas disputas judiciais, formando um círculo vicioso que custa tempo e recursos.

Dessa forma, para que se consiga abrir novas portas de resolução de conflitos para os direitos indisponíveis é imprescindível que se

infirme a premissa da impossibilidade de transacionar esses direitos, afirmativa posta como um dogma, como já dito acima, por vários doutrinadores que escrevem sobre o assunto.

Para alcançar o escopo desse artigo, o texto será dividido em quatro partes. A primeira dedicada a desvendar a locução "direito indisponível" à luz da das desencontradas posições da doutrina e jurisprudência.

Na segunda parte, socorre-se à doutrina do jurista civilista italiano Pietro Perlingieri acerca da autonomia negocial. Com a concepção mais moderna sobre a autonomia, consegue defender a realização de negócios jurídicos que tratem de direitos existenciais, logo indisponíveis, afastando a exclusividade do prisma patrimonialista sobre o instituto do negócio jurídico.

Na terceira parte, de forma sucinta, apresentará a finalidade dos meios alternativos/adequados[6] de resoluções de disputa.

Por fim, virá a exposição das razões que demonstram que os objetivos perseguidos com a abertura de fóruns autocompositivos de resolução de disputas, ao invés de repelir os direitos indisponíveis, os atrai, atacando a posição tradicional sobre o assunto. Apontará o ilogismo da posição tradicional pertinente à negociabilidade de direitos indisponíveis e a liberdade que se confere ao cidadão de realizar negócios jurídicos existenciais.

6 Antonio do Passo Cabral, em artigo sobre os métodos alternativos de resolução de conflitos informa que os estudos mais recentes preferem a expressão "métodos adequados" à métodos alternativos. Segue a crítica do referido autor: "Estudos mais recentes demonstram que tais meios não seriam "alternativos", mas sim adequados, formando um modelo de sistema de justiça multiportas. Para cada tipo de controvérsia, seria adequada uma forma de solução, de modo que há casos em que a melhor solução há de ser obtida pela mediação, enquanto outros, pela conciliação, outros, pela arbitragem e, finalmente, os que se resolveriam pela decisão do juiz estatal. Há casos, então, em que o meio alternativo é que seria o da justiça estatal. A expressão multiportas decorre de uma metáfora: seria como se houvesse, no átrio do fórum, várias portas; a depender do problema apresentado, as partes seriam encaminhadas para a porta da mediação, ou da conciliação, ou da arbitragem, ou da própria justiça estatal." Análise semelhante pode ser encontrada no artigo intitulado MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO: a necessária previsão de um real incentivo de autoria do professor Gláucio Maciel Gonçalves e Fernanda Loures de Oliveira, publicado na Revista de Formas Consensuais de Solução De Conflitos em 2019.

2. A INCÓGNITA NA DEFINIÇÃO DO CONCEITO DA LOCUÇÃO DIREITO INDISPONÍVEL.

A utilização do termo indisponível para qualificar determinado direito é algo corriqueiro, usado sempre para trazer uma blindagem, uma maior proteção estatal a determinados direitos entendidos como importantes (VENTURI, 2017, p.252). Essa proteção é capaz de suplantar inclusive, a própria vontade do titular (PASSOS, 2005, p.375). Mas, quais seriam esses insignes direitos que o Estado entendeu por bem preserva-los, mesmo que essa preservação vá de encontro contra a vontade do titular?

O direito será indisponível quando a norma acenar nesse sentido, sendo certo que a norma jurídica[7] escala um direito como indisponível sem qualquer critério definido, podendo tratar de um direito existencial, de um direito coletivo, ou da disposição da propriedade. O emblema de indisponibilidade de determinados direitos também pode advir da atuação jurisprudencial e, nesse caso, fica a cargo do casuísmo jurisprudencial a incidência dessa superproteção estatal.

Ao fim e ao cabo, quando não houver determinação legal de qual direito está na classe dos indisponíveis, a inserção no rol de direitos protegidos poderá ficar refém de um jogo de palavras dentro de conceitos indeterminados, como paz social, anseios da sociedade e bem comum. Tome-se como exemplo o seguinte trecho de julgado do STF[8]:

> A indisponibilidade de determinados direitos não decorre da natureza privada ou pública das relações jurídicas que lhes são subjacentes, mas da importância que elas têm para a sociedade.

7 Apenas para ilustrar, um exemplo constitucional e outro legal. O artigo 231§4º, ao tratar das térreas dos índios diz que "*As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.*" Já a Lei 8069/90, no artigo 27, afirma que *"O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça."*

8 BRASIL. STF. RE nº248.869/SP. Rel. Min. Maurício Corrêa. [sem grifos no original].

> O interesse público de que se cogita é aquele relacionado à preservação do bem comum, da estabilidade das relações sociais, e não o interesse da administração pública em sentido estrito. Daí reconhecer-se ao Estado não só o direito, mas o dever de tutelar essas garantias, pois embora guardem natureza pessoal e imediata, revelam, do ponto de vista mediato, questões de ordem pública. Direito individual indisponível é aquele que a sociedade, por meio de seus representantes, reputa como essencial à consecução da paz social, segundo os anseios da comunidade, transmudando, por lei, sua natureza primária marcadamente pessoal. A partir de então dele não pode dispor seu titular, em favor do bem comum maior a proteger, pois gravado de ordem pública subjacente, ou no dizer de Ruggiero "pela utilidade universal da comunidade".

Assim, no que concerne às manifestações jurisprudenciais, ficou patente que nem todos os direitos fundamentais são considerados indisponíveis. A consideração de um direito como indisponível é casuística, seja porque a legislação assim determina em circunstâncias específicas, seja porque os tribunais assim decidem diante do caso concreto (MARTEL, 2010, p. 35).

Evidencia-se, então, que a eleição de direitos que serão considerados indisponíveis está dentro de uma escolha estatal de ingerência na vida das pessoas, com maior ou menor intensidade intervencionista. O catálogo de direitos indisponíveis, portanto, não pode ser determinado, sendo um conjunto indefinido de direitos que serão preenchidos pelo direito objetivo ou pelos entendimentos esposados pelos tribunais[9], sem que haja qualquer critério técnico para realização das escolhas.

9 Sobre a indeterminação acerca dos direitos indisponíveis cabe colacionar a posição de Elton Venturi, em artigo dedicado ao tema: "Apesar de inexistir expressa conceituação legal no ordenamento brasileiro a respeito da locução "direitos indisponíveis", pode-se dizer que existe uma compreensão generalizada no sentido

Visto o problema relacionado ao vocábulo "direito", que gera uma instabilidade na definição de quais direitos podem ter a distinção da indisponibilidade, deve-se enfrentar o problema relacionado ao que se compreende por indisponibilidade, bem como alcance da proteção estatal exacerbada e o limite dessa severa restrição no gozo dos direitos indisponíveis.

Conquanto indisponível seja um termo comum na legislação, não há uma conceituação legal em nosso ordenamento. Cuida-se, assim, de um conceito jurídico indeterminado. É possível pinçar em qualquer ramo do direito (direito trabalhista, ambiental, civil, penal, administrativo etc.) a escolha de uma classe de direitos protegidos, sendo aplicado sempre que se entende que aquele direito é "importante", sem contornos bem definidos. (VENTURI, 2017, p. 251).

Veja que na Constituição Federal, direitos indisponíveis são atrelados, sem qualquer definição, aos interesses que devem ser defendidos pelo Ministério Público no art.127 da carta maior. O artigo 11 do Código Civil diz que os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis. Já no Código de Processo Civil, de maneira igualmente lacônica, pode-se encontrar referência aos direitos indisponíveis nos artigos 345, II 373, §3, I e 392[10].

Assim, colhe-se da doutrina diversas concepções desencontradas a respeito da indisponibilidade, o que dificulta em muito o trabalho de pesquisa para os fins desse artigo, pois os direitos em comentos ainda são classificados de diversas formas. Exemplificando, existem classificações relacionadas à possibilidade de dispor do direito, o

---

de se tratar de uma especial categoria de direitos cujo interesse público de efetiva proteção torna irrenunciáveis, inalienáveis e intransmissíveis por parte de seus próprios titulares". VENTURI, Elton. Transação de direitos indisponíveis? Revista de Processo | vol. 251/2016 | p. 391 - 426 | Jan / 2016 | DTR\2016\63.

10 Art. 345. A revelia não produz o efeito mencionado no art. 344 se:
II - o litígio versar sobre direitos indisponíveis;
Art. 373. O ônus da prova incumbe:
§ 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:
I - recair sobre direito indisponível da parte.
Art. 392. Não vale como confissão a admissão, em juízo, de fatos relativos a direitos indisponíveis

que faria existir uma indisponibilidade relativa e a absoluta, já em outra categorização, tem-se a análise baseada no direito material em si ou ainda na capacidade de agente[11], acarretando em uma indisponibilidade objetiva e outra subjetiva.

Nessa senda, sobre a dificuldade de conceituação de (in) disponibilidade, analisando os objetos lícitos das convenções processuais, Antonio do Passo Cabral, no livro Convenções Processuais: Teoria Geral dos Negócios Jurídicos Processuais, assim pontua (2020, p.364):

> ´´É comum a associação do conceito de disponibilidade com direitos materiais patrimoniais, outros ligam a disponibilidade à renunciabilidade, há ainda aqueles para quem a disponibilidade é um predicado próprio de situações jurídicas alienáveis, enquanto a intransmissibilidade do direito significaria a sua indisponibilidade. Há também autores que defendem ser indisponível o que não pode ser objeto de transação. Carlos Alberto Carmona compreende

11 De acordo com Pontes de Miranda, há disposição, ou disponibilidade do direito, se a sua perda ou modificação emana da vontade do seu titular, ou de outrem a quem caiba o poder de perder ou de modificar em nome daquele. Pressupõe o poder de dispor, que não se confunde com a capacidade, qualidade da pessoa e não situação referente ao direito de que se dispõe. Há direitos indisponíveis e direitos de disponibilidade limitada. Entre os primeiros, estão os direitos da personalidade e os de família, que são intransferíveis, além de outros assim declarados por especial regra jurídica (Tratado de Direito Privado, 1.ª ed., 1955, t. V, §§ 588, pp. 320-321; 589, p. 325; e 591, n. 4, p. 335). Já Calmon de Passos diz que "O direito de propriedade, normalmente, é um direito disponível. Mas, se o titular do direito de propriedade é um incapaz, o ordenamento retira desse titular o poder de dispor a respeito do seu direito de propriedade. O incapaz não pode declarar validamente sua vontade, no sentido de transferir a outrem o direito de propriedade de que seja titular. Cuida-se, portanto, de um direito indisponível. Indisponível, por conseguinte, é todo direito em relação ao qual o titular não é livre de manifestar a sua vontade. Seja que o ordenamento não o permita de modo relativo, isto é, tolere a disponibilidade mediante o atendimento de certos controles (autorização do juiz para a alienação do bem do menor), seja que o ordenamento vete, de modo absoluto, a renúncia ou a transferência do direito ou a modificação quantitativa de seu conteúdo (direitos a alimentos, o estado de esposa ou esposo etc.) (PASSOS, José Joaquim Calmon de. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Forense,2007).

> a disponibilidade como uma qualidade dos direitos que não precisão ser necessariamente exercidos pelo seu titular. Carlos Alberto de Salles afirma que indisponibilidade pode ser dividida em duas: uma material, referente ao bem jurídico tutelado; e outra normativa, que tocaria a aplicação de normas cogente ou dispositivas. Eduardo Talamini relaciona a indisponibilidade à impossibilidade, sem acessar a jurisdição, de prática de atos de reconhecimento de não ter razão. Em suma, vê-se a dificuldade da doutrina de encontrar um conceito uniforme do que é indisponibilidade, e o desacerto não é privilégio do Brasil".

Não obstante as divergências doutrinárias para identificar o sentido de indisponível, é possível encontrar ao menos um denominador comum que nas tomadas de decisões sobre o tem (que ao meu ver, cuida-se de um conceito tautológico).

Indisponível seria o direito que não é passível de abdicação, sendo essa também a conclusão de pesquisa na jurisprudência[12].

Cabe aqui pontuar que a pesquisa no STF[13] e STJ[14] desagua no mesmo desajuste conceitual e também é possível lapidar o mesmo

12 Em sua tese de doutorado que estudou a renunciabilidade de direitos fundamentais, Martel também apontou a direção prevalente desse emaranhando de posições desacertadas sobre o direito indisponível: "Na pesquisa doutrinária, foi possível entrever um sentido prevalente para o termo indisponível, que significaria aquilo que não é passível de abdicação, nas mais diversas formas jurídicas que o ato de abdicar pode assumir. Entrementes, não se pôde comprovar o emprego unívoco da palavra, principalmente quando qualificadora do termo direito, pois às vezes refere-se ao bem tutelado pelo direito, noutras, à relação jurídica subjacente, e noutras, ainda, a uma entidade altamente abstrata e abrangente cognominada direito. (...) Dentre todos os sentidos, quer os doutrinários, quer os legislativos e jurisprudenciais, opera-se a prevalência da conexão do conceito de indisponibilidade com a manifestação do titular para abdicar o direito. Então, ainda que haja certo descompasso, é possível delinear uma tendência. (MARTEL, 2010, p.34/35)

13 O tema foi debatido na Corte Suprema quando se analisou a constitucionalidade de normas inseridas na lei de arbitragem. No acórdão (Voto do Min. Relator) encontra-se o seguinte conceito de direitos disponíveis, dentre outros de igual ou semelhante teor: "direitos a respeito das quais as partes podem transigir". (STF, AgRSE nº5.260-7).

14 PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AUXÍLIO-ACIDENTE. BENEFÍCIO ACI-

denominador comum que foi acima apresentado, afirmando que direito indisponível é aquele que não cabe abdicação, no sentindo de renúncia, ainda que parcial.

Existem perspectivas filosóficas e constitucionais de análise sobre o tema direitos indisponíveis que não serão abordadas nessa oportunidade. Fazendo-se o justo o recorte para continuidade do trabalho, será com esse denominador predominante, apanhado tanto na doutrina como na jurisprudência, que será feito o corte da pesquisa sobre a *vexata quaestio*.

Tem-se, então, que a maioria da doutrina e jurisprudência converge no sentido de afirmar que os direitos indisponíveis são aqueles que não podem ser objeto de transação ou composição porquanto a proteção da lei é tão ampla que os protege até contra a vontade de seu próprio titular, mesmo que plenamente capaz (MALUF, 1999, p.75).

A posição apresentada aqui é de suma importância, pois é com base nesse posicionamento que se fecha as portas dos métodos adequados de resolução de conflitos aos direitos indisponíveis.

Cabe repisar aqui que o catálogo de direitos indisponíveis é indefinido e esses direitos são elegidos sem um rigor técnico, sendo resultado do casuísmo do legislador ou da jurisprudência.

Nessa esteira, não obstante a justificação talhada pela doutrina e jurisprudência, para impor a adjudicação judicial, seja sempre a impossibilidade de transacionar direitos indisponíveis, são várias as veredas para defender-se a abertura de novos fóruns de resolução de conflitos, a depender do direito em debate. Para ilustrar o alerta feito,

---

DENTÁRIO. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. ILEGITIMIDADE. DIREITO INDIVIDUAL DISPONÍVEL. ABDICAÇÃO. TITULAR. POSSIBILIDADE. SÚMULA 226/STJ. CUSTOS LEGIS. RECURSO PROVIDO.
I - O benefício previdenciário (acidentário) traduz direito disponível. Refere-se à espécie de direito subjetivo, ou seja, pode ser abdicado pelo respectivo titular, **contrapondo-se ao direito indisponível, que é insuscetível de disposição ou transação por parte do seu detentor. Precedentes**. II - O Ministério Público não detém legitimidade para propor ação objetivando a concessão de benefício previdenciário ou acidentário, **por se tratar de direito individual disponível da parte, que dele pode abdicar**. (REsp 770.741/PA, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 20/04/2006, DJ 15/05/2006, p. 281)

aponta-se que a discussão acerca da arbitragem no Poder Público tem matizes diversas do que àquela travada na realização de Termo de Ajuste de Conduta pelo Ministério Público em questão de direito ambiental.

Esclarece-se, que esse trabalho, a partir de agora, debruçar-se-á na autonomia negocial sob a ótica dos direitos da personalidade, dos direitos existenciais, e como o sistema multiportas servirá como concretização da dignidade humana, empoderando os cidadãos que poderão ser melhores juízes deles mesmos, do que o juiz estatal.

3. A AUTONOMIA NEGOCIAL – A POSSIBILIDADE DE REALIZAR NEGÓCIOS JURÍDICOS ENVOLVENDO DIREITOS EXISTENCIAIS.

Toda a construção sobre a indisponibilidade de um direito é fruto de uma escolha política de intervenção estatal na esfera privada do indivíduo, em sua autonomia. Essa ingerência estatal será tão acentuada quanto for a intensidade da adoção de ideologias mais ou menos liberais pelo Estado (VENTURI, 2017, p.252).

A intervenção estatal protecionista nos círculos de liberdade do cidadão que acarreta na impossibilidade de transacionar/negociar direitos indisponíveis, fechando a porta das ADRs - *Alternative Dispute Resolution,* está fundada na visão patrimonialista sobre negócios jurídicos, permitindo que apenas direitos disponíveis sejam objetos de negociação (FACHIN, 2012, p.101).

Há uma vinculação direta dos negócios jurídicos à direitos patrimoniais (disponível)[15] e, por isso, estabelece-se o vínculo também

15 Nesse sentido: "Como visto, foi superado o paradigma clássico do negócio jurídico pelo advento da regulamentação das relações jurídicas dentro de uma estrutura normativa do Estado Social que por meio de normas cogentes e imperativas como, por exemplo, a dignidade da pessoa humana, a função social da propriedade e do contrato, a boa-fé objetiva e as disposições do Código de Defesa do Consumidor, limitam a liberdade de contratar do sujeito de direito, substituindo-se o conceito de autonomia da vontade pelo de autonomia privada. Com efeito, a liberdade de contratar ou não e de escolher livremente o conteúdo do negócio jurídico entabulado – autonomia da vontade – perde espaço no paradigma moderno, no qual o exercício do poder de contratar somente é permitido dentro de uma margem de autonomia, de um

entre estes e os fóruns de resolução de disputas alternativos, restando aos direitos indisponíveis apenas a via da adjudicação judicial[16].

A proibição acima mencionada advém de uma fórmula genérica que impõe a necessidade de proteção de um indivíduo abstrato, sem análise das vicissitudes concretas do titular do direito. Essa abstração da pessoa, que é capaz de mitigar a sua liberdade sob o pretexto de proteção estatal, vem sendo paulatinamente desfeita dentro dos estudos do Direito Civil ante à necessidade de atender ao comando constitucional de promover a dignidade da pessoa humana (AMARAL; HATOUM; HORITA, 2017, p. 268-271).

Do que foi observado no tópico anterior, a posição dominante é pela proibição de negociação de qualquer direito indisponível, de qualquer pessoa, ainda que haja uma refletida e responsável conduta do titular do direito no sentido contrário. Cuida-se de uma visão paternalista jurídica[17], em que o Estado sabe melhor que o próprio titular do direito qual a escolha mais acertada para direção da sua vida.

espaço em branco conferido pelo ordenamento jurídico. Embora diante de um novo contexto normativo limitador da liberdade de contratar, o negócio jurídico continua atrelado à ideia patrimonialista. O seu objeto continua envolto pela circulação de riquezas, traduzindo o cunho econômico e o escopo capitalista" AMARAL, Ana Claudia Corrêa Zuin Mattos do; HATOUM, Nida Saleh; HORITA, Marcos Massashi. *O Paradigma Pós-Moderno Do Negócio Jurídico E A Necessidade De Uma Nova Concepção Na Contemporaneidad*e. Scientia Iuris, v. 21, n. 2, p. 261-297, jul. 2017.

16 "Tradicionalmente tem se entendido que apenas conflitos envolvendo direitos patrimoniais disponíveis seriam passíveis de solução por via da adjudicação privada (arbitragem) ou de mecanismos resolutórios consensuais (conciliação, mediação ou transação), na medida em que nenhum óbice seria oponível quanto às prerrogativas de gozo e de exercício pelos respectivos titulares. A admissibilidade dos meios alternativos de resolução de conflitos, aliás, sempre foi condicionada e reservada às disputas concernentes aos direitos patrimoniais disponíveis. Por tal razão, a tarja do interesse público tem direcionado toda e qualquer disputa envolvendo os direitos indisponíveis à necessária adjudicação pelo Poder Judiciário quando, ainda assim, generalizam-se orientações doutrinárias e jurisprudenciais no sentido da inviabilidade de que, mesmo no âmbito de processos judiciais, pudessem os direitos indisponíveis ser objeto de soluções consensuais - sobretudo quando envolvessem negociações que tipificassem autênticas transações" Ob.cit. p. 391.

17 "Examinados os componentes conceituais, tem-se que o paternalismo jurídico apresenta-se como um argumento que justificaria a constrição posições subjetivas de um direito de liberdade (geral ou específico), autorizando o emprego da coerção, da proibição, do não-reconhecimento jurídico de atos ou de mecanismos análogos, para a proteção do indivíduo ou grupo contra comportamentos próprios autoinfligidos ou consentidos, sem contar com o endosso atual dos que são destinatários da medida."

O problema da indisponibilidade do direito reclama propostas de solução acordes com o sistema constitucional. Não podem valer soluções demasiadamente simplistas, calcadas em noções paternalistas de proteção do indivíduo contra seus próprios atos, à revelia de seus interesses, direitos, e das suas mais profundas convicções, nem soluções cujo lastro são axiomas intocáveis, que, com a palavra mágica indisponíveis, fundamentam *hard cases* e desconsideram direitos fundamentais. (MARTEL, 2010, p.8)

Faz parecer, no que é pertinente à negociação e métodos de resolução de conflitos, que o ordenamento brasileiro traz a marca do paternalismo jurídico, e concede autonomia aos seus cidadãos apenas para os direitos patrimoniais. Não sendo direitos patrimoniais a hipótese em embate, entende-se que a adjudicação judicial é a única e adequada possibilidade de resolução de conflito.

Somente perquirindo como a autonomia do indivíduo é trabalhada pelo ordenamento jurídico hodiernamente é que será possível entender os porquês que justificam a não negociabilidade de direitos indisponíveis. E, com o entendimento correto, ou ao menos consentâneo e atualizado com os objetivos da Constituição da República sobre a possibilidade de autogestão do indivíduo, conseguirá abrir novas possibilidade de resolução de disputas que não seja a adjudicação judicial.

Para se apresentar de forma escorreita como o conceito de autonomia negocial auxiliará para uma maior abertura do sistema de justiça multiportas, cabe uma brevíssima digressão sobre a autonomia dos indivíduos, iniciando pela autonomia da vontade até chegar à autonomia negocial.

A autonomia da vontade, um dos símbolos do Estado Liberal, mormente após a Revolução Francesa no século XIX tinha como principal mote a liberdade irrestrita do indivíduo, sem qualquer ingerência do Estado, com acentuada proteção ao patrimônio. Era a

(MARTEL, 2010, p.128) Para um maior aprofundamento sobre paternalismo jurídico, remete-se à tese de doutorado de Letícia de Campos Velho Martel, ora citada, que faz uma imersão sobre o tema, disponível em [http://works.bepress.com/leticia_martel/].

possibilidade de ter e dispor livremente de suas posses que marcava o período liberal burguês (PEREIRA, 2006, p.21-23).

A autonomia da vontade consagrava a liberdade e igualdade em seu aspecto formal, e qualquer limitação ou condicionador da vontade não era aceita. Essa autonomia da vontade partia da construção de indivíduos livres para contratar e se obrigar, considerando-os abstratamente. Criou-se um indivíduo etéreo, igual em seu aspecto formal, que tinha liberdade total para se obrigar sem qualquer limitação[18].

Veja que aqui a preocupação é o patrimônio, pois não se faz necessária a preocupação com as pessoas, uma vez todas são iguais e livres no aspecto formal. A abstração do indivíduo permite qualquer regulação sem qualquer participação estatal.

Os efeitos daninhos que a autonomia irrestrita e ilimitada da vontade acarretou à sociedade, levou o Estado Liberal ao declínio. A autonomia da vontade foi substituída pela autonomia privada.

Na autonomia privada, a liberdade irrestrita é relativizada em razão da crescente intervenção do Estado nas relações entre os particulares[19], após a constatação inexorável que os indivíduos não são materialmente iguais e a liberdade pode estar condicionada às necessidades concretas do indivíduo. Busca-se analisar a liberdade material e não apenas formal, trazendo um equilíbrio nas relações, em uma análise não abstrata dos indivíduos, passava-se a enxergar pessoas concretas (TEPETINO, 2009, p.14). A inserção da pessoa humana concreta em detrimento do sujeito de direitos abstrato faz parte da grande revisão que a teoria clássica de direito civil tem sofrido, de modo a repensar o conteúdo das categorias e institutos de direito civil sob uma nova ótica, que estabelece efetivo diálogo entre teoria e prática abstração e concretude[20].

18 FACHIN, LuizEdson. Teoria crítica do direito civil. 3ªed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 101.

19 MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e solidariedade social entre cosmos e taxis:a boa-fé nas relações de consumo. In: A reconstrução do direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.614.

20 RODOTÀ, Stefano apud TEIXEIRA, ANA. Dal soggetto alla persona. Napoli:

Caminhando na análise da autonomia, percebe-se que a autonomia privada solve os problemas decorrentes da autonomia da vontade no que é pertinente às relações patrimoniais. Nas relações patrimoniais a vontade não é irrestrita e ilimitada como no século XIX, encontrando freios na intervenção estatal que impõe normas de ordem pública e estabelece princípios gerais e postulados normativos[21], como da eticidade e socialidade. Aqui, se consegue proteger uma pessoa que esteja em uma situação de vulnerabilidade, e o Estado agindo de forma legítima, intervém na relação desigual entre as pessoas materialmente desiguais, protegendo a parte mais fraca.

Entretanto, essa intervenção sempre é legítima? Pode existir ingerência estatal quando a pessoa capaz quer conforma-se, criando regramento para um direito da personalidade, valendo-se de um negócio jurídico?

A autonomia privada não alcança e atende as necessidades atuais, uma vez que em situações que envolvam direitos existenciais a vontade não pode ser condicionada pelo Estado como se faz nas relações patrimoniais. A dignidade da pessoa humana é promovida com a possibilidade de fazer suas escolhas, sem ingerência estatal, conformando-se a sua identidade[22].

Editoriale Scientifica, 2007. Passim *in* Autonomia Existencial. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil | Belo Horizonte, v. 16, p. 75-104, abr./jun. 2018

21 ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

22 O cenário se altera com a adoção do modelo do bem-estar social e, correlato a isso, transforma-se também a noção de autonomia. Tem-se, então, a autonomia privada para as relações patrimoniais, encontrando limitações em normas de ordem pública e princípios gerais norteadores do direito. Tais ponderações bastariam se no ambiente contemporâneo discutissem-se apenas relações patrimoniais, o que não é verdade. Com a elevação do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, como já mencionado, que tem como uma das dimensões das quais se manifesta a liberdade individual, nascem diversos interesses pelos quais os indivíduos decidem exercer sua dignidade, principalmente quando observadas questões existenciais. Para essas relações, cujo objeto é a própria existência do indivíduo, a autonomia privada não é suficiente, pois, a existência do indivíduo não pode encontrar limitações pelo Estado, nem por terceiros. Retoma-se a preocupação com a autonomia, batizada para as questões existenciais como autodeterminação do próprio indivíduo, operador de sua existência (LÊDO, Ana Paula Ruiz; SABO, Isabela Cristina; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. Existencialidade humana: o negócio jurídico na visão pós-moderna. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 6, n. 1, 2017,

Quando se permite que a intervenção estatal utilizada para equilibrar relações patrimoniais entre pessoas materialmente desiguais (intervenção legítima), ocorra também em relações jurídicas existenciais, permite-se o sufocamento da liberdade das pessoas em se construir-se de acordo com sua vontade, promovendo a sua dignidade. É condição indispensável para atendimento da Constituição Federal que se preserve o princípio da dignidade humana com o respeito integral pela pessoa, pela sua identidade e pela forma como esta se projetará no mundo (TEIXEIRA, 2018, p.77)

Enxergando a dificuldade do conceito de autonomia privada, Pietro Perlingieri tece críticas[23] relevantes à consagrada locução e introduz a autonomia negocial, explicando as razões que a fazem apta para dar conta das atuais relações da sociedade contemporânea, contemplando situações patrimoniais e existenciais[24].

O referido autor italiano conceitua a autonomia negocial sendo a expressão mais adequada à dinâmica das modernas relações

p.13).

23 Em relação às críticas a locução autonomia privada, Pietro Perlingieri aponta duas críticas. A primeira está relacionada ao vínculo com a expressão "autonomia contratual", o que acarreta um vínculo patrimonial excludente, conforme se demonstrará nesse capítulo. A segunda crítica não será abordada nessa oportunidade, pois foge ao objeto de estudo. Contudo, diante da pertinência do interessante apontamento, cabe, ao menos, mencioná-la. O autor dá enfoque que a autonomia não pode ser "privada", já que a autonomia concedida ao privado, cabe a os sujeitos públicos, podendo existir negócio jurídico entre o particular e o poder público, não sendo feliz, portanto, o termo privado. Aduz o autor que a situação é mais dramática quando a relação se desenha na convergência de vontades entre dois sujeitos público, existindo uma autonomia que não pode ser, de forma nenhuma, alcunhada como privada (PERLINGIERI, Pietro. O direito civil na legalidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 336/7)

24 "Quanto all'espressione, altrettanto diffusa, 'autonomia contrattuale', essa coglie esclusivamente quell'attività che si manifesta com il compimento di um negozio bi- o plurilaterale a contenuto patrimoniale; sí che la locuzione piú idonea a cogliere la vasta gamma delle estrinsecazioni dell'autonomia è quella di 'autonomia negoziale', giacché in grado di riferisi anche alle ipotesi dei negozi a struttura unilaterale e dei negozi a contenuto non patrimoniale. A voler quindi proporre um concetto di autonomia (non privata o contrattuale, ma) negoziale piú aderente alla dinamica delle odierne relazioni giuridiche, esso può essere descritto come il potere riconosciuto o attribuito dall'ordinamento al soggetto di diritto, privato o pubblico, di regolare con proprie manifestazioni di volontà interessi privati o pubblici, comunque non necessariamente propri" (PERLINGIERI Pietro. Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti. 3. ed. Napoli: ESI, 2006. p. 318. t. I).

jurídicas, como "*poder reconhecido ou atribuído pelo ordenamento ao sujeito de direito público ou privado de regular com próprias manifestações de vontade, interesses privados ou públicos, ainda que não necessariamente próprios*" (PERLINGIERI, 2008, p.338)

É com base no qualificado e moderno conceito explicitado acima que vislumbra-se a possibilidade de negociabilidade de direitos indisponíveis, e a abertura de novos fóruns de resoluções de conflito. Explica-se:

O professor italiano defende a possibilidade de negócios jurídicos que tenham como objeto direitos existenciais, uma vez que ao permitir que a pessoa, humana e concreta, se autodetermine, auto regulamente estar-se-á promovendo a dignidade da pessoa humana, obedecendo ao comando constitucional.

Sabe-se que o negócio jurídico é o cenário perfeito para concretização da autonomia das pessoas, já que cuida-se do espaço da primazia da vontade, e não da lei, sendo que a lógica se inverte quando estamos diante da categoria dos ato jurídicos *strictu sensu*, onde impera mais a lei do que a vontade. Ressalta-se que a não existe quaisquer referências na conceituação das categorias de atos jurídicos à patrimonialidade, não estando o objeto vinculado um direito disponível (TEIXEIRA, 2018, p.89).

Contudo, muitos doutrinadores atrelam negócio jurídico às situações jurídicas patrimoniais, principalmente aos contratos. Emilio Betti, por exemplo, o define como "ato pelo qual o indivíduo regula, por si, os seus interesses, nas relações com outros (ato de autonomia privada): ato ao qual o direito liga os efeitos mais conformes à função econômico-social e lhe caracteriza o tipo (típica neste sentido)". Parece claro que Emilio Betti atrela o negócio jurídico à patrimonialidade, em razão da análise funcional que ele estabelece. Esse é o paradigma mais utilizado, que foi difundido na cultura jurídica brasileira e que precisa ser desconstruído, para melhor se adequar à realidade contemporânea. (BETTI, apud TEXEIRA, 2018, p.90)

É preciso ressaltar que o conceito de negócio jurídico ainda possui a tatuagem da autonomia da vontade do século XIX, atrelada ao

patrimônio, foco da preocupação do ordenamento jurídico, à época. As relações travadas na contemporaneidade extrapolam, em muito, a questão patrimonial, e a negociabilidade de direitos existenciais é uma vindicação feita pelos fatos ao direito, sob pena de ter-se um ordenamento estéril[25].

Logo, é necessário conhecer essa raiz histórica para que se faça um confronto com as demandas da sociedade atual e, assim, se renove a compreensão de negócio jurídico.[26] Nessa senda, verificando que a marca da patrimonialidade é o que afasta o negócio jurídico das situações existenciais, segundo a posição tradicional sobre o assunto, Pietro Perlingieri vaticina que não deve-se mais permitir o afastamento da natureza negocial aos atos que demonstram intolerância ou incompatibilidade com a normativa contratual, quando a função do ato não for suscetível de valoração patrimonial, como expressão da autonomia privada e tiver como finalidade a realização direta da personalidade humana (PERLINGIERI, 2008, p.346).

Continua o autor, aduzindo a necessidade de diferençar a autonomia negocial, como gênero, e autonomia contratual, como espécie. A autonomia negocial ultrapassa os limites da patrimonialidade; não se deve confundir patrimonialidade com "negociabilidade em sentido amplo"[27].

25 "Hoje existem um novo modelo no qual os sujeitos nela envolvidos não são titulares de um direito subjetivo, mas sim de interesses juridicamente relevantes para o Direito e seu objeto deixa de ser exclusivamente patrimonial, passando para a seara existencial. Ou seja, a relação jurídica dá lugar a situações jurídicas subjetivas existenciais formadoras de centros de interesses relevantes, que também devem ser tutelados e selecionados, ainda que ausente legislação prévia". (PERLINGIERI, apud LÊDO; SABO e AMARAL, 2017, p.)

26 Pietro Perlingieri assim pontua "O direito é histórico por estabelecer inegável diálogo com a realidade, com o mundo da vida, com a sociedade; por isso, podemos entendê-lo como "um conjunto unitário e disposto hierarquicamente que pode ser definido pela sua função ordenadora, 'ordenamento jurídico', e, pela sua natureza de componente da estrutura social, 'realidade normativa' (PERLINGIERI, Pietro. O direito civil na legalidade constitucional).

27 PERLINGIERI, Pietro apud, TEIXEIRA, ANA Carolina Brochado. Manuale di diritto civile. 5. ed. Napoli: ESI, 2002. p. 473-474 in Autonomia Negocial Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil | Belo Horizonte, v. 16, p. 91, abr./jun. 2018,

Nessa esteira, à luz da posição exposta, não há qualquer empecilho para que se construa, com base na autonomia negocial, que abrange situações patrimoniais e existenciais, negócios jurídicos que tenham como objeto direitos indisponíveis. Ora, se é possível que as pessoas adequem suas necessidades existenciais e façam seu auto regramento em negócios jurídicos que versem sobre direitos indisponíveis, por qual motivo não se permite se o uso dos meios de resolução de conflitos e transação de disputas envolvendo os mesmos direitos? Não há motivos lógicos e que sustentem a vedação.

Pertinente explicar que a possibilidade de realização de negócios jurídicos que envolvam direitos indisponíveis possui limites e devem ser controlados, mas esses limites não podem vir de uma atitude paternalista de proibição estatal, e sim de limites internos, e não externos. Nas relações patrimoniais, o limite da vontade é externo e se encontra na solidariedade, já no que é pertinente às relações existenciais, o vetor de orientação limitativo é a liberdade, apenas exigindo a capacidade de autodeterminação do titular do direito, internos[28].

Por fim, para complementar o paragrafo supra, cabe mencionar que não se está defendendo uma liberdade irrestrita ao ponto de contrariar normas inderrogáveis, sendo esse critério comumente confundindo com a disponibilidade do direito[29], e com base nessa

28 " No âmbito patrimonial, essa limitação é operada pela solidariedade, pois releva mais o interesse social do que o individual; entretanto, essa regra inverte-se nas situações jurídicas existenciais, nas quais a lógica a prevalecer, a princípio, é a da liberdade e não a da solidariedade. Entretanto, mesmo em situações existenciais, é possível pensarmos em limites, pelo fato de vivermos em sociedade. Por isso, afirmamos que a autonomia, no Estado Democrático de Direito, já nasce conformada pela solidariedade, mas em seus aspectos não patrimoniais. Pietro Perlingieri afirma que os limites à autonomia não são mais externos e excepcionais, mas internos, pois "expressão direta do ato e do seu significado constitucional"; assim, o foco desloca-se do dogma da autonomia para o ato, que deve ser valorado isoladamente e no caso concreto". (TEIXEIRA, 2018, p.101)

29 Sobre esse ponto específico, colhe-se a lição do professor Érico Andrade, que analisando as possibilidade de arbitragem no Poder Público no ordenamento Itália e ancorado em abalizado doutrina aduz: "Por conseguinte, como deixa claro a doutrina italiana, sendo o único limite a disponibilidade/indisponibilidade do direito o critério para admissão ou não da arbitrabilidade da controvérsia no âmbito do direito administrativo, não se pode confundir ou misturar, como ocorre com frequência, a

confusão conceitual deixa-se fechadas as portas de meios adequados de resolução de conflitos (ANDRADE, 2020, p.85). Aquilo que a lei exige obediência, seja quanto à forma ou conteúdo, não poderá ser desrespeitado pelas partes em um negócio jurídico, seja com conteúdo patrimonial ou existencial.

Por todo o exposto, consegue-se concluir que a concepção de Pietro Perlingieri sobre autonomia negocial abre um campo de negociabilidade de relações existenciais, que podem estar contidas em negócios jurídicos, afastando a necessidade de reservar essa categoria de ato jurídico *lato sensu* às relações patrimoniais.

Assim, em linha contínua de raciocínio, a promoção da dignidade da pessoa humana realizada pela autonomia negocial demanda a abertura dos métodos adequados de resolução de conflitos para tratar de direitos indisponíveis. E isso em razão de ser esses os fóruns de resolução de conflitos que há maior empoderamento do cidadão e valorização da autonomia daquele que busca o acesso à justiça.

4. OS OBJETIVOS DO SISTEMA DE JUSTIÇA MULTIPORTAS.

Desde a década de 70 instiga-se o maior uso das ADRs (*Alternative Dispute Resolution*) como opção ao sistema jurisdicional tradicional (THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA; PEDRON, 2016, p.264).

O já conhecido termo "Justiça Multiportas" ou "Tribunal Multiportas" surge de uma palestra ministrada em 1976 pelo Professor de Direito de Família de Harvard, Frank Sander, que em seus estudos apontavam para incapacidade dos Tribunais de resolverem litígios familiares, buscando apresentar novos caminhos resolutivos dos conflitos.

análise do tema da arbitragem com outro critério classificatório, da derrogabilidade ou não das normas aplicáveis ou do "setor" do ordenamento jurídico em que inserida a "matéria" controversa. Com efeito, as normas inderrogáveis não podem ser afastadas pela vontade das partes, mas daí não decorre impedimento para dispor das situações jurídicas: uma vez aplicadas as normas inderrogáveis, o resultado da sua aplicação pode constituir direito disponível, de caráter patrimonial, e, por isso, arbitrável." (ANDRADE, 2020, p.86)

A pedra de toque é a percepção que o Judiciário não é a melhor forma de resolução de alguns conflitos. O coração do conceito da feliz metáfora das portas, segundo o professor Frank Sander, é ampliar as possibilidades para que um conflito seja solucionado, mostrando que o Judiciário não é a única porta, ou seja, a única solução para o conflito, e muitas vezes nem é a melhor[30].

O ponto nevrálgico do sistema de justiça multiportas é permitir um acesso à justiça apto a solver as complexidades dos conflitos na sociedade moderna não apenas diante do seu crescimento quantitativo, e sim em seu aspecto qualitativo. Busca-se a justiça mais adequada à solução específica do conflito apresentado, e a abertura de 'muitas salas' para resolução de conflitos enriquece a oferta de justiça (COMOGLIO, 2004, p.154, apud, THEODORO, NUNES, BAHIA, PEDRON, 2016, p.265).

É claro que o efeito imediato na utilização das ADRs pode ser um alívio na entrada de novas demandas no sistema tradicional de resolução de conflitos, auxiliando no descongestionamento do estrondoso número de processos pendentes, aguardando uma solução judicial.

Conquanto seja verdadeira a assertiva supra, para que haja um verdadeiro combate ao volume e ao tempo de duração dos processos, não basta o uso das ADRS, e sim de diversas técnicas conjugadas de gerenciamento. Há experiências estrangeiras, podendo citar a Inglaterra, em que o gerenciamento de processos alcançou os objetivos fixados, podendo ser uma solução viável para o Brasil[31].

30 Diálogo entre os professores Frank Sander e Mariana Hernandez Crespo: explorando a evolução do Tribunal Multiportas. In: ALMEIDA, Rafael Alves; ALMEIDA, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez (Org.). Tribunal multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012. p. 25-38

31 Na Inglaterra, optou-se pela utilização do gerenciamento dos processos, que foi instituído por meio da inusitada aprovação de um código, as Civil Procedure Rules (CPR). Para atingir os objetivos traçados, optou-se na Inglaterra pelo aumento dos poderes de direção do juiz. E os resultados da utilização do gerenciamento dos processos judiciais na Inglaterra foram amplamente favoráveis. Foram apuradas melhorias na cultura de litigância, diminuição do volume total dos processos judiciais e no tempo de duração dos processos. Contudo, os objetivos de aumento de utilização dos meios de resolução alternativos e de redução dos custos do processo

Assim, entre as muitas técnicas presentes em modelos de gerenciamento de processos, encontram-se as ADRs, todavia, essas não representam a principal técnica e tampouco a mais efetiva, sendo ladeada de outras tantas mais profícuas. Menciona-se algumas técnicas de gerenciamento: envolvimento imediato do juiz com o processo, a seleção e triagem das demandas, o planejamento do andamento, do custo e do tempo do processo, a desformalização das regras processuais, a adaptação do procedimento às circunstâncias do caso, a organização da estrutura judiciária e criação de novas funções de apoio ao juiz, o controle do fluxo de rotinas internas dos cartórios, a gestão e o aproveitamento dos recursos humanos, materiais e tecnológicos do juízo, etc. (SILVA, apud GONÇALVES e BRITO, 2015, p.298).

Nesse contexto, a abertura de novas portas de acesso à justiça não pode ser encarada como a tábua de salvação da ineficiência da máquina judiciária, não é essa a missão precípua do Tribunal Multiportas[32]. O principal objetivo das ADRs é buscar a solução satisfatória e adequada para cada categoria de disputa, conforme mencionado no Congresso da Associação Internacional de Direito Processual de 2012. (VARANO e SIMONI apud, THEODORO, NUNES, BAHIA, PEDRON, 2016, p.265).

Em artigo específico sobre o tema, Antonio do Passo Cabral:

---

restaram parcialmente frustrados. De todo modo, o gerenciamento dos processos judiciais permitiu a melhora da prestação jurisdicional e pode ser ele aplicado de forma eficiente e pouco onerosa. Os benefícios oferecidos pelo gerenciamento dos processos judiciais podem ser aproveitados pelo poder judiciário brasileiro. Mostra-se uma solução mais eficiente e econômica o desenvolvimento do gerenciamento dos processos judiciais no Brasil, permitindo-se a preparação e a otimização dos recursos disponíveis, deixando a crença de que a reforma legislativa é sempre a solução para todos os problemas. (GONÇALVES e BRITO, 2015, p.324)

32 "O objetivo da resolução (Resolução 125/2010 do CNJ) não é o de resolver a crise de desempenho da justiça, de reduzir o monumental acervo de processos do Judiciário pátrio, de mais de 92 milhões, e sim o de dar tratamento adequado aos conflitos de interesses. Certamente, com a utilização mais intensa dos mecanismos consensuais, muitos processos serão solucionados com maior brevidade, mas esse resultado é uma decorrência direta da correta política pública de tratamento dos conflitos de interesses, e não seu objetivo imediato" (WATANABE, Kazuo. Mediação como política pública social e judiciária. Revista do Advogado, ano XXXIV, n. 123, ago. 2014, p. 37).

> A mediação e a conciliação não devem ser encaradas como medidas destinadas a desafogar o Poder Judiciário, mas como o melhor e mais adequado meio de resolução de disputas. Há disputas que são melhor e mais adequadamente resolvidas pela mediação, enquanto há outras que se resolvem mais apropriadamente pela conciliação, sendo certo que há outras ainda que só se resolvem mais adequadamente pelo julgamento realizado por um juiz.
>
> A mediação e a conciliação também não devem ser vistas como alternativas a quem não foi bafejado com as melhores condições de aguardar um desfecho demorado de um processo judicial. Constituem, na realidade, medidas aptas e adequadas a resolver conflitos em determinados casos. Há, efetivamente, casos que serão melhor resolvidos por esses meios. (CABRAL, 2016, p.473)

O principal objetivo da abertura de novos fóruns resolutivos é permitir que seja ministrado o tratamento certo para cada doença[33], construindo uma solução oriunda do empoderamento das partes envolvidas, que pode ser muito mais eficaz sob o prisma da pacificação social do que aquela emanada pela adjudicação judicial. No Brasil a Resolução 125/2010 do CNJ[34] em seu artigo primeiro menciona expressamente o empoderamento como princípio reitores da atuação dos conciliadores e mediadores. Já a Lei 13.140/15[35], em seu

33 A analogia de Terry Simonson, diretor do programa do Tribunal Multiposrtas de Tulsa citado por Larry Ray e Anne Clare no artigo The Multi-Door Courthouse Idea: Building the Courthouse of the Future... Today ""If a patient is ill, does the doctor always operate? Of course not. The doctor and patient discuss all possible solutions. Likewise with the legal field - for each legal ailment, a variety of options need to be discussed".

34 Art. 1º - São princípios fundamentais que regem a atuação de conciliadores e mediadores judiciais: confidencialidade, decisão informada, competência, imparcialidade, independência e autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes, empoderamento e validação.

35 Art. 2º A mediação será orientada pelos seguintes princípios: V - autonomia da

artigo segundo, diz que é a a autonomia da vontade e o consenso são princípios orientadores da mediação.

Seja na conciliação, onde a transação é uma das espécies, seja na mediação ou negociação, que cuida-se de uma mediação sem mediador (CABRAL, 2016, p.475), há um trabalho artesanal de indução, que leva as partes a decidirem por si mesmas a rota e o destino dos seus conflitos.

Ressalta-se que a Resolução 125/2010 do CNJ exige que a atuação da conciliação e da mediação importa sempre na informação do jurisdicionado, logo, a construção fruto do empoderamento das partes sempre é uma decisão refletida, dentro da autodeterminação das partes.

Em todas as modalidades autocompositivas citadas acima o que se quer é promover a autonomia da pessoa, o que dá concretude à dignidade da pessoa humana, uma vez que além de ampliar o acesso à justiça, permite que a justiça ao seu caso particular seja aplicada de acordo com sua liberdade, informando ao mundo e conformando-se a si próprio[36].

Tendo em mira o principal objetivo do Tribunal Multiportas, bem como das modalidades autocompositivas de resolução de conflito, não há como extirpar os direitos indisponíveis desses fóruns adequados de acesso à justiça.

De fato, com a concepção atual de autonomia negocial que permite que haja negócios jurídicos que versem sobre direitos existenciais, verifica-se que as portas corretas para solucionar eventuais conflitos decorrentes do exercício da autonomia negocial são os meios autocompositivos, sendo que a eleição do meio mais adequado será feito na análise do caso concreto.

Pietro Perlingieri afirma que pelo pressuposto que cada um é o melhor juiz para seus interesses, a autonomia negocial é, antes de

vontade das partes; VI - busca do consenso.

36 Expressão utilizada por Orlando de Carvalho, jurista português, e citado pelo Supremo Tribunal de Portugal (Boletim do Ministério da Justiça de Portugal, n. 470, p. 597, nov. 1997), apud MARTINS-COSTA, Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos, Revista Direito FGV, V. 1 N. 1 | p. 59, 2005.

tudo, autodeterminação, auto-regulamentação, poder da vontade. Diz ainda que o exercício da autonomia negocial é a fonte de direito, e por ser a mais direta e espontânea, se torna mais vinculante também sob o perfil moral (PERLINGIERI, 2008, p.340-341). Ora, se cada um é o melhor juiz para regulamentar seus interesses, cuida-se de ilogismo impedir às partes envolvidas de solucionar suas disputas consensualmente, sem a interferência do estado.

Com a conjugação dos fundamentos da autonomia negocial e a possibilidade de realização de negócios jurídicos que envolvam direitos indisponíveis, em cotejo com os princípios e objetivos das ADRs, evidencia-se o contrassenso fechar as portas dos meios adequados de resolução de conflitos e exigir sempre uma adjudicação judicial.

É continuidade da promoção da dignidade da pessoa humana, da concretude da autonomia das pessoas e do acesso à justiça a permissão para que sejam resolvidas disputas envolvendo direitos indisponíveis em outras salas que não seja mediante a atuação do Estado-Juiz. Não faz sentido permitir o exercício da liberdade, da autonomia do cidadão e depois sufoca-la, quando do surgimento de algum conflito.

5. A DERROCADA DA JUSTIFICATIVA DE IMPOSSIBILIDADE DE NEGOCIAR DIREITOS INDISPONÍVEIS

A imprescindibilidade da adjudicação pública de todo e qualquer conflito envolvendo direitos indisponíveis sempre foi a tônica do sistema de Justiça brasileiro (VENTURI, 2016, p.251). Passa-se a explicar o raciocínio que embasa a afirmação ora apresentada.

Em todas as modalidades de autocomposição há a possibilidade de ocorrer concessões mútuas (transação[37]) dos envolvidos para que se alcance a solução adequada e construída pela autonomia das partes (NERY JUNIOR, NERY ANDRADE, 2018, p.1067). A transação, de fato, é espécie do gênero conciliação e pode ser o resultado da utilização bem sucedida de outro método de autocomposição, como a

37 Art. 840. É lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas.

negociação ou mediação. Logo, como a transação é sempre presente na autocomposição, ao menos como possibilidade, é que se cunhou a proscrição doutrinária e jurisprudencial de transacionar direitos indisponíveis.

Cabe lembrar aqui a conclusão apontada no primeiro tópico, onde foi lapidada, dentre as desencontradas posições sobre o tema, que doutrina e jurisprudência afirmam que direitos indisponíveis são aqueles que não admitem abdicação, logo, não se admite que haja concessões por parte do titular do direito.

Dessa forma, a construção para justificar esse enunciado proibitivo é simples. Se direitos indisponíveis não admitem a transação, pois essa importa na possibilidade de dispor mediante a realização de concessões mútuas e, por seu turno, todas as portas dos métodos autocompositivos de resolução de conflitos podem significar concessões mútuas (transação), consequentemente os direitos indisponíveis não podem ser resolvidos por meio de métodos autocompositivos.

Em resumo, é a possibilidade de ocorrer a transação que faz da porta tradicional do acesso à justiça, ser a única das portas possíveis.

Impende trazer que o artigo 841 do Código Civil aduz que apenas quanto aos direitos patrimoniais de caráter privado se permitirá a transação, o que sempre fortaleceu o raciocínio e conclusão supra mencionados.

Diante da releitura das tradicionais categorias jurídicas à luz da Constituição Federal e da nova textura normativa sobre o tema, o silogismo criado sob a ótica patrimonialista merece ser desfeito.

Um apontamento inicial sobre a transação é que a redação do atual código civil é a mesma que constava no código civil de 1916. A alteração advinda do código de 2002 foi apenas para modificar sua natureza jurídica, passando a incluí-la como espécie de contrato e não mais como meio indireto de pagamento (DELGADO, 2006, p.295). Nessa esteira, a restrição do objeto da transação é a mesma desde o código de 1916, mantendo a lógica da abstração do indivíduo do liberalismo do

século XVIII, para atender a um direito civil que apenas preocupava-se com o patrimônio, deixando de lado qualquer relação existencial.

Visualizando as necessidades atuais e a restrição da norma prevista no artigo 841 do Código Civil, Eduardo Cambi afirma que a interpretação literal da regra não contribui para a redução da cultura do litígio[38]. A rígida interpretação do artigo 841 do Código Civil conduz a restrição dos métodos alternativos de solução de controvérsias (CAMBI; HAAZ; SCHMITZ, 2019).

Por seu turno, mirando para as legislações que tratam de ADRs, tem-se que o artigo terceiro da Lei 13.140/15 anuncia poder ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação. Portanto, a norma em comento já infirma a literalidade o artigo 841 do Código Civil, oxigenando as possibilidades de interpretação.

A jurisprudência, em mais de uma oportunidade, já relativizou e entendeu possível a transação sobre direitos indisponíveis[39]. Vale mencionar que dentro do ordenamento pátrio são vários os exemplos que permitem a negociação de bens indisponíveis como a liberdade[40].

38 Pontes de Miranda já defendia, na vigência do Código de 1916, que poderia ocorrer transação de direitos públicos ou não patrimoniais, desde que disciplinada por lei especial. *in* MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado: parte especial. Direito das obrigações. Extinção das dívidas e obrigações. Dação em soluto. Confusão. Remissão de dívidas. Novação. Transação. Outros modos de extinção. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 25, p.152-153.

39 "Sendo o direito de guarda dos filhos indisponível, não obstante admita transação a respeito de seu exercício, não há que se falar em presunção de veracidade dos fatos oriunda da revelia. Em outras palavras, a revelia na ação que envolve guarda de filho, por si só, não implica em renúncia tácita do requerido em relação à guarda compartilhada, por se tratar de direito indisponível". REsp 1.773.290 / MT, julgado em 14/05/2019, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE.
PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR DANO AMBIENTAL – AJUSTAMENTO DE CONDUTA – TRANSAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – POSSIBILIDADE. 1. A regra geral é de não serem passíveis de transação os direitos difusos. 2. Quando se tratar de direitos difusos que importem obrigação de fazer ou não fazer deve-se dar tratamento distinto, possibilitando dar à controvérsia a melhor solução na composição do dano, quando impossível o retorno ao status quo ante. 3. A admissibilidade de transação de direitos difusos é exceção à regra. 4. Recurso especial improvido. Recurso Especial nº 299.400 – RJ. Segunda Turma, Eliana Calmon, julgado 01.06.2006.

40 Elton Venturi traz importantes exemplos para afirmar que em nosso país, há possibilidade de transacionar direitos indisponíveis. "Assim, por exemplo, o chamado sursis processual, a transação penal e a composição dos danos civis, previstas na

Impende ressaltar que não existe nenhuma norma constitucional[1] que exerça proteção tão qualificada a um determinado direito, que o impeça de o titular do direito dirimir o conflito em meios adequados de resolução de disputas. De fato, sequer a vedação legal, a não ser vetusta previsão do artigo 841 do CC que vincula a transação à patrimoniais e o raciocínio (sob a ótica do patrimônio) que já foi devidamente apresentado.

Assim, a vedação abstrata do posicionamento tradicional sobre o tema, acaba por impedir que haja uma solução mais adequada à solução da lide e com maior aptidão a promover a pacificação social consubstancia entendimento ultrapassado, que não deve ser prestigiado diante da atual Constituição da República e seus princípios reitores.

Prende-se à conceitos e visões antigas, de um direito civil que não existe mais para impor a adjudicação judicial aos titulares do direito indisponível, ainda que estes remem na direção contrária da proteção paternalista estatal. Trata-se de um estrabismo conceitual,[2]

Lei dos juizados especiais (Lei 9.099/1995), apesar de aplicáveis tão somente para contravenções penais ou crimes considerados de menor potencial ofensivo, não deixam de constituir mecanismos consensuais resolutivos já em pleno funcionamento no sistema de Justiça criminal brasileiro e que, segundo gradativamente vem se entendendo, poderiam suscitar a implementação da chamada " justiça restaurativa" no país. (...) Outro relevante e intrigante instituto que deve ser investigado enquanto instrumento compositivo consensual diz respeito à delação premiada (ob.cit. p.403)

1 Discorrendo sobre a arbitragem, que apesar de ser um método heterocompositivo , é uma das portas do Tribunal Multiportas, Eduardo Talamini diz concorda com a assertiva apresentada: "Nada permite afirmar que a proibição de arbitragem acerca de matéria indisponível tenha valor constitucional, ao invés de simplesmente legislativo: sua fonte não é a Constituição, mas somente, o art. 1º da Lei de Arbitragem, que pode ser limitado e derrogado por outras disposições". Cf., ainda, a respeito de tal distinção, TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitória) – versão atualizada para o CPC/2015 (LGL\2015\1656). Revista de Processo, São Paulo, v. 264, p. 83-107, fev. 2017.

2 O termo foi retirado de obra já citada do professor Érico Andrade de Gustavo Magalhães, que, por seu turno, cita a doutrina do administrativista italiano Giovanni Verde. Os autores tratam da arbitragem, mais a defesa acertada dos professores seve ao propósito desse artigo: "Nesse passo, vale destacar o entendimento da doutrina italiana, ao colocar a linha divisória da disponibilidade/indisponibilidade das situações jurídicas no campo administrativo, de atuação do interesse público, para delimitar a linha da arbitrabilidade, *não de forma genérica e indistinta, em qualquer tema envolvendo*

que ao tratar de relações complexas existenciais hodiernas, faz a leitura jurídica com os olhos do homem do século XVIII.

Pelo que se observou, a pretensa proteção oriunda da qualificação de um direito como indisponível e a impossibilidade de transação de forma pragmática acaba trazendo uma infinidade de situações que seriam melhores resolvidas com o prestígio à capacidade das pessoas, e a abertura de novas portas de resolução de conflitos que não seja o ato de força proveniente da adjudicação judicial. Deve-se, portanto, promover a autonomia das partes para que possam, elas, solucionarem seus problemas através de meios consensuais[3] fora da porta da adjudicação judicial, que além de exacerbadamente congestionada, por vezes, não é apta para solucionar a disputa em jogo.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho buscou-se a abertura das portas da Justiça Multiportas aos direitos indisponíveis, sendo que é lugar comum na doutrina a imposição da adjudicação judicial como único método de solução de disputas envolvendo direitos indisponíveis.

---

a atuação da Administração Pública (posição denominada de "estrabismo" conceitual ou institucional, presa a ideias de direito administrativo do passado, engendradas quando da sua fundação no século XIX),*mas, sim, de forma dinâmica*: *uma vez exercido o poder administrativo, o "resultado" da atuação administrativa, ainda que implicando violação de direito indisponível, é permeado pela disponibilidade e, por isso, arbitrável*. Em tal contexto se poderia até mesmo extrair noção mais adequada de disponibilidade, que não se vincula tanto à ideia de renunciabilidade do direito, mas, sim, à dinamicidade das posições jurídicas, com a possibilidade de conformação, adaptação e modelação das pretensões jurídicas que podem surgir como objeto da controvérsia, como é o caso das pretensões indenizatórias.

3 Nesse sentido, tratando da arbitragem, método alternativo de solução de disputas heterocompositivo, Érico Andrade e Gustavo Magalhães ensinam: "Destaca-se, ainda, que a expansão da arbitragem valoriza o papel da autonomia das partes e, por isso, tem, cada vez mais, encontrado campo fértil no âmbito do direito administrativo, além de permitir a busca de soluções mais efetivas para questões envolvendo a Administração Pública, especialmente no cenário de escassez dos recursos da justiça estatal, que tem incentivado o crescimento dos sistemas alternativos de solução de litígios, não só a arbitragem, mas também a mediação e a conciliação, além de outros mecanismos, para se resolver o conflito sem necessidade de se recorrer à justiça estatal" (ANDRADE, MAGALHÃES, 2020, p..

Foi problematizada a questão referente ao déficit conceitual da locução "direito indisponível" e a dificuldade de lapidar um sentido unívoco tanto de do vocábulo direito, como do "indisponível".

Verificou-se que ainda está entranhada em nosso ordenamento jurídico, na doutrina e na jurisprudência a visão patrimonialista do século XVIII, onde a preocupação era destinada apenas ao direito do "ter" e não do "ser". Assim, a intervenção estatal na esfera de liberdade do indivíduo para tolher sua vontade de dispor do seu direito é fruto de um estrabismo conceitual que é dissonante com os princípios que regem a Constituição. Nessa senda, foi apresentada a evolução do direito civil que se viu obrigado a mudar para atender as relações complexas existências da contemporaneidade.

A evolução citada tem como pedra de toque a valorização da pessoa, da sua autonomia, que pode versar e regular direitos existenciais, com a feitura de negócios jurídicos que possuam objetos não patrimoniais. O embasamento do ora exposto possui ancoragem na doutrina do professor italiano Pietro Perlingieri.

Demonstrou-se que os métodos alternativos de solução de disputas são negados aos direitos indisponíveis pela impossibilidade de eles serem transacionados, e após, atacou esses fundamentos com uma visão mais consentânea com a Constituição da República.

Após estudar os objetivos do Tribunal Multiportas viu-se que a valorização da pessoa, da sua autonomia perpassa em permitir que ela seja juiz de si mesmo, e que caso haja disputa decorrentes de suas escolhas, que possam ser resolvidas pela via do consenso, através de um método de resolução de conflitos adequados e não, apenas, pela decisão de um juiz estatal, que por vezes, não conseguirá cumprir com os objetivos de pacificação social.

Dessa forma, conclui-se ser ilógico fechar as portas da justiça multiportas aos direitos indisponíveis.

7. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Rafael Alves; ALMEIDA, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez (Org.). Tribunal multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012. p. 25-38

AMARAL, Ana Claudia Corrêa Zuin Mattos do; HATOUM, Nida Saleh; HORITA, Marcos Massashi. *O Paradigma pós-moderno do negócio Jurídico e a necessidade de uma nova concepção na contemporaneidade*. Scientia Iuris, Londrina, v. 21, n. 2, p. 261-297, jul. 2017.

ANDRADE; MAGALHÃES. Arbitragem e Administração Pública: Limites e possibilidades de arbitrabilidade nos contratos de concessão (leis 8.987/1995 e 11.079/2004). Revista de Arbitragem e Mediação, 2020 vol. 65, p. 83 – 125

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal.*

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça.*

CABRAL, Antônio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Métodos alternativos de solução de conflitos – ADR. *Revista de Processo.* Vol. 259, set.2016.

CABRAL, Antônio do Passo; Convenções processuais. Teoria geral dos negócios jurídicos processuais. Ed. *JusPodivm.*, set.2020.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. O presente e o futuro da mediação: Desafio e perspectiva para os próximos 10 anos. Processo

Civil Contemporâneo, Homenagem aos 80 anos do professor Humberto Theodoro. Ed. Gen Forense, 2018, p.914-921.

CAMBI, Eduardo; HAAZ, Adriane; SCHMITZ, Nicole. Mediação de conflitos envolvendo direitos fundamentais sociais. Revista de Processo, vol. 289, p. 473 – 507, 2019.

DELGADO, José Augusto. Comentários ao Novo Código Civil. Das várias espécies de contrato,. Da constituição de renda. Do jogo e da aposta. Da fiança. Da transação. Do compromisso. Art 803 a 853, Vol. XI, Tomo II coord. Sálvio Figueiredo Teixeira. *Editora Forense* 2006.

FACHIN, Luiz Edson. Teoria crítica do direito civil. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Editora Del Rey, 2ª edição 2016, p.185.

GONÇALVES, Gláucio Maciel, OLIVEIRA, Fernanda Loures de. MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO: a necessária previsão de um real incentivo. Rev.de Formas Consensuais de Solução De Conflitos, Goiânia, v. 5 | n. 1 | p. 60-78| Jan/Jun.2019.

LÊDO, Ana Paula Ruiz; SABO, Isabela Cristina; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. Existencialidade humana: o negócio jurídico na visão pós-moderna. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 6, n. 1, 2017. Disponível em:. 26.09.2020.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. A transação no direito civil e no processo civil. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p.271.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. Direitos fundamentais indisponíveis: limites e padrões do consentimento para a autolimitação

do direito à vida. Tese de Doutorado. Uerj, 2010. Disponível em: [http://works.bepress.com/leticia_martel/].

MARTINS-COSTA, *Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos*, Revista Direito FGV, v. 1 n. 1, 2005, p. 41-66.

MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado: parte especial. Direito das obrigações. Extinção das dívidas e obrigações. Dação em soluto. Confusão. Remissão de dívidas. Novação. Transação. Outros modos de extinção. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 25

NERY JUNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado, ed. Revista dos Tribunais, 17º edição, 2018, p.2875.

NEVES, Daniel Assumpção Amorim. Manual de Direito Processual Civil. Volume único. Salvador: Juspodivm, 2018, p.1807.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Forense,2007

PEREIRA, Caio Maio da Silva. Instituições de direito civil: contratos, declaração unilateral de vontade, responsabilidade civil. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 3.

PERLINGIERI, Pietro. O direito civil na legalidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PERLINGIERI Pietro. Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti. 3. ed. Napoli: ESI, 2006.

RAY, Larry; CLARE, Anne L. The multi-door courthouse idea: building the courthouse of the future... today. Ohio state journal on dispute resolution, v. 1, n. 1, p. 07-54, 1985. Disponívelem:[https://kb.osu.edu/dspace/bitstream/handle/1811/75850/OSJDR_V1N1_007.pdf]. Acesso em 29.09.2020.

RODOTÀ, Stefano apud TEIXEIRA, ANA Carolina Brochado. Dal soggetto alla persona. Napoli: Editoriale Scientifica, 2007. Passim *in* Autonomia Existencial. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil | Belo Horizonte, v. 16, p. 75-104, abr./jun. 2018.

SPENGLER, Fabiana Marion; PRIEBE, Victor Saldanha. A razoável duração do processo na jurisdição brasileira. In*: Revista Eletrônica de Direito Processual*, 2017, v. 18, n. 2, p. 165-191.

TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitória) – versão atualizada para o CPC/2015 (LGL\2015\1656). Revista de Processo, São Paulo, v. 264, p. 83-107, fev. 2017

TEIXEIRA, ANA Carolina Brochado. Autonomia Existencial. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil | Belo Horizonte, v. 16, p. 75-104, abr./jun. 2018.

TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. In: TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

THEODORO JÚNIOR Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo de Franco; PEDRON, Flávio Quinnaud. Novo CPC. Lei 13.105, de 16.03.2015, Fundamentos e sistematização. 2016, p.519.

VENTURI, Elton. Transação de direitos indisponíveis? Revista de Processo vol. 251/2016 p. 391 – 426, 2016.

ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Apresentação. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord.). Justiça multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

WATANABE, Kazuo. Mediação como política pública social e judiciária. Revista do Advogado, ano XXXIV, n. 123, ago. 2014, p. 37.

Gestão processual e tecnologia nos Tribunais Superiores: Os "robôs" e a melhora na eficiência do Poder Judiciário.

Cícero de Barros Lisboa
Graduado em Direito pela UFV. Mestrando em Direito pela UFMG.
Advogado e Professor.ciceroblisboa@gmail.com.

RESUMO

O presente artigo tem o objetivo de entender como a Inteligência Artificial está sendo utilizada pelos Tribunais Superiores como técnica de gestão processual para suprir a diminuição do número de servidores e aumentar a eficiência do Poder Judiciário. Incialmente é apresentado o panorama da situação orçamentária e de pessoal do Judiciário no Brasil. Na sequência, explica-se em termos gerais o funcionamento da Inteligência Artificial e de seus algorítmicos, ressaltando o problema do enviesamento desse. Após, são apresentados os "robôs" dos Tribunais Superiores: Victor, Athos e Sócrates. Por fim, é apresentado um projeto de lei que pretende legislar sobre a Inteligência Artificial, concluindo pelo uso com transparência da Inteligência Artificial nos Tribunais Superiores.

Palavras-chave: Gestão processual. Tribunais Superiores. Inteligência Artificial.

Sumário: 1 Introdução; 2 O contexto brasileiro; 3 Os Tribunais Superiores e a Inteligência Artificial; 4 O robô Victor do STF; 5 Os robôs do STJ; 6 Regulamentação da Inteligência Artificial no Brasil;7Conclusão; 8 Referências.

1. INTRODUÇÃO

O Poder Judiciário brasileiro vive o que o professor Eric Wolkart denomina como "tragédia da justiça"(WOLKART, 2018), com o aumento no número de processos e a redução do número de servidores. Nos Tribunais Superiores, a realidade não é diferente, sendo eles responsáveis por parte considerável do tempo de tramitação das ações.

Com o fito de mitigar tal problema, a missão é fazer mais com menos, com técnicas de gestão processual. Para isso, os Tribunais Superiores tem investido em Inteligência Artificial (I.A.), a qual tem o condão de substituir trabalhos burocráticos dos servidores, acelerando a tramitação dos processos, visto que os servidores ficariam focados apenas em tarefas intelectuais.

O referido contexto impõe aos pesquisadores jurídicos indagarem sobre as vantagens e desvantagens do uso da Inteligência Artificial (I.A.) pelo Poder Judiciário. Nesse artigo, a partir de investigação bibliográfica e consulta de dados abertos será apresentado inicialmente o contexto do Judiciário brasileiro.

No segundo capítulo será apresentada a forma de funcionamento da I.A. e seus problemas. Por fim, serão apresentados os "robôs" que já atuam nos Tribunais Superiores: o Victor, o Athos e o Sócrates.

2. O CONTEXTO BRASILEIRO

O Relatório Justiça em Números 2020 demostra uma situação preocupante: Entre 2009 e 2019, a produtividade dos magistrados brasileiros aumentou em 32,5% (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA,2020m p. 106.), contudo a carga de trabalho total dos juízes aumentou em 26% (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020,p. 106.),. Nos Tribunais Superiores, o índice de produtividade aumentou em 80,4% entre 2011 e 2019 (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA,2020, p. 107). Mesmo assim, a carga de trabalho aumentou em 68,1% (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020,p. 107).

Também o índice de produtividade dos servidores da área judiciária do Poder Judiciário aumentou substancialmente. Entre 2009 e 2019, ele aumentou 24,1 %. A carga de trabalho, contudo, subiu 22,1 % no mesmo período (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020,p. 107-108). Considerando só os servidores dos Tribunais Superiores, a produtividade no mesmo período aumentou 38,6% e a carga de trabalho 59,5% (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020,p. 109).

A carga de trabalho do magistrado do 1º grau também aumentou 25,4%, e do 2º grau 32,8% (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020,p. 106). A carga de trabalho dos servidores do 1º grau 15,2% e do 2º grau 44,3% (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020,p. 109). Entre 2015 e 2019, o número de cargos existentes de servidores diminuiu 8,1 % e o número de cargos providos diminuiu 6% (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020,p. 90).O percentual de cargos vagos de servidores em todo o Poder Judiciário é de 17% (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020,p. 91). No Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais o percentual de cargos de magistrados vagos chega a 34,4%, e no Tribunal Regional Federal da 1ª Região é de 22,3%(CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020,p. 88).

O percentual de processos eletrônicos em face do de processos físicos, em todo o Poder Judiciário, cresceu mais de oito vezes(CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020,p. 115). Nos Tribunais Superiores, o percentual de processos eletrônicos chega a 86,9%(CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020,p. 116). Em relação ao tempo de duração do processo, a média no Poder Judiciário diminuiu em cerca de 6% (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020,p. 181). Nos tribunais superiores, a média permaneceu em 22 meses(CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020,p. 182).

O cenário tende a se agravar, visto que a partir de 2020 o Poder Judiciário terá de promover redução despesas para respeitar os limites impostos pela Emenda Constitucional 95, conhecida como “teto de gastos” (TOMAZELL; RODRIGUES, 2020);(SOUSA, 2020). A estimativa é de que o Judiciário precisará cortar 1 bilhão de reais do orçamento

para cumprir o teto (OLIVEIRA, 2020), o que tende, é claro, a reduzir o número de nomeações de servidores para suprir as vacâncias.

No Poder Executivo, por exemplo, a redução já começou. Apenas entre 2018 e 2019, o governo federal reduziu em 22.856 servidores o seu quadro de pessoal (AMATO, 2020). Curiosamente, mesmo assim a despesa com pessoal cresceu 14,9 bilhões de reais no mesmo período (AMATO, 2020). O índice de reposição dos servidores atual no executivo é de 26%, ou seja, de cada 100 servidores que deixam o serviço público, o Excecutivo repõe 26. Em termos comparativos, em 2014 o índice era de 168% (CARAM, 2020).

Com a tendência de ingresso de novas ações estabilizada (BRÍGIDO, 2020), e sem orçamento para nomeação de servidores, a opção dos tribunais tem sido aprimorar a gestão através do incentivo à prática da mediação e da conciliação e no uso da tecnologia. Para compreender essa mudança de paradigma, é necessário entender o conceito de gestão processual, o qual é elucidado por Érico Andrade:

> Tema que tem atraído a atenção da doutrina estrangeira, com destaque para as experiências inglesa e francesa, e mesmo da doutrina brasileira, é o da "gestão processual" ou "gerenciamento" do processo, em que o juiz assume o papel de "gestor" do processo, para organizar e conduzir a marcha processual, em sede de procedimento flexível ou adaptável segundo a complexidade do caso concreto, o que pode permitir distribuição mais adequada dos recursos judiciais entre todos os processos em curso, na busca de atuação mais efetiva da duração razoável do processo (ANDRADE, 2020).

Buscando essa distribuição mais adequada dos recursos, os Tribunais Superiores optaram por uma gestão "fora do processo", investindo em Inteligência Artificial que elimine o tempo durante o qual os servidores ficam ocupados com serviços burocráticos. Isso

torna os tribunais mais produtivos com o mesmo número de servidores. Outra opção dos Tribunais são a conciliação e os métodos alternativos para solução de controvérsias, como forma de reduzir o número de processos. O aumento no número de acordos tem sido incluído inclusive como meta institucional por vários Tribunais, o que mostra que a mesma passa a ser uma técnica de gestão judicial no plano macro (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS, 2020) (SCHUQUEL, 2020) (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA,2020) (TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO,2020) (MATOS, 2020).

O presente artigo analisa apenas a segunda técnica de gestão adotada pelos Tribunais Superiores, que é o uso da tecnologia, em especial a Inteligência Artificial (IA) (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019) (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019) (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2020a), como forma de otimização dos custos do Tribunal e permitir que os servidores foquem apenas em serviços que demandem grande reflexão jurídica.

3. OS TRIBUNAIS SUPERIORES E A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Como supra exposto, os Tribunais Superiores tem investido na I.A. para suprir o déficit de servidores. A tecnologia traz para o Judiciário avanços e também problemas, os quais serão delineados no presente artigo, mas a palavra que mais tem sido utilizada para definir a conexão da tecnologia com o Judiciário é "inevitável", como bem ressalta o Ministro do Superior Tribunal de Justiça Néfi Cordeiro:

> O futuro é inevitável. Temos uma resistência natural às mudanças, mas temos que nos adaptar às novas atividades que envolvem a tecnologia(...) sse é um tema que é necessário ser pensado. Não dá mais para fingir que a nossa realidade vai mudar de uma hora para outra, não vamos diminuir o número de processos de repente. O processo tem que mudar. Vamos ter a tecnologia ao nosso lado?

> Que bom. O processo exige respeito às garantias, independentemente da vontade social de uma persecução com resultados mais imediatos. O processo exige que a presunção de inocência não seja apenas uma palavra bonita. Precisamos que as garantias se concretizem. A tecnologia é um meio à nossa disposição (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2019).

Inicialmente, cumpre conceituar esse termo novo no estudo do Direito. O que seria Inteligência Artificial? Henrique Pinto traz clara definição:

> De acordo com Bellman (c1978, p. 2, tradução nossa), que tem uma concepção matemática a espeito do assunto, a IA é "a automatização de atividades que associamos à cognição humana, tais como a tomada de decisões, resolução de problemas e o aprendizado". Genérica e sinteticamente, a IA é a tentativa de transpor a capacidade humana de cognição para sistemas artificiais (PINTO, 2020).

Importante enfatizar que a I.A. está diretamente ligada ao algoritmo que a "controla". Nesse sentido, oportuno o conceito de Fábio Porto:

> Em termos gerais e simplistas, correndo o risco das simplificações redutoras, é possível definir a inteligência artificial (IA) como o desenvolvimento de sistemas de computador capazes de executar tarefas que normalmente exigem habilidades humanas. (...)O desafio da IA está em elaborar algoritmos capazes de realizar duas tarefas-chaves que os humanos realizam sem nenhum esforço: reconhecimento de padrões e bom senso (PORTO, 2019).

Como a I.A. funciona a partir de um algoritmo, é ele que determina o modo de atuação do programa. O funcionamento do algoritmo é bem delineado no excerto abaixo:

> Enquanto o hardware é a parte física de uma máquina, o software é a parte lógica – ou o "cérebro". Onde você diria, portanto, que está a inteligência artificial? No software, é claro. Por isso, se você quiser saber como um carro pode andar sozinho, por exemplo, esqueça o hardware, pois o segredo está no programa que orienta seus movimentos. (...)Os algoritmos são uma sequência de instruções que orientam o funcionamento de um software – que, por sua vez, pode resultar em movimentos de um hardware. E a inteligência artificial, onde entra nisso? Na sua origem, o algoritmo é muito simples, como em uma receita de bolo. Hoje, a lógica dos algoritmos é usada para criar regras extremamente complexas, para que possam resolver problemas sozinhos. Mesmo quando há dois ou mais caminhos a seguir em uma tarefa. Para isso, é necessário combinar algoritmos com dados. Voltando ao exemplo do bolo, uma pessoa o retira do forno quando observa que ele está pronto ou fazendo o teste do garfo. Uma máquina de fazer bolos com inteligência artificial poderia ter algum tipo de sensor que identificasse a textura do bolo. (...)Mas elas vão sempre funcionar dessa maneira: a partir de uma programação prévia, um código que considera essas variáveis, processa os dados e determina o que fazer em cada situação (FUNDAÇÃO INSTITUTO DE ADMINISTRAÇÃO, 2018).

Como a I.A. funciona a partir do algoritmo, percebe-se que ele é a "sentença" que determinará os efeitos do programa a serem usados

nos Tribunais. Como ilustram Dierle Nunes e Ana Luiza Marques "A inteligência artificial funciona a partir de sistemas de informática programados para dar respostas conforme a base de dados disponível. Esses artifícios recebem o nome de algoritmos" (NUNES; MARQUES, 2019). O centro do estudo do bom funcionamento da I.A. é o algoritmo, que por vezes pode estar enviesado. Isso já aconteceu em outros países, como no caso da I.A. COMPAS nos Estados Unidos da América:

> Na pesquisa, o programa COMPAS, amplamente usado pela justiça dos EUA para prever a reincidência criminal, teve sucesso em 65% das previsões, enquanto os humanos acertaram 67% dos chutes. E se isso já seria preocupante por si só, o cenário fica ainda pior com o conhecimento de que o tal software tende a prever de maneira equivocada a reincidência criminal de pessoas negras, apontando o dobro da probabilidade em comparação com brancas. Esse é um caso emblemático do que tem sido chamado de discriminação algorítmica, quando sistemas matemáticos ou de inteligência artificial são afetados por informações enviesadas que alimentam seu funcionamento. (...) Em outras palavras, ao ser construída em cima de um banco de dados que reflete uma sociedade injusta, a inteligência artificial acaba tomando também decisões discriminatórias. (...) Esses algoritmos são construídos a partir de dados. Se essas informações têm problema de anotação, ou seja, têm alguma parcialidade em relação a determinado aspecto, esses preconceitos serão naturalmente aprendidos (VICENTE, 2018).

O funcionamento da I.A. de maneira enviesada que gerou uma atuação racista do COMPAS é de difícil entendimento para aqueles que não são da área tecnológica, e por isso não tem sido abordado da

maneira necessária. O autor Paulo Elias explica de maneira didática como esse enviesamento acontece:

> Mas atenção: algoritmos não são imparciais. Os próprios algoritmos pode conter os preconceitos presentes nos criadores do algoritmo ou nos dados que foram usados para treinar o algoritmo. O desempenho dos algoritmos depende muito dos dados utilizados para desenvolvê-los. Os preconceitos que estão presentes nos dados serão refletidos pelos algoritmos. Tais desvios, intencionais ou não, podem ser inerentes aos dados, como também oriundos do próprio desenvolvedor do algoritmo(...). Os desvios são difíceis de serem descobertos se o algoritmo for muito complexo (como são os utilizados pelo Google), pior ainda se forem secretos. Se o algoritmo é simples e auditável, especialmente publicamente auditável, então haverá em tese (vou explicar adiante a razão do "em tese") maiores chances de que as decisões baseadas em tais algoritmos possam ser mais justas. Igualmente em relação aos dados utilizados para "treinar" o algoritmo. (...) À medida que os sistemas se tornaram mais complexos, os algoritmos também se tornaram mais complexos. O que chamamos de algoritmo pode consistir em múltiplos sub-algoritmos conectados de múltiplas formas. (...) Desta forma, para garantir a transparência nos algoritmos, precisamos garantir que todas as etapas do algoritmo possam ser explicadas de maneira que um indivíduo não especializado possa entender. Algoritmos podem ser criados "à mão", isto é: um humano projeta, testa e reconstrói o algoritmo até atingir o resultado desejado (ELIAS, 2017).

No direito estrangeiro já existem precedentes sobre os *softwares* governamentais. Nos Países Baixos, por exemplo, foi detectado um enviesamento em um *software* governamental, e um Tribunal declarou ilegal o uso da referida I.A. pelo governo holandês. O algoritmo foi considerado discriminatório e preconceituoso, como explica Isadora Rizzi(RIZZI, 2020) (GUTIERREZ, 2019).

Visto o risco do enviesamento, é imperioso conhecer os "robôs" que já atuam nos Tribunais Superiores e entender seu funcionamento (GUTIERREZ, 2019), a fim de ser possível avaliar os ganhos do Judiciário com sua utilização e eventuais problemas(GUTIERREZ, 2019).

4. O ROBÔ VICTOR DO STF

Criado por parceria entre a Universidade de Brasília e o STF, o "robô" Victor recebeu esse nome em homenagem ao ex-Ministro Victor Nunes Leal (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018).A função do Victor é "ler todos os recursos extraordinários que sobem para o STF e identificar quais estão vinculados a determinados temas de repercussão geral" (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018). Os números demostram uma grande eficácia quantitativa da I.A. nessa função:

> Ao ser anunciado o funcionamento do projeto, a Ministra Cármem Lúcia destacou que a classificação e análise de aproximadamente 42 mil processos necessitariam de cerca de 22 mil horas de trabalho de servidores, de modo que comparativamente, o sistema necessitaria de 5 segundos de trabalho em relação a 3 horas empenhadas por um servidor. Desse modo, o projeto chegaria a impactar na redução de 2 anos ou mais de tramitação nessa fase de reconhecimento da Repercussão Geral(ANDRADE; PINTO; LIMA;GALVÃO,2020).

Sobre a transparência algorítmica do Victor, a UNB disponibilizou diversos dados sobre a concepção do projeto, além de um resumo de como o Victor está programado para cumprir sua função. Ele funciona basicamente em cinco atos:

> 1 - Filtra elementos considerados espúrios, como erros de digitalização e imagens;
> 2 - Divide frases em partes menores e cria símbolos para as partes mais
> relevantes do texto;
> 3 - Reduz palavras muito parecidas ou que possuem mesmo radical a
> símbolos comuns;
> 4 - Dá uma etiqueta a cada arquivo, classificando-o em uma das peças
> relevantes ao projeto;
> 5 - Atribui um rótulo com a repercussão geral do processo. (INAZAWA; HARTMANN; CAMPOS; BRAZ; SILVA, 2019).

Cumpre ressaltar que o Victor não tem por objetivo substituir a tarefa jurisdicional dos Ministros, pois é focado exclusivamente em suprir atividades burocráticas de catalogação dos recursos, os quais ocupavam um tempo enorme dos servidores. Com o "robô", esses servidores podem ser deslocados para outras áreas do Tribunal, aumentando a eficiência dos recursos da Corte. Tainá Junquilo e Mamede Maia Filho explicam essa perspectiva do Victor:

> O objetivo do projeto não é o algoritmo tomar a decisão final acerca da repercussão geral, mas sim que, com as máquinas "treinadas" para atuar em camadas de organização dos processos, os responsáveis pela análise dos recursos possam identificar os temas relacionados de forma mais clara e consistente (STF, 2018). Isso trará, por

> consequência, maior qualidade e velocidade para o trabalho de avaliação judicial, com a redução das tarefas de classificação, organização e digitalização de processos. O desenvolvimento de tecnologia inovadora em termos de métodos de reconhecimento de padrões oriundos da área de inteligência artificial, em particular o aprendizado automático, tem trazido excelentes resultados em diferentes campos de aplicação, sendo de todo oportuno que seja utilizada pela Corte máxima do país em sistema tão sensível como o da repercussão geral (JUNQUILHO; MAIA FILHO, 2018).

Eduardo Toledo, também explicando o funcionamento do "robô" , reforça o caráter não jurisdicional do mesmo:

> [...] Existem padrões nas chamadas demandas repetitivas que tornam praticamente inevitável a aplicação de decisões padronizadas no processo judicial: ao se identificar que determinado processo trata de um tema específico já apreciado pelo Tribunal, aplica-se a decisão esperada. Esse trabalho é feito no STF quando um recurso extraordinário chega. Uma das primeiras etapas consiste em verificar se o tema contido no recurso extraordinário foi objeto de repercussão geral, ou seja, se o Tribunal reconheceu a existência ou não de repercussão geral. Se já tiver havido pronunciamento do Tribunal sobre o tema, o processo é direcionado para o Presidente para que este profira uma decisão no sentido de devolver à origem para que se aguarde o julgamento do mérito, quando reconhecida a existência da repercussão geral, ou para negar o recurso, quando não reconhecida a existência. A decisão é de um juiz (o Presidente do STF), não da máquina,

> e tal ato deverá sempre ser uma decisão de um indivíduo. Percebeu-se, internamente, junto com a Secretaria Judiciária do Tribunal, que o trabalho de identificação dos temas teria grande potencial para ser feito por uma inteligência artificial, o que traria grande benefício para o Tribunal ao permitir que os servidores envolvidos dedicassem o seu tempo a atividades mais complexas relacionadas com a admissibilidade do recurso extraordinário. Identificada a necessidade, foi possível definir o objeto inicial: o desenvolvimento de uma inteligência artificial capaz de identificar os temas de repercussão geral de maior repetição no Tribunal (TOLEDO, 2018).

Essa separação de processos, função precípua do Victor, foi testada pelos desenvolvedores, no qual ele atingiu mais de 90% de acerto. A testagem do funcionamento do "robô" é descrita por Nathália Medeiros:

> Um dos grandes desafios enfrentados pela equipe de desenvolvedores foi superar as dificuldades de análise de conteúdo para extração do texto decorrentes do fato de que boa parte dos documentos analisados (em formato PDF) era obtida pela digitalização de documentos impressos, que muitas vezes contêm anotações manuscritas, carimbos, manchas, etc. Além disso, também havia a dificuldade decorrente do fato de os arquivos serem fragmentados em vários volumes, acarretando que uma petição fosse fragmentada antes de seu término, sendo continuada em outro volume de PDF distinto. Após a extração dos dados, os textos foram submetidos à rede neural convolucional, sendo realizada uma análise com um conjunto de dados contendo 6.814 documentos

> do STF obtendo, segundo os autores, uma precisão de 90,35% (MEDEIROS, 2019).

Os efeitos do Victor na prática são expressivos. A estimativa da Corte é de que dos 80 mil Recursos Extraordinários apresentados à Corte em 2017, 10 mil casos seriam selecionados apenas com o "robô", com base nos dados do seu funcionamento no STF (TEIXEIRA, 2018).

Com base nos resultados do Victor, o STF está "Módulo de Jurisdição Extraordinária (MJE)" o qual é classificado pelos desenvolvedores como "o maior projeto de inovação tecnológica do Poder Judiciário". Os estudos preliminares indicam que "76% do esforço operacional no processamento judicial interno da Corte são passíveis de serem reduzidos com o novo sistema, o que representa milhões de reais em recursos humanos por ano" (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019). A premissa principal do MJE é " a automação de etapas meramente burocráticas da tramitação de recursos que hoje demandam a atuação direta de juízes e servidores, permitindo que estes dediquem o seu tempo à efetiva análise jurídica das razões das partes"(SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019).

5. OS ROBÔS DO STJ

O primeiro "robô" do STJ é conhecido como "Sistema Athos", em homenagem ao ex-Ministro da Corte Athos Gusmão Carneiro. O "robô" tem como missão "de identificar – mesmo antes da distribuição aos ministros – processos que possam ser submetidos à afetação para julgamento sob o rito dos recursos repetitivos"(SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2020b).

O Athos funciona em três missões: Monitoramento, agrupamento e identificação de temas repetitivos (BATITUCCI; MARTINS, 2019). O "robô" atua monitorando a entrada dos processos, periodicamente comparando "lotes de processos entre si para formação de novos grupos" e cotejando "cada processo novo com grupos previamente formados" (BATITUCCI; MARTINS, 2019).

O segundo "robô" do STJ é o Sócrates. O nome é uma referência a máxima socrática "conhece a ti mesmo". A função precípua do Sócrates é oferecer informações relativas ao processo em análise ao julgador, poupando o magistrado do tempo de procurar nos sistemas do Tribunal processos semelhantes. A atual versão da I.A., conhecida como Sócrates 2.0, é assim definida pela Corte:

> (..)o Sócrates 2.0, ferramenta capaz de apontar, de forma automática, o permissivo constitucional invocado para a interposição do recurso, os dispositivos de lei descritos como violados ou objeto de divergência jurisprudencial e os paradigmas citados para justificar a divergência. Além disso, o Sócrates 2.0 identifica as palavras mais relevantes no recurso especial e no agravo em recurso especial e as apresenta ao usuário na forma de "nuvem de palavras", permitindo a rápida identificação do conteúdo do recurso. A ferramenta também sugere as controvérsias jurídicas potencialmente presentes no recurso, identificando quais delas correspondem a controvérsias afetadas pelo STJ ao rito dos recursos repetitivos(SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2020b).

A atuação do Sócrates na prática é capaz de selecionar "grupos de processos similares em 100 mil processos, em menos de 15 minutos", assim como aqueles recursos "que tratam da mesma matéria em um universo de 2 milhões de processos e 8 milhões de peças processuais, o que abrange todos os processos em tramitação no STJ e mais 4 anos de histórico, em 24 segundos" (FREITAS, 2020). O percentual de acerto do robô é de 86% (CONJUR, 2018).

6. REGULAMENTAÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO BRASIL

Na Câmara dos Deputados, tramita o Projeto de Lei 21/20, de autoria do Deputado Eduardo Bismarck (Partido Democrático Trabalhista-Ceará). Justificativa da proposta, o parlamenta alega que é necessária "a edição de legislação sobre a matéria, tornando obrigatórios os princípios consagrados no âmbito internacional e disciplinando direitos e deveres"(CAMARA DOS DEPUTADOS, 2020).

As grandes inovações do projeto são a criação da "figura do agente de IA, que pode ser tanto o que desenvolve e implanta um sistema de IA (agente de desenvolvimento), como o que opera (agente de operação)" e a previsão legal da transparência da I.A. que seja usada pelo Poder Público (VIANA, 2020).

Atualmente, a proposta aguarda designação de relator na Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática.

7. CONCLUSÃO

A Inteligência Artificial mostra-se uma solução para suprir parcialmente o déficit de servidores existente no Judiciário, o qual tende a aumentar. A tecnologia realiza serviços burocráticos com altíssimos índices de precisão, permitindo que os servidores da ativa possam se dedicar exclusivamente a questões técnicas.

No caso dos Tribunais Superiores, o Victor, o Athos e o Sócrates tem sido desenvolvidos com grande diálogo entre as Cortes e a sociedade. Isso torna o sistema transparente. Pelo fato de também não possuírem função decisória igualmente estão menos susceptíveis a enviesamentos.

Cotejando então o grau de acerto dos "robôs", seu baixo risco de enviesamento e o número de funções exercidas, as quais têm o condão de ajudar muito a desafogar os processos nos Tribunais Superiores, conclui-se que a Inteligência Artificial é uma técnica de gestão processual adequada e muito eficaz nos casos expostos. Certo disso,

o STF, por exemplo, está criando o citado MJE, que será uma união de vários "robôs".

Para tornar mais previsível o funcionamento transparente dos algoritmos, faz-se a ressalva de que é importante que se positive no ordenamento jurídica o princípio da transparência algorítmica, como prevê o Projeto de lei da Câmara dos Deputados 21/2020.

8. REFERÊNCIAS

AMATO, Flávio. Governo registra em 2019 maior redução no número de servidores na ativa em 20 anos. **G1**. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/02/14/governo-registra-em-2019-maior-reducao-no-numero-de-servidores-na-ativa-em-20-anos.ghtml>.Acesso em 16/10/2020

ANDRADE, Érico: Gestão Processual Flexível, Colaborativa e Proporcional: cenários para implementação das novas tendências no CPC/2015. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, n. 76, p. 183-212, jan./jun. 2020.

ANDRADE, Mariana Dionísio de; PINTO, Eduardo Régis Girão de Castro; LIMA, Isabela Braga de; GALVÃO, Alex Renan de Sousa. Inteligência artificial para o rastreamento de ações com Repercussão Geral: o Projeto Victor e a realização do princípio da razoável duração do processo. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 1, p. 312-335, 2020.

BATITUCCI, Luiz Anísio Vieira; MARTINS, Amilar Domingos Moreira. Sistemas apoiados por Inteligência Artificial: Superior Tribunal de Justiça. **ENASTIC.JF**. Disponível em<http://www.jf.gov.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/eventos/eventos-cej/2019/stj-apresentacao-enastic-junho-2019-2.pdf> Acesso em 20/10/2020.

BRÍGIDO, Carolina. Justiça em números: estoque de processos no país aumenta 30% em uma década, aponta CNJ. **O GLOBO**. Disponível em< https://oglobo.globo.com/brasil/justica-em-numeros-estoque-de-processos-no-pais-aumenta-30-em-uma-decada-aponta-cnj-23910412>. Acesso em 20/10/2020.

CAMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei 21/20. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?-codteor=1853928>. Acesso em 20/10/2020.

CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti O princípio da eficiência no processo civil brasileiro. **Dissertação de Mestrado**. Universidade Federal de Pernambuco. Recife.2017

CARAM, Bernardo. Reforma administrativa silenciosa de Guedes promove ajuste de R$ 68 bilhões. **Folha de São Paulo**. Disponível em < https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/10/reforma-administrativa-silenciosa-de-guedes-promove-ajuste-de-r-68bilhoes.shtml?utm_source=twitter&utm_medium=social&utm_campaign=twfolha>. Acesso em 16/10/2020.

CONJUR. STJ cria sistema de inteligência artificial para agilizar processos. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-jun-14/stj-cria-sistema-inteligencia-artificial-agilizar-processos>. Acesso em 20/10/2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Judiciário ganha agilidade com uso de inteligência artificial. 2019. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/judiciario-ganha-agilidade-com-uso-de-inteligencia-artificial/> Acesso em 18/10/2020

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2020**: ano-base 2019. Brasília: *CNJ*, 2020.

ELIAS, Paulo Sá. **Algoritmos, Inteligência Artificial e o Direito**. 2017. Disponível em < https://www.conjur.com.br/dl/algoritmos-inteligencia-artificial.pdf>. Acesso em 19/10/2020.

FREITAS, Hyndara. Judiciário brasileiro tem ao menos 72 projetos de inteligência artificial nos tribunais. **JOTA.** Disponível em <https://www.jota.info/coberturas-especiais/inova-e-acao/judiciario-brasileiro-tem-ao-menos-72-projetos-de-inteligencia-artificial-nos-tribunais-09072020>. Acesso em 20/10/2020.

FUNDAÇÃO INSTITUTO DE ADMINISTRAÇÃO. Inteligência artificial: o que é, como funciona e exemplos. 2018. Disponível em < https://fia.com.br/blog/inteligencia-artificial/>. Acesso em 19/10/2020.

GUTIERREZ, Andriei. É possível confiar em um sistema de inteligência artificial?: práticas em torno da melhoria da sua confiança, segurança e evidências de accountability. In: FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin (coord.). **Inteligência artificial e direito: ética, regulação e responsabilidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 83-97.

INAZAWA, Pedro; HARTMANN, Fabiano; CAMPOS, Teófilo de; BRAZ, Fabricio; SILVA, Nilton. Projeto Victor: Como o uso do aprendizado de máquina pode auxiliar a mais alta corte Brasileira a aumentar a eficiência e a velocidade de avaliação judicial dos processos julgados. **Machine Learning**. Disponível em <https://cic.unb.br/~teodecampos/ViP/inazawa_etal_compBrasil2019.pdf>. Acesso em 20/10/2020

JUNQUILHO, Tainá Aguiar; MAIA FILHO, Mamede Said. Projeto Victor: perspectivas de aplicação da inteligência artificial ao direito. In: **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, v. 19, n. 3, set./dez. 2018, p. 219-238

MATOS, Eduardo. Judiciário gaúcho aposta em mediação e conciliação para agilizar resolução de conflitos na pandemia. **Gaúcha**. Disponível em <https://gauchazh.clicrbs.com.br/coronavirus-servico/noticia/2020/07/judiciario-gaucho-aposta-em-mediacao-e-conciliacao-para-agilizar-resolucao-de-conflitos-na-pandemia-ckcnrmvkh007n013g7ux9ev1w.html>. Acesso em 18/10/2020

MEDEIROS, Nathália Roberta Fett Viana de. Uso da inteligência artificial no processo de tomada de decisões jurisdicionais: Uma análise sob a perspectiva da teoria normativa da comparticipação. **Dissertação de Mestrado**. Belo Horizonte: Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. 2019.

NUNES, Dierle ; MARQUES, Ana Luiza. Algoritmo: o risco da Decisão das máquinas. **Revista Bonijuris** -ano 31 - edição 659 - ago/set 2019.

NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza Pinto Coelho. Inteligência artificial e direito processual: vieses algorítmicos e os riscos de atribuição de função decisória às máquinas. **Revista de Processo**, v. 285, nov./2018.

OLIVEIRA, Ribamar. Judiciário precisa cortar R$ 1 bi para cumprir teto. **Valor Econômico**.Disponívelem<https://valor.globo.com/brasil/noticia/2020/02/03/judiciario-precisa-cortar-r-1-bi-para-cumprir-teto.ghtml>. Acesso em 16/10/2020.

PINTO, Henrique. A utilização da inteligência artificial no processo de tomada de decisões: Por uma necessária accountability. **RIL Brasília** . 57 n. 225 p. 43-60 jan./mar. 2020.

PORTO, Fábio Ribeiro. O impacto da utilização da inteligência artificial no executivo fiscal. Estudo de caso do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Revista Direito em Movimento**, Rio de Janeiro, v. 17 - n. 1, p. 142-199, 1º sem. 2019

RIZZI, Isadora. **Direitos Humanos na Era de Algoritmos** – O pioneirismo da sentença que vedou a utilização de IA pelo Estado Neerlandês. Disponível em < https://tnp.adv.br/22-06-2020-direitos-humanos-na-era-de-algoritmos-o-pioneirismo-da-sentenca-que-vedou-a-utilizacao-de-ia-pelo-estado-neerlandes/>. Acesso em 19/10/2020.

RODAS, Sérgio. Para desafogar STF, Moraes defende limitar leitura de voto e agilizar liminares. **CONJUR**. Disponível em < https://www.conjur.com.br/2018-out-06/desafogar-stf-moraes-defende-limitar-tempo-leitura-voto>. Acesso em 14/10/2020.

SCHUQUEL, Tayná. Com pandemia, Judiciário aposta em acordos on-line para resolver conflitos. **Metrópoles**. Disponível em:< https://www.metropoles.com/brasil/justica/com-pandemia-judiciario-aposta-em-acordos-on-line-para-resolver-conflitos>. Acesso em 18/10/2020

SILVA, Paulo Eduardo Alves da. **Gerenciamento de processos judiciais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOUSA, Yvina. Judiciário e Ministério Público estouraram teto de gastos em 2019. **G1**.Disponível em < https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/01/29/judiciario-e-ministerio-publico-estouraram-teto-de-gastos-em-2019-diz-tesouro.ghtml>. Acesso em 16/10/20.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Presidente do STJ destaca importância da inteligência artificial na gestão e no planejamento da Justiça. 2020. Disponível em <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/02072020-Presidente-do-STJ-destaca-importancia-da-inteligencia-artificial-na-gestao-e-no-planejamento-da-Justica.aspx>.Acesso em 18/10/2020

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Revolução tecnológica e desafios da pandemia marcaram gestão do ministro Noronha na presidência do STJ. 2020. Disponível em < http://www.stj.jus.br/

sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/23082020-Revolucao-tecnologica-e-desafios-da-pandemia-marcaram-gestao-do-ministro-Noronha-na-presidencia-do-STJ.aspx>. Acesso em 14/10/2020.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. STJ sedia encontro para debater novas tecnologias e aperfeiçoamento do Sistema de Justiça. 2019. Disponível em < http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/STJ-sedia-encontro-para-debater-novas-tecnologias-e-aperfeicoamento-do-Sistema-de-Justica.aspx >. Acesso em 18/20/2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Inteligência artificial vai agilizar a tramitação de processos no STF . 2018. Disponível em < http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=380038>. Acesso em 12/12/2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Presidente do Supremo apresenta ferramentas de inteligência artificial em Londres. 2019. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=422699>. Acesso em 18/10/2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF vai contratar seu primeiro sistema com fundamento na legislação de incentivo à inovação tecnológica. 2019. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=423418>. Acesso em 20/10/2020.

TEIXEIRA, Matheus. STF investe em inteligência artificial para dar celeridade a processos. **JOTA.** Disponível em <www.jota.info/coberturas-especiais/inova-e-acao/stf-aposta-inteligencia-artificial-celeridade-processos-11122018>. Acesso em 14/10/2020.

TOMAZELLI, Idiana; RODRIGUES, Eduardo. Sem 'socorro' do Executivo, Judiciário inicia corte de gastos para cumprir teto. **Uol**. Disponível em < https://economia.uol.com.br/noticias/estadao-

conteudo/2020/03/08/sem-socorro-do-executivo-judiciario-inicia-corte-de-gastos-para-cumprir-teto.htm>. Acesso em 16/10/2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. META TJMG 9 RELATÓRIO DE SITUAÇÃO - ANO 2019<http://www.tjmg.jus.br/data/files/30/05/7E/0D/F9A307105A7FF1075ECB08A8/Meta%20Institucional%20TJMG%209%20Acordos.pdf>.. Acesso em 18/10/2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. Conciliações pré-processuais e processuais vão desafogar demanda no pós-pandemia. Disponível em < https://www.tjsc.jus.br/web/imprensa/-/pjsc-aposta-nas-conciliacoes-pre-processuais-e-processuais-para-desafogar-demanda-no-pos-pandemia?inheritRedirect=true>.>. Acesso em 18/10/2020.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO. Disponível em < https://portal.trf1.jus.br/portaltrf1/institucional/gestao-estrategica/metas-do-poder-judiciario/>. Acesso em 18/10/2020.

VIANA, Cleia Projeto cria marco legal para uso de inteligência artificial no Brasil. **Agência Câmara de Notícias**. Disponível em <https://www.camara.leg.br/noticias/641927-projeto-cria-marco-legal-para-uso-de-inteligencia-artificial-no-brasil/>. Acesso em 20/10/2020.

VICENTE, João Paulo Preconceito das máquinas: como algoritmos podem ser racistas e machistas. **UOL**. 2018 Disponível em: < https://www.uol.com.br/tilt/noticias/redacao/2018/04/24/preconceito-das-maquinas-como-algoritmos-tomam-decisoes-discriminatorias.htm>. Acesso em 19/10/2020.

WOLKART, Eric Navarro. Análise econômica e comportamental do processo civil: como promover a cooperação para enfrentar a

tragédia da Justiça no processo civil brasileiro. **Tese de Doutorado**. Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro. 2018.

GESTÃO PROPORCIONAL COMO FERRAMENTA PARA UM PROCESSO EFICIENTE

Daniel Calazans Palomino Teixeira
Mestrando e Bacharel em Direito pela UFMG. Pós-graduado em Gestão Estratégica de Negócios pela FGV/SP. Advogado. E-mail: danielcalazans@hotmail.com

RESUMO

Por meio deste breve artigo, analisa-se a "aspiração generalizada pela rapidez na solução dos processos judiciais" e como técnicas básicas de gestão podem impactar positivamente na realidade judiciária brasileira atual, a fim de concretizar o princípio da eficiência no âmbito do Poder Judiciário. Para tanto, necessário que se tenham dados estatísticos suficientes, pois, do contrário, não é possível gerenciar a atividade judiciária. A metodologia utilizada neste estudo refere-se à revisão da bibliografia sobre o tema, bem como os parcos dados atualmente disponíveis, explicitando a urgente necessidade se conhecer, de forma mais detalhada, os resultados dos processos no dia a dia. O artigo conclui que o Judiciário está no caminho de profissionalizar a gestão processual, porém ainda há muito a ser feito.

Palavras-chave: Gestão proporcional. Celeridade processual. Princípio da eficiência. Dados estatísticos. Técnicas básicas de gestão.

Sumário: 1. Justiça tardia pode ser falha; 2. Técnicas básicas de gestão e a realidade judiciária brasileira atual; 3. Gestão processual proporcional; 4. Conclusão.

1. JUSTIÇA TARDIA PODE SER FALHA

É publica e notória a crise[1] enfrentada atualmente pelo Poder Judiciário: a almejada celeridade judicial (Constituição da República, art. 5.º, LXXVIII) – alçada ao patamar de direito fundamental pela Emenda Constitucional (EC) n. 45/2004 ("Reforma do Judiciário") – tem ficado cada vez mais distante, gerando inevitável descrédito na jurisdição e, por vezes, consequente utilização da autotutela.

A Constituição da República (CR/88) – publicada "depois de superados cinco lustros de regime autoritário e de restrições às liberdades públicas"[2], com violações aos mais básicos direitos fundamentais – trouxe uma vasta gama de garantias para o cidadão (de forma individual e coletiva), alargando sobremaneira o conjunto de normas jurídicas que regem as relações entre os homens nos mais diversos níveis.

Essas garantias vieram não apenas no campo do direito material, mas também no do direito processual. De um lado, tivemos, nos dois últimos séculos, um considerável avanço do estudo da ciência do processo, com grande desenvolvimento dos conceitos e dos procedimentos, tornando-o mais justo na busca da verdade possível; por outro lado, ocorreu um aumento nas possibilidades de chicanas em decorrência de alguns formalismos que, felizmente, têm sido combatidas pela ideia crescente de instrumentalidade do processo – embora alguns procedimentos devam ser estritamente obedecidos, o direito processual deve ser visto como uma técnica de pacificação social, razão pela qual ele não pode se desvincular de seus objetivos a serem cumpridos nos planos social, econômico e político (escopos

1 Como bem observa Gláucio Maciel Gonçalves, a expressão "crise da justiça" é criticada pela doutrina, que tem utilizado, em substituição, a expressão "aspiração generalizada pela rapidez na solução dos processos judiciais" (*cf.* "Direito e tempo". *in* JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (Org.). *Processo civil: novas tendências. Homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 285.

2 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 203.

metajurídicos), privilegiando a importância e a efetividade dos resultados da experiência dos jurisdicionados[3].

Apesar dos avanços normativos processuais – em especial a "contratualização" ou a "calendarização" do processo (também conhecidas como "negócios jurídicos processuais"[4]), positivadas pelos artigos 190 e 191 do CPC/15 –, referidas formalidades (a grande maioria delas necessárias) são frequentemente apontadas como uma das causas da inefetividade da jurisdição.

Paralelamente, assistimos ao avanço nos meios de comunicação, fazendo com que a informação chegue cada vez fácil e rápido a todos os indivíduos[5], tornando-os mais cientes dos seus direitos materiais e agregando um novo significado ao senso de justiça de uma maneira geral – em especial no tocante à "demora" na solução do litígio, considerando-se que a noção de tempo tem se relativizado cada vez (e sempre para menos, isto é, tudo tem se tornado mais acelerado).

E o Estado, ao afirmar sua capacidade de decidir imperativamente (poder sem o qual ele mesmo sequer se sustentaria, nem teria como cumprir os fins que o legitimam, tornando ainda sem razão de ser o seu ordenamento jurídico) e concretizar o culto ao valor liberdade (limitando e fazendo observar os contornos do poder e do seu exercício), deve sempre buscar um equilíbrio entre esses valores no exercício da jurisdição[6] – e, como sabido, o direito processual é o instrumento por meio do qual os direitos materiais são cumpridos em caso de uma pretensão resistida.

Vale relembrar que o processo (especialmente o civil) atual é resultado de paciente evolução que se desenvolveu a partir de um demorado e estático período em que o sistema processual era visto como simples fração do direito privado, desprovido de qualquer

3 *Cf.* DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. I. 2.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 253-256.

4 THEODORO JÚNIOR, Humberto *et al. Novo CPC – fundamentos e sistematização*. 2.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 225-236.

5 SIQUEIRA, Tagore Villarim. *O setor de tecnologia da informação e a comunicação*. Revista Do BNDES, Rio de Janeiro, v. 14, n. 27, jun/2007, p. 213-260.

6 DINAMARCO. Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 168.

autonomia (sincretismo processual) – tendo passado, posteriormente, por uma fase de formulação de conceitos e estruturas bem ordenadas, chegando ao ponto de se imaginar um fim em sim mesmo (autonomia do processo).

Nas últimas décadas, os processualistas perceberam que o processo não é um modo de exercício dos direitos (colocado no mesmo plano dos demais modos previstos pelo direito privado), mas o caminho para se obter uma proteção especial por meio do juiz, qual seja, a tutela jurisdicional – as normas do direito processual não têm por objeto os bens da vida (próprios do direito privado), e sim os fenômenos que ocorrem na vida do processo (jurisdição, ação, defesa e processo).

Dessa forma, os estudiosos do direito processual conscientizaram-se da necessidade de direcionar o processo para resultados substancialmente justos, superando o exagerado tecnicismo reinante até então, o que deu origem ao período de instrumentalismo (ou teleologia) do processo.

Hoje, o processo tutela uma ordem superior de princípios e valores, os quais estão acima dos interesses controvertidos das partes, voltados para a realização do bem comum – a preponderância do interesse público sobre os interesses privados conflitantes manifesta-se em diversos pontos da nova dogmática processual.

E esse bem comum é justamente a efetividade da tutela jurisdicional (efetiva satisfação), de modo a proporcionar à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, daqueles que se socorrem do Poder Judiciário[7].

7 "Querer que o processo seja efetivo é querer que desempenhe com eficiência o papel que lhe compete na economia do ordenamento jurídico. Visto que esse papel é instrumental em relação ao direito substantivo, também se costuma falar da instrumentalidade do processo. Uma noção conecta-se com a outra e por assim dizer a implica. Qualquer instrumento será bom na medida em que sirva de modo prestimoso à consecução dos fins da obra a que se ordena; em outras palavras, na medida em que seja efetivo. Vale dizer: será efetivo o processo que constitua instrumento eficiente de realização do direito material" (MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Por um processo socialmente efetivo". *Revista de Processo*. São Paulo, v. 27, n. 105, p. 183-190, jan./mar. 2002, p. 181).

O grande vilão dessa efetividade é, justamente, a demora na concessão do provimento judicial, de modo que atualmente muito se tem voltado para o estudo de formas para reduzir esse tempo de duração dos procedimentos, em uma "aspiração generalizada pela rapidez na solução dos processos judiciais".

O antigo jargão "justiça tarda, mas não falha" torna-se cada vez mais incoerente, mesmo porque a justiça tardia pode ser falha (e muitas vezes de fato é). Atualmente, tem-se focado cada vez mais na efetividade da tutela jurisdicional, que consiste – em conjunto com a celeridade e a adequabilidade – em um dos pilares do provimento jurisdicional justo[8].

Ora, do que adianta para o jurisdicionado receber sua tutela pretendida de forma adequada, respeitando-se todas as garantias processuais previstas, se não é mais possível efetivá-la? Todo aquele que delega ao Poder Judiciário a solução da pretensão resistida pela outra parte não tem como interesse imediato um procedimento adequado, mas sim a efetivação da tutela que dele deriva.

E, na maioria dos casos, o (detentor do) direito não pode esperar; seja pela possibilidade de seu perecimento, seja pela atual "síndrome do pensamento acelerado" que atinge a maioria da população. A rapidez da informação nos dias atuais tem afetado sobremaneira a humanidade que, sem perceber, vem sofrendo uma alteração no "o ritmo de construção dos pensamentos, gerando consequências seríssimas para a saúde emocional" e, em especial, para "a sustentabilidade das relações sociais"[9] – objetivo finalístico da ciência jurídica[10].

8 Ao jurisdicionado deve ser "assegurada a efetividade real do 'resultado'", isto é, deve-lhe ser garantida "a possibilidade de obter uma eficaz tutela jurisdicional" em um prazo razoável e que seja destinada à proteção das necessidades do direito substancial (*cf.* OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 84-85).

9 A ansiedade (síndrome do pensamento acelerado) tem sido tratada por psiquiatras e psicoterapeutas como o mal do século (*cf.* CURY, Augusto. *Ansiedade: como enfrentar o mal do século: a síndrome do pensamento acelerado: como e por que a humanidade adoeceu coletivamente, das crianças aos adultos.* São Paulo: Saraiva, 2014, p. 17).

10 IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo Direito*. 21.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 01.

Nesse contexto da busca pela efetividade social do processo[11], do acesso à ordem jurídica justa e da garantia de proteção judicial dentro de um prazo razoável é que se pretende, por meio dessas breves considerações, expor como técnicas básicas de gestão podem auxiliar na dita "aspiração generalizada pela rapidez na solução dos processos judiciais", de modo a respeitar, em última análise o princípio da eficiência, positivado no art. 8.º do Código de Processo Civil (CPC/15).

2. TÉCNICAS BÁSICAS DE GESTÃO E A REALIDADE JUDICIÁRIA BRASILEIRA ATUAL

Desde o início da civilização o ser humano, intuitivamente, tem consciência de suas mais diversas limitações. Esse reconhecimento de sua fragilidade em determinados aspectos levou-o à conclusão de que, para obter determinados fins, era necessário e indispensável agrupar-se para poder, assim, cumprir com seus propósitos. Essas primeiras reuniões de pessoas rapidamente compreenderam que a coordenação grupal era essencial, nascendo assim as primeiras sociedades e primitivas instituições baseadas na organização e na administração – ferramentas indiscutivelmente indispensáveis para a superveniência e evolução da espécie humana[12].

Tanto no passado quanto nos dias atuais, toda sociedade em que haja desorganização, a eficiência desaparece e o descontrole impera, tendo em vista a falta de um fim comum liderado e coordenado. Toda estrutura de produção (incluindo, por óbvio, os órgãos jurisdicionais nos seus mais diferentes níveis) requer um mínimo de planejamento estratégico, execução e acompanhamento racionais[13].

A liderança devidamente munida de ferramentas gerenciais tem condições de otimizar os processos (produtivos e de serviços), além

11 MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Por um processo socialmente efetivo". *Revista de Processo*. São Paulo, v. 27, n. 105, p. 183-190, jan./mar. 2002.

12 *Cf.* GURGEL, Cláudio e RODRIGUEZ, Martius Vicente Rodriguez y. *Administração: elementos essenciais para a gestão das organizações.* 2.ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 2.

13 *Cf.* CONTADOR, José Celso (Coord.). *Gestão de operações: a engenharia de produção a serviço da modernização da empresa*. 2.ª ed., São Paulo: Edgard Blücher, 2004, p. 9-10.

de melhorar a alocação de recursos humanos e financeiros, evitando desperdícios de diversas ordens[14].

O propósito básico inicial de qualquer organização é identificar seu direcionamento estratégico: definir sua cultura organizacional, seus valores organizacionais, sua visão, sua missão e suas metas[15] – é claro que, tratando-se de pessoas jurídicas de direito público, a discricionariedade do administrador é extremamente limitada pelo interesse público; nada lhe impede, contudo, de adaptar o direcionamento estratégico do órgão à sua realidade restrita[16].

Os operadores do direito brasileiros, em regra, não detêm conhecimentos de planejamento e gestão estratégica, nem mesmo gerenciamento de processos. Inclusive, vale destacar que, pela atual legislação em vigor, a alta administração dos Tribunais é formada, em sua maioria, por magistrados de carreira, que se dedicaram profissionalmente apenas a processar e julgar ações, limitando-se a gerenciar seu próprio gabinete – o qual, aliás, normalmente, é administrado de forma meramente intuitiva, por métodos desenvolvidos a partir de técnicas obtidas via tentativa-erro / acerto-compreensão / ajuste-tentativa / compreensão-decisão (tudo sem qualquer gerenciamento técnico básico).[17]

Como se não bastasse, de repente, desprovido de qualquer experiência (prática ou acadêmica) em gestão, um desses magistrados recebe uma estrutura colossal para administrar, com orçamento que chega a bilhões de reais por ano e um número de servidores compatível

14 SIMIONATO, Monica. *Liderança para advogados*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 25-30.

15 COSTA, Eliezer Arantes. *Gestão estratégica: da empresa que temos para a empresa que queremos*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 33-42.

16 KANNANE, Roberto. *Gestão Pública – Planejamento, Processos, Sistemas de Informação e Pessoas*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 17-29.

17 "(...) o magistrado tem, em regra, tão só a formação jurídica. Despido de uma formação de administrador e das técnicas para melhor gerir um aparato burocrático, parece que o magistrado ou a magistrada que está à frente da unidade judiciária atua mais com base no empirismo e na improvisação, com os instrumentos e recursos que lhe são mais acessíveis, seguindo as suas intuições para tentar identificar eventuais óbices para um processamento eficaz." (ALVES DA SILVA, Paulo Eduardo; ARENA FILHO, Paulo Ricardo. "Ser juiz ou ser gestor - percepções e práticas de gestão judiciária na magistratura estadual, federal e do trabalho no Estado de São Paulo". Revista de Direito Público do IDP, Brasília, Volume 17, n. 91, 139, jan./fev. 2020).

com algumas das maiores empresas do mundo – o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), por exemplo, tem cerca de 43 mil servidores; enquanto a Companhia de Bebidas das Américas (Ambev), gerida por notáveis executivos, tem cerca de 49 mil funcionários[18].

Dessa forma, ante o engessamento da atividade jurisdicional na condução do procedimento e o natural despreparo técnico em gestão dos líderes judiciários para gerenciar os Tribunais frente à massificação de litígios que ocorreu nas últimas décadas, mostrou-se cada vez mais necessária e urgente uma intervenção política, legislativa e jurisdicional, culminando na Emenda Constitucional (EC) n. 45/2004 ("Reforma do Judiciário), a qual promoveu significativas alterações institucionais.

Dentre suas principais inovações, destacam-se[19]:

a) o direto à razoável duração do processo;

b) a proporcionalidade entre o número de juízes na unidade jurisdicional e a

efetiva demanda judicial e a respectiva população;

c) o funcionamento ininterrupto da atividade jurisdicional;

d) a distribuição imediata dos processos em todos os graus de jurisdição;

e) a instituição do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Haja vista os três enfoques que levaram à "Reforma do Judiciário"[20] – morosidade da justiça ("questões relativas à tramitação dos processos"), aumento exponencial do número de litigantes ("judicialização da política e abertura do Judiciário para os mais pobres") e custo do Judiciário ("custo com manutenção dos serviços,

18 Dados extraídos, respectivamente, da matéria "Dezesseis mil servidores do TJSP responderam ao Censo do Judiciário", datada de 20.09.2013, disponível em <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/26355:16-mil-servidores-do-tjsp-ja-responderam-ao-censo>, consultado em 15.11.2019, e do relatório anual 2018 da Ambev, disponível em <http://ri.ambev.com.br/download_arquivos.asp?id_arquivo=80F86226-0809-4AE9-8B99-6CD9E909FD3F>, p. 110, consultado em 15.10.2020.

19 *Cf. Relatório Justiça em Números 2013*. Análise do Poder Judiciário. CNJ: Brasília, 2013, p. 9.

20 *Cf.* RODOVALDO, Maria Fernanda de Toledo. *A reforma do Poder Judiciário: análise do papel do STF e do CNJ*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 23.

incluindo pessoal e patrimônio, como também o custo social que representa o desempenho do Judiciário") –, tem-se destacado cada vez mais a necessidade de se profissionalizar a gestão judiciária, em notável diálogo com o novo paradigma processual civil, para que se efetivem os direitos materiais.

Com efeito, não basta oferecer ao cidadão o acesso à jurisdição: é indispensável que "possa o sistema processual oferecer aos litigantes resultados justos e efetivos, capazes de reverter situações injustas. Tal é a idéia de efetividade da tutela jurisdicional" [21].

No entanto, a realidade atual de lentidão e ineficiência do Poder Judiciário impede a solução do litígio em prazo hábil a prevenir distúrbios sociais – fato que gera perda de credibilidade, perante a população, do Estado como solucionador de conflitos, chegando inclusive a levar os cidadãos a buscar meios inidôneos de resolução dos conflitos de interesses, principalmente com o retorno à autotutela[22].

Enfim, a almejada celeridade judicial (CR/88, art. 5.º, LXXVIII) – alçada ao patamar de direito fundamental pela EC n. 45/2004 – tem ficado cada vez mais distante.

E, ante o abarrotamento do Poder Judiciário e a (em regra) falta de noção de gestão técnica de uma organização pelos líderes dos Tribunais em seus diversos níveis (desde o escrivão/magistrado de primeira entrância até a alta administração), a simples utilização de algumas ferramentas básicas de planejamento e gerenciamento nos Tribunais podem trazer resultados surpreendentes, especialmente em termos de melhoria na eficiência da prestação jurisdicional[23].

Vale lembrar que eficiência "não significa dirigir o processo levando em consideração apenas o aspecto quantitativo da atividade judiciária: significa, dentro uma preocupação com os resultados da

21 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 4.ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 798.

22 MARTINS, Daniele Comin. Morosidade da justiça: causas e soluções. *In*: SZKLAROWSKY, Leon Frejda (Coord). *Morosidade da justiça*. Brasília: Consulex, 2001, p. 53.

23 *Cf.* ALVES DA SILVA, Paulo Eduardo. *Gerenciamento de processos judiciais*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 19-20.

tutela jurisdicional, preocupar-se em bem administrar os recursos humanos disponíveis para o gerenciamento dos processos e bem aplicar técnicas processuais existentes para a tutela dos direitos"[24].

Não por acaso ao CNJ (criado pela citada EC n. 45/2004) compete, nos termos do § 4.º do art. 103-B da CR/88, o "controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário" (caput), além de "zelar pela observância do art. 37" (inciso II) – dispositivo que estabelece dever a "administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes" obedecer "aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência" (CR/88, art. 37, *caput*). Vale lembrar que nessa mesma linha, o CPC/15 trouxe em seus 12 primeiros artigos as "normas fundamentais do Processo Civil", destacando-se a positivação do princípio da celeridade (art. 4.º) e do princípio da eficiência (art. 8.º, parte final).

E ao CNJ também compete, nos termos do § 4.º do art. 103-B da CR/88, a elaboração de "relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário" (inciso VI) e relatório "propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho" (inciso VII).

Em consequência, o CNJ, em 16.08.2005, editou a Resolução n. 04, que criou "o Sistema de Estatística do Poder Judiciário" e, a partir de então, passou-se a medir, ainda que a passos lentos e cambaleantes, o caminho percorrido pela marcha processual.

Ora, a norma gera sempre algum resultado (seja positivo ou negativo), razão pela qual é incabível afirmar que de nada adianta realizar reformas legislativa (se assim fosse, não se precisaria preocupar com reformas de fato realizadas, que em nada atingiriam a realidade). Contudo, a ânsia de modificação das leis processuais parece ser inversamente proporcional à disposição de pesquisar a realidade por meios técnico-científicos; ou seja, não se efetiva mudanças na legislação por meio de estudo de estatísticas processuais, mas sim

24 MARINONI, Luiz Guilherme. *Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 1º ao 69*. São Paulo: RT, 2016, p. 162-163.

por mera intuição (impressões pessoais) ou "tentativa e erro". Esse "método" (praticamente cego) gera inconvenientes tanto no momento anterior (por que mudar?) quanto posterior (quais os resultados da mudança?) à edição da norma. Ora, o jargão basilar da gestão moderna é "quem não mede, não gerencia". Portanto, antes de se proceder a qualquer reforma processual, "manda a lógica e o bom senso que se proceda ao diagnóstico, tão exato quanto possível, dos males que ser quer combater e das causas que o geram ou alimentam".[1] E mais, depois de realizada a reforma, deve-se acompanhar de perto os efeitos da norma no dia-a-dia forense, a fim de medir o que realmente mudou no meio jurídico (restrito) e também no meio social (amplo) – principalmente para verificar houve alguma mudança e, constatada sua ocorrência, se tal mudança foi para melhor ou para pior.

Um interessante estudo[2] nessa linha foi encomendado pelo CNJ e realizado pela Fundação Getúlio Vargas (FGV), a qual verificou que, enquanto os processos físicos mostram uma média de 144,19 dias no tempo cartorial (período em que o processo não está aguardando uma decisão, mas sim a realização de alguma tarefa judicial), os processos judiciais eletrônicos apresentam uma média de 97,36 dias (redução de 48% do tempo).

Esse estudo, no entanto, é pontual. Atualmente, o foco do CNJ tem sido somente números absolutos. Conforme os dados do levantamento anual do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) "Justiça em Números"[3] divulgado no dia 25.08.2020, "O Poder Judiciário finalizou o ano de 2019 com 77,1 milhões de processos em tramitação[4]", sendo que, "Durante

1 *CF.* MOREIRA, José Carlos Barbosa. "O problema da duração dos processos: premissas para uma discussão séria". *Temas de Direito Processual: (nova série).* São Paulo: Saraiva, 2007.

2 "Relatório Analítico Propositivo – Justiça Pesquisa – Políticas Públicas do Poder Judiciário: Uma Análise quantitativa e qualitativa do Impacto da implantação do Processo Judicial Eletrônico (PJe) na produtividade dos Tribunais", disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/0f246a4a1036f559e279967762c235bb.pdf>, acesso em 15.10.2020.

3 Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justiça-em-Números-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>, consultado em 15.10.2020.

4 "Desses, 14,2 milhões, ou seja, 18,5%, estavam suspensos, sobrestados ou em arquivo provisório, e esperavam alguma situação jurídica futura. Dessa forma,

o ano de 2019, em todo o Poder Judiciário, ingressaram 30,2 milhões de processos e foram baixados 35,4 milhões". Ainda segundo esse levantamento, o estoque processual diminuiu cerca de um milhão e meio de processos nos últimos dois anos (-3%) – resultado considerado extremamente positivo, pois até 2016 o acervo era crescente, em 2017, estabilizou-se, em 2018 verificou-se pela primeira vez uma queda no estoque processual e em 2019 "a redução foi ainda maior".

Tais dados são de grande importância, porém não há mais detalhes sobre os "números da Justiça". E, para que haja uma viável aplicabilidade das mais básicas ferramentas de gestão, faz-se necessário conhecer de forma mais detalhadas os resultados dos processos no dia a dia.

3. GESTÃO PROCESSUAL PROPORCIONAL

Na abertura do "Congresso de Direito Processual – Desafios do novo Processo Civil e penal – Homenagem ao Prof. Luiz Guilherme Marinoni", ocorrido de 21 a 23 de outubro de 2010, em Curitiba/PR, Remo Caponi[5] ministrou uma palestra intitulada "O princípio da proporcionalidade na justiça civil: primeiras notas sistemáticas"[6].

Ao logo desse artigo, Caponi – tecendo considerações sobre o direito italiano, inglês, francês, alemão e também sobre o então projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro – discorre sobre o princípio da eficiência e uma derivação sua: o princípio da proporcionalidade no plano do processo, segundo o qual "o desenvolvimento de certa atividade deve tender a conseguir o máximo resultado com um emprego otimizado de recursos". Para ele, esse princípio "oferece as seguintes vantagens: a) contém, antes de tudo, uma determinação de escopo do processo civil: a justa composição das controvérsias em um prazo razoável; b) exige expressamente que o emprego dos recursos

desconsiderados tais processos, tem-se que, em andamento, ao final do ano de 2019 existiam 62,9 milhões achoes judiciais".

5 Professor Titular da Universidade de Florença.

6 Íntegra publicada na Revista de Processo (RePro) n. 192 (fev/2011), Editora Revista dos Tribunais.

judiciais deva ser proporcional ao escopo; c) salienta que a eficiência da composição de cada controvérsia não deve perder de vista a eficiência na gestão da massa dos processos".

Como se vê, "a administração da justiça é uma função essencial do Estado moderno", de modo que os princípios jurídicos do processo "tendem, hoje mais do que no passado, a extrair do seu bojo a visão de uma gestão eficiente, em que pese a escassez de recursos dedicados à Justiça".

Assim, deve-se adotar a medida certa para a obtenção de determinado escopo, devendo ser i) apropriada (apta a realizar o escopo ou, pelo menos, acelerar de forma concreta sua realização) e ii) adequada (proporcional em sentido estrito, ou seja, os efeitos colaterais negativos decorrentes da medida não podem ser desproporcionais em relação às vantagens obtidas, exigindo uma valoração comparativa das vantagens e desvantagens).

Em 2012, Magno Federici Gomes e Letícia Drumond publicaram interessante obra na qual defenderam a necessidade de se profissionalizar a gestão dos órgãos fracionários judiciais, como se vê da seguinte passagem[7]:

> O Poder Judiciário precisa de planejamento de longo prazo e de um novo modelo de gestão. Dessa maneira, os juízes devem gerir suas secretarias de forma a melhorar os trâmites internos, embora não possuam conhecimento específico. A reflexão pessoal e interna para melhorar o expediente dos cartórios judiciais é possível, já que a gestão da secretaria é uma questão de bom senso. Assim, é preciso remodelar o método burocrático de gestão que caracteriza o Poder Judiciário, mediante o exercício de reflexão sobre os entraves administrativos, pensando soluções aos mesmos.

7 GOMES, Magno Federici; DRUMOND, Letícia. *A efetividade e as recentes alterações legislativas no Código de Processo Civil: modificações normativas posteriores à Emenda Constitucional nº 45/2004*. 2.ª ed. Belo Horizonte: PUC Minas Virtual, 2012.

> Portanto, além de julgar, o magistrado deve ter uma peculiar aptidão para administrar. Um juiz, que conhece os trâmites internos e conversa com o escrivão, pode conseguir melhores resultados. A figura do escrivão é indispensável ao bom funcionamento da secretaria, sendo auxiliar essencial ao ágil trâmite dos processos. Com isso, todos os auxiliares do Juízo também devem se comprometer com a celeridade.
>
> A profissionalização da administração no Poder Judiciário é fundamental, não sendo apenas uma questão de infraestrutura.

Essa nova tendência do direito processual brasileiro tem sido denominada "gestão processual proporcional", segundo a qual "o emprego de recursos públicos e privados para cada causa não deve ser homogêneo, mas proporcional, considerando as características do caso concreto", isto é[8]:

> Noutras palavras, considerada a massa de processos em curso perante o sistema, a duração razoável vai incidir sobre a forma de gerir a melhor distribuição dos recursos, considerando a aplicação a partir de cada processo, mas sempre relacionada ao conjunto de processos em curso, a fim de se buscar a obtenção da melhor da gestão possível da distribuição dos finitos recursos judiciais. Com isso, a duração razoável também se coliga com o chamado princípio de proporcionalidade na aplicação dos recursos estatais, extraído da matriz europeia, e se encarta na nova compreensão da justiça como serviço público, atuando diretamente em prol da maior eficiência do sistema justiça.

8 ANDRADE, Érico. "Gestão processual flexível, colaborativa e proporcional: cenários para implementação das novas tendências no CPC/2015". Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 76, pp. 183-212, jan./jun. 2020.

Nesse sentido, é necessário que os operadores do direito trabalhem com eficiência, ou seja, os recursos disponíveis para o Poder Judiciário exercer sua função devem ser distribuídos de forma proporcional às carências de cada problema que lhe for apresentado.

Sobre a urgente necessidade de maior estudo do tema, vale ressaltar os modestos resultados (até o momento) decorrentes da Resolução n. 70/2009 do CNJ (2009-2014), que exigiu dos Tribunais planejamento e gestão estratégica – essa Resolução foi revisada pela Resolução n. 198/2014 do CNJ (2015-2020) que foi substituída, por sua vez, pela Resolução n. 325/2020 do CNJ (2021-2026).

Ora, nada mais natural, uma vez que essas técnicas são esferas de conhecimento (em regra) não afeitas aos operadores do Direito. Ademais, muitas delas têm aplicabilidade restrita – podendo até mesmo serem inaplicáveis – no Poder Judiciário, devendo ser devidamente adaptadas para tanto, ante as diversas limitações legais de ordem administrativa e, principalmente, processual.

É nesse contexto que a gestão proporcional processual assume um papel protagonista, pois, para obter melhorias nos serviços judiciais, não basta que ocorram apenas na condução do processo judicial em si pelo magistrado (*case management*), faz-se necessário, principalmente, que haja adoção de técnicas básicas de gestão, tais como melhor seleção, preparação e distribuição dos agentes que compõem os Juízos; planejamento estratégico efetivo; metas factíveis/desafiadoras, e não irreais/desanimadoras; padronização de boas práticas; excelência na alocação de recursos financeiros; utilização racional de recursos jurídicos e tecnológicos disponíveis; transparência institucional; sustentabilidade; gerenciamento de processos; entre outros.

4. CONCLUSÃO

Como já exposto, em 18.03.2009, o CNJ editou a Resolução n. 70, que dispôs "sobre o Planejamento e a Gestão Estratégica no âmbito do Poder Judiciário" – como tinha abrangência mínima de cinco anos (art. 2.º), essa Resolução foi revogada pela Resolução n. 198, de 1.º.07.2014

(elaborada nos mesmos moldes da anterior), que foi substituída pela Resolução n. 395/2020 do CNJ (também nos mesmos moldes).

Essas Resoluções consistem em importantes passos para iniciarmos uma gestão proporcional séria dos processos judiciais – embora, depois de mais de 15 anos da criação do CNJ, ainda estejamos em estágio embrionário no tocante ao gerenciamento proporcional dos processos.

Todavia, ainda há muito a ser feito. Todos os operadores do direito devemos, a partir dos mais diversos dados estatísticos devida e responsavelmente coletados pelos Tribunais brasileiros, compreender as melhores práticas a partir deles constatadas e, por meio de um planejamento estratégico factível com as respectivas metas devidamente desmembradas (gerenciamento por diretrizes), difundir as técnicas de gestão adequadas para cada realidade da unidade judiciária, aplicando-as nas respectivas rotinas forenses e medindo os consequentes resultados.

Aguardar que alterações legislativas, principalmente realizadas sem qualquer estudo prévio e posterior, resolvam o problema consiste em um sonho pueril. Como bem assevera Humberto Theodoro Júnior, "desvios e deficiências no exercício da jurisdição não se eliminam com leis, mas com aprimoramento da gestão do Poder Judiciário"[9]. Novas leis podem "auxiliar na melhoria da distribuição da Justiça e na aplicação do direito", mas existem "problemas paralelos outros, atinentes à estrutura do Judiciário, tais como aprimoramento profissional de servidores e magistrados, adequação dos rendimentos, instalações melhores, uso acentuado da informática"[10].

Enfim, com base no princípio da cooperação (CPC/15, art. 6.º), todos os sujeitos processuais (e não apenas o juiz da causa) devem mergulhar nas técnicas de gestão processual, de modo a, cooperando-se entre si, obter, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva. E essa postura eficiente não se espera somente dos atores do processo,

9 *O compromisso do projeto do novo Código de Processo Civil com o processo justo*. Revista de Informação Legislativa. Brasília, ano 48, n.º 190, t.1, abril/junho 2011, p. 261.

10 ARRUDA ALVIM. *Notas sobre o projeto de novo Código de Processo*. Revista de Informação Legislativa. Brasília, ano 48, n.º 190, t.1, abril/junho 2011, p. 48.

mas também das instâncias administrativas e, sobretudo, de todos os membros da comunidade.

O certo é que é indiscutível a dificuldade (para não se falar impossibilidade) de se conciliar perfeitamente o ideal da celeridade processual preservando as garantias básicas dos jurisdicionados. Entretanto, deve-se buscar sempre se utilizar as ferramentas básicas de gestão, de modo a gerar maior rapidez na prestação jurisdicional, sem violar, por mais simples que seja, os direitos processuais que as partes detêm no desenrolar do procedimento, sob pena de prejudicar um provimento judicial de qualidade (formal e material).

5. REFERÊNCIAS

ALVES DA SILVA, Paulo Eduardo; ARENA FILHO, Paulo Ricardo. "Ser juiz ou ser gestor - percepções e práticas de gestão judiciária na magistratura estadual, federal e do trabalho no Estado de São Paulo". Revista de Direito Público do IDP, Brasília, Volume 17, n. 91, 117-142, jan./fev. 2020.

ANDRADE, Érico. "Gestão processual flexível, colaborativa e proporcional: cenários para implementação das novas tendências no CPC/2015". Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 76, pp. 183-212, jan./jun. 2020.

CURY, Augusto. *Ansiedade: como enfrentar o mal do século: a síndrome do pensamento acelerado: como e por que a humanidade adoeceu coletivamente, das crianças aos adultos.* São Paulo: Saraiva, 2014.

DINAMARCO. Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 1996.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. I. 2.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GOMES, Magno Federici; DRUMOND, Letícia. *A efetividade e as recentes alterações legislativas no Código de Processo Civil: modificações normativas posteriores à Emenda Constitucional nº 45/2004*. 2.ª ed. Belo Horizonte: PUC Minas Virtual, 2012.

GONÇALVES. Gláucio Maciel. "Direito e tempo". *in* JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (Org.). *Processo civil: novas tendências. Homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo Direito*. 21.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional.* 4.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. "O futuro da justiça: alguns mitos". Disponível em <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDC_06_36.pdf>, acesso em 20.06.2019.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. "O problema da duração dos processos: premissas para uma discussão séria". *Temas de Direito Processual: (nova série).* São Paulo: Saraiva, 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Por um processo socialmente efetivo". *Revista de Processo*. São Paulo, v. 27, n. 105, p. 183-190, jan./mar. 2002.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SIQUEIRA, Tagore Villarim. *O setor de tecnologia da informação e a comunicação*. Revista Do BNDES, Rio de Janeiro, v. 14, n. 27, jun/2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto *et al. Novo CPC – fundamentos e sistematização*. 2.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

A ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA NO CONTEXTO BRASILEIRO: viabilidade de sua implementação e análise crítica da experiência portuguesa

Júlia de Oliveira Fonseca
Mestranda em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Minas Gerais. Advogada. judeoliveirafonseca@gmail.com.

RESUMO

O presente artigo propõe-se ao estudo a arbitragem tributária no ordenamento jurídico brasileiro à luz dos conceitos de arbitrabilidade, (in) disponibilidade do crédito tributário, autonomia da vontade do Estado e (in) derrogabilidade das normas positivadas. Embora o instituto ainda não seja uma realidade no direito pátrio, o tema se mostra oportuno não apenas em razão do Projeto de Lei em trâmite visando sua regulamentação, como também das propostas de Reforma Tributária que atualmente se encontram em curso. Foram também analisados os contornos gerais da experiência portuguesa com o procedimento arbitral na resolução de litígios de natureza tributária, com o fito de avaliar sua possível aplicabilidade ao direito brasileiro. Concluiu-se pela inexistência de qualquer óbice efetivo à adoção da arbitragem para a resolução das controvérsias tributárias no Brasil, considerando-se as regras de direito processual, administrativo e tributário. No tocante à experiência lusa, observou-se que os chamados tribunais arbitrais estão mais próximos do Conselhos Administrativos de Recursos existentes no ordenamento brasileiro do que de uma Câmara Arbitral propriamente dita. Nesse sentido, a experiência portuguesa poderia servir ao Brasil como uma alternativa ao contencioso administrativo, mas não como um procedimento paralelo ao processo judicial.

Palavras-chave: Arbitragem. Direito tributário. Gestão processual. Direito comparado. Direito português.

Sumário: 1 Introdução; 2 O critério da arbitrabilidade; 3 Disponibilidade do crédito tributário e do interesse público; 4 Possibilidade de renúncia à jurisdição estatal; 5 O princípio da legalidade e a inderrogabilidade das normas aplicáveis; 6 A experiência portuguesa no procedimento tributário arbitral; 7 Conclusão; 8 Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, a partir do aumento da crise de gerenciamento processual no âmbito do Poder Judiciário em todo o mundo, tem-se observado uma tendência cada vez maior de se buscar alternativas viáveis contra a pouca eficiência da justiça oficial para solucionar a contento os litígios que lhe são submetidos.[11] Não por outra razão, o tema recentemente emergiu com significativo destaque na ciência processual[12].

No contexto brasileiro, a partir da promulgação da Constituição da República de 1988 e da consequente inauguração do Estado Democrático de Direito, o acesso à Justiça foi amplamente consolidado, permitindo que os cidadãos buscassem o Poder Judiciário para concretizar a justa tutela dos direitos consagrados na ordem constitucional e, ainda, para que resolvessem satisfatoriamente seus litígios sob o aparato do Estado.

Sem dúvidas, o crescimento exponencial do número de jurisdicionados em decorrência dessa litigiosidade contida[13] passou

11 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Insuficiência da reforma das leis processuais*. Disponível em http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo51.htm, acesso em 15 out. 2020.

12 GONÇALVES, Gláucio Ferreira Maciel; BRITO, Thiago Carlos de Souza. Gerenciamento dos processos judiciais: notas sobre a experiência processual civil na Inglaterra pós-codificação. In: Revista Fac. Direito UFMG. Belo Horizonte, N. 66, p. 291-326, jan./jun. 2015. Disponível em:< https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1697>. Acesso em: 15 out. 2020.

13 WATANABE, Kazuo. —Filosofia e características básicas do Juizado Especial de Pequenas Causas‖, *in*
Juizado Especial de Pequenas Causas (obra coletiva coordenada por Kazuo Watanabe). São Paulo: RT,

a comprometer a duração razoável, bem como o resultado útil do processo, pois a estrutura do Poder Judiciário foi se mostrando cada vez mais inapta a abarcar o imenso volume de demandas postas à sua apreciação.

Contudo, não se pode perder de vista que, atualmente, o Poder Público se apresenta como o maior litigante. Segundo os dados divulgados pelo CNJ em 2011[14], a maior parte dos processos administrados pela Justiça Federal têm origem no setor público federal.

Em termos gerais, o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) é o maior litigante nacional, correspondendo a 22,3% das demandas dos cem maiores litigantes, seguido pela Caixa Econômica Federal, com 8,5%, e pela Fazenda Nacional, com 7,4%.

Historicamente, as execuções fiscais têm sido apontadas como o principal fator de morosidade do Poder Judiciário[15], de modo que qualquer solução a ser pensada para a crise do Poder Judiciário deverá perpassar, necessariamente, por alternativas que envolvam o aprimoramento de gestão das lides tributárias.

Sabe-se que o executivo fiscal tem início após o término das tentativas de recebimento do crédito tributário na vida administrativa, oportunidade em que ocorre a inscrição do título em dívida ativa. Segundo os dados constantes no Relatório Justiça em Números 2020[16], publicado pelo CNJ, os processos de execução fiscal representam 39% do total de casos pendentes e 70% das execuções pendentes no Poder Judiciário, com taxa de congestionamento de 87%. Ou seja, de cada

1985, p. 2.

14 BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. Os 100 maiores litigantes. 2011. Disponível em:<www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf> Acesso em: 10 out. 2020.

15 BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf> Acesso em: 10 out. 2020.

16 BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf> Acesso em: 10 out. 2020.

cem processos de execução fiscal que tramitaram no ano de 2019, apenas 13 foram baixados.

Como reflexo da morosa tramitação dos feitos executivos, a efetividade na recuperação dos créditos mostra-se irrisória: no ano de 2017, a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional recuperou, via cobrança judicial, aproximadamente 0,79% do montante inscrito em dívida ativa[17].

As estatísticas não deixam dúvidas de que as execuções fiscais reclamam por medidas urgentes que sejam capazes de, a um só tempo, otimizar seus resultados e contribuir para o descongestionamento do volume de processos.

A partir do cenário de pouca eficiência judiciária, mostra-se oportuno perquirir se os meios alternativos de resolução das controvérsias, em especial a arbitragem, poderia ensejar soluções adequadas para as demandas tributárias, ao lado do processo estatal.

Nesse sentido, "*ao lado da disputa sobre o crédito tributário na esfera administrativa e posteriormente judicial somar-se-ia a possibilidade de realização de arbitragem, face ao consenso mútuo das partes sobre a escolha de tal via*".

Com a edição da Lei nº 13.129/15, que inseriu no art. 1º da Lei de Arbitragem (Lei 9.307/96) a previsão de que a Administração Pública direta e indireta poderia se valer da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, tornou-se ainda mais pertinente a discussão acerca da possibilidade de utilização do mecanismo arbitral para as lides que envolvam o Fisco.

A discussão em torno da arbitragem tributária ganhou ainda mais força a partir da propositura, em 06 de agosto de 2019, do Projeto de Lei nº 4257, de iniciativa do Senador Antônio Anastasia, que visa alterar a Lei nº 6.830/80 (Lei de Execuções Fiscais) para, dentre outras medidas, possibilitar a adoção do procedimento arbitral no âmbito da defesa às execuções fiscais.

17 Disponível em: http://www.fazenda.gov.br/noticias/2017/fevereiro/pgfn-disponibiliza-edicao-2017-do-201cpgfn-em-numeros201d acesso em 18 de abril de 2018.

A alteração proposta permite que o executado opte pela adoção de juízo arbitral para julgamento de seus embargos à execução, caso esta esteja garantida por depósito em dinheiro, fiança bancária ou seguro garantia.

Com efeito, tendo em vista que, até o momento, a arbitragem tributária no contexto brasileiro se apresenta apenas como *lege ferenda*, faz-se necessária a análise do instituto à luz de importantes conceitos como arbitrabilidade, (in) disponibilidade do crédito tributário, autonomia da vontade do Estado e, por fim, a (in) derrogabilidade das normas positivadas.

No âmbito do direito comparado, a recente experiência portuguesa com a adoção da arbitragem para resolução das demandas tributárias irá contribuir para a discussão da temática, oportunidade em que haverá a investigação crítica acerca da viabilidade e da conveniência de instauração de um procedimento arbitral nos mesmos moldes no ordenamento jurídico pátrio.

2. O CRITÉRIO DA ARBITRABILIDADE

Por meio de livre acordo firmado entre os interessados, é possível que a resolução de conflitos por ventura surgidos a partir de uma determinada relação jurídica ocorra por meio da arbitragem, afastando-se a matéria litigiosa do Poder Judiciário[18].

Como é cediço, a arbitragem se apresenta como um meio heterocompositivo de solução de conflitos, na medida em que a resposta à controvérsia surgida entre as partes é dada por um terceiro (o árbitro ou o tribunal arbitral), nomeado a partir da expressa manifestação de vontade de ambos os envolvidos.

Como bem observa Priscila Faricelli Mendonça[19], enquanto a arbitragem é adotada por *opção* das partes de submeterem o conflito a esse procedimento, a jurisdição estatal, por seu turno, decorre da

18 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Procedimentos Especiais, vol. II, 50a ed.Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 368.

19 MENDONÇA, Priscila Faricelli. Arbitragem e transação tributárias. 1 ed. São Paulo: Gazeta Jurídica, 2014, p. 66.

imperatividade do Estado em solucionar controvérsias, submetendo involuntariamente a parte adversa ao processo judicial quando provocada por qualquer indivíduo.

A princípio, tendo em vista as inúmeras peculiaridades que envolvem as demandas de natureza tributária, revela-se necessário averiguar a compatibilidade de tais controvérsias com o procedimento arbitral, para que, caso positivo, passemos a investigar de que forma o instituto pode contribuir ao adequado tratamento dos conflitos que envolvem o Fisco e os contribuintes.

A arbitrabilidade, em termos gerais, diz respeito à viabilidade jurídica de se submeter determinada controvérsia à arbitragem[20],. Embora o procedimento possa encontrar óbices no tocante à capacidade das pessoas envolvidas (arbitrabilidade subjetiva) ou, ainda, quanto à matéria objeto da demanda (arbitrabilidade subjetiva), Carlos Alberto Carmona assevera que:

> "são arbitráveis, portanto, as causas que tratem de matérias a respeito das quais o Estado não crie reserva específica por conta do resguardo dos interesses fundamentais da coletividade, e desde que as partes possam livremente dispor acerca do bem sobre que controvertem".[21]

Numa análise superficial, a submissão das demandas tributárias à arbitragem parece encontrar dois óbices iniciais, quais sejam, a (in) disponibilidade do crédito tributário e do próprio interesse público, bem como a autonomia da vontade do Estado para submeter as controvérsias ao procedimento arbitral, em detrimento à jurisdição estatal.

20 TIBÚRCIO, Carmen. Arbitragem Envolvendo a Administração Pública: estado atual no direito brasileiro. **Direito Público**, Brasília v. 11, ano XI, n. 58, p. 62-82, jul./ago. 2014. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2559/1268>. Acesso em: 10 out. 2020.

21 CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo – Um comentário à Lei no 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 56.

2.1 Disponibilidade do crédito tributário e do interesse público

A primeira questão comumente levantada quando se discute a possibilidade de aplicação do procedimento arbitral àss demandas tributárias diz respeito à disponibilidade do crédito fiscal e, consequentemente, do interesse público que lhe é subjacente.

No tocante ao interesse público, há que se dizer que a concepção das relações desenvolvidas entre o Estado e seus particulares evoluiu sobremaneira nas últimas décadas, podendo ser atualmente caracterizada como o interesse da maioria, em detrimento das pretensões do próprio Estado[22]. Como bem adverte Eros Grau, "indisponível é o interesse público primário, não o interesse da Administração".

Reforçando tal diferenciação entre interesse do Estado e interesse público, Héctor Jorge Escola assevera que este último

> resulta do conjunto de interesses individuais compartilhados e coincidentes de um grupo majoritário de indivíduos, que diz respeito a toda uma comunidade como consequência dessa maioria, cuja origem se encontra no querer axiológico de todos os indivíduos, surgindo, enfim, um conteúdo concreto e determinado, atual, eventual ou potencial, pessoal e direito.

A partir da dimensão dos interesses individuais coletivamente considerados, a absoluta supremacia do interesse do Estado sobre as pretensões particulares deixa de ser razoável e desejada, abrindo margem para que, em determinadas situações, e desde que não haja

22 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Curso de direito administrativo. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 76. Segundo o autor, interesses públicos ou interesses primários são os interesses da coletividade como um todo e os interesses secundários são os que o Estado (pelo só fato de ser sujeito de direitos) poderia ter como qualquer outra pessoa, isto é, independentemente de sua qualidade de servidor de interesses da coletividade:

proibição expressa em lei, a Administração Pública possa renunciar a determinados bens e direitos em prol da coletividade.

A esse respeito, confira-se ainda excerto do acórdão proferido pelo STJ nos autos do AgRg no MS 11308/DF[23]:

> ao optar pela arbitragem o contratante público não está transigindo com o interesse público, nem abrindo mão de instrumentos de defesa de interesses públicos, Está, sim, escolhendo uma forma mais expedita, ou um meio mais hábil, para a defesa do interesse público. Assim como o juiz, no procedimento judicial deve ser imparcial, também o árbitro deve decidir com imparcialidade (...)

No texto constitucional, não se observa qualquer impedimento para a instauração da arbitragem em matéria tributária. Contudo, a partir da definição de tributo contida no art. 3º do Código Tributário Nacional[24], segundo o qual a cobrança decorre de atividade administrativa plenamente vinculada, parte da doutrina[25] rechaça a utilização da via arbitral para as lides tributárias.

No entanto, não se pode perder de vista que a indisponibilidade a que se refere o CTN é apenas a da *atividade de cobrança, fiscalização e arrecadação do crédito tributário*, pois, de fato, a competência constitucionalmente outorgada aos entes federativos para sua exigência não pode ser afastada. Disso não decorre, todavia, a conclusão de que o crédito tributário *per si* seria igualmente indisponível.

23 STJ, AgRg no MS 11308/DF, Primeira Seção, Rel. Ministro LUIZ FUX.1ª Seção. DJ 14/08/2006.

24 BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm> Acesso em: 12 out. 2020.

25 Cita-se, por exemplo, MACHADO, Hugo de Brito. A transação no Direito Tributário. Revista Dialética de Direito Tributário, n. 75. São Paulo, 2001, p. 60-70.

Ora, o caráter patrimonial do crédito tributário não se confunde com sua suposta indisponibilidade[26]. Chamando atenção para a diferença entre tais conceitos, Lima[27] adverte

> Transigibilidade, disponibilidade, patrimonialidade, injuntividade da norma, ordem pública não são sinônimos. Cada uma dessas expressões possui, especialmente ao operador do Direito, um significado próprio e representam às discussões envolvendo arbitragem, especial importância. Confundi-las é comprar um bilhete para o equívoco. Compreendê-las é permitir o desenvolvimento de um raciocínio estruturado, apto à análise crítica das opções que faz o legislador, no intuito de condicionar o acesso à arbitragem. Exatamente porque esses critérios representam uma obstrução à arbitragem é que conhecer o seu conteúdo ultrapassa a relevância teórica, para definir os rumos do acesso à arbitragem mundo afora.

De todo modo, a indisponibilidade do crédito tributário não parece ser pertinente à discussão acerca da possibilidade de adoção da arbitragem para a resolução de controvérsias de natureza tributária.

Afinal de contas, não há dúvidas de que a adoção do procedimento arbitral não implica na disposição do crédito tributário em si, pois há apenas a renúncia à jurisdição estatal para que o conflito seja decidido.

Uma vez escolhida pela Administração Pública e pelo contribuinte, a arbitragem conferirá à causa solução definitiva, cuja eficácia será a mesma da sentença judicial. Não haverá, portanto, renúncia a qualquer direito, tampouco do crédito tributário em discussão. Nesse sentido, trata-se apenas da escolha de submeter o

26 Superior Tribunal de Justiça.AgRg no MS 11308/DF, Primeira Seção, Rel. Ministro LUIZ FUX.1ª Seção. DJ 14/08/2006.

27 LIMA, Bernardo. A arbitrabilidade do dano ambiental. São Paulo: Atlas, 2010, p. 52.

litígio a um terceiro distinto do Poder Judiciário, sem qualquer impacto no crédito controvertido.

Em que pese a irrelevância da indisponibilidade do crédito tributário para o tema que ora se analisa, destaca-se que o próprio CTN não deixa dúvidas de que o crédito tributário é plenamente disponível, ao prever, em seus artigos 151, 156, 171 e 180 do CTN, a possibilidade de o crédito tributário ser anistiado, transacionado, remido ou mesmo parcelado.

Feitas essas considerações, há se de concluir que o critério da indisponibilidade do crédito tributário, assim entendido como sua irrenunciabilidade, não se apresenta como requisito apropriado para se averiguar a possibilidade de sujeição das controvérsias tributárias ao procedimento arbitral.

Isso porque o uso da arbitragem não pressupõe a extinção ou redução da parcela do crédito a ser recebido pela Fazenda Pública, pois ensejará apenas uma solução alternativa à decisão a ser proferida no âmbito do Poder Judiciário. Basta, portanto, que seja outorgada à Administração Pública a faculdade de optar por esse mecanismo.

Passa-se, portanto, à análise da possibilidade de renúncia à jurisdição estatal.

2.2 Possibilidade de renúncia à jurisdição estatal

Tendo em vista que a sentença arbitral possui caráter vinculante e definitivo, a adoção da arbitragem pressupõe, com efeito, verdadeira renúncia à jurisdição estatal, haja vista que, salvo nas restritas hipóteses expressamente previstas no ordenamento, a controvérsia não poderá ser posteriormente apreciada pelo Poder Judiciário.

Questão interessante e ainda controvertida na doutrina diz respeito à verificação se a adoção do procedimento arbitral pressupõe a renúncia apenas da jurisdição estatal ou a renúncia absoluta a qualquer modalidade de jurisdição.

Para Humberto Theodoro Júnior[28] e Carlos Alberto Carmona[29], a despeito de seu caráter privado, a solução arbitral é dotada de jurisdição. No mesmo sentido, o STJ[30] manifestou entendimento de que a atividade desenvolvida no âmbito da arbitragem possui natureza jurisdicional, o que inclusive viabiliza a existência de conflito de competência entre os juízos estatal e arbitral.

No que diz respeito às diferenças entre a jurisdição exercida pelo árbitro e pelo juiz togado, confira-se as lições de Carlos Alberto de Salles[31]:

> O elemento distintivo está na impossibilidade de exercício de coerção direta pelos árbitros na imposição do cumprimento de suas decisões. Para tanto, necessária a jurisdição estatal, tendo o monopólio do Estado no uso legítimo da força. A principal diferença entre a jurisdição do juiz, do árbitro e do órgão administrativo, entretanto, não está localizada na extensão do poder a eles conferido, mas na forma como ele é constituído. O poder exercido nas decisões estatais, judiciais ou administrativas, é constituído por força de lei, com o mesmo caráter de generalidade próprio aos ordenamentos jurídicos modernos e contemporâneos. Com isso, essa alternativa para solução de controvérsias está aberta para todos os casos em igualdade de condições. A decisão arbitral, contrariamente, é proferida com base em um poder consensualmente atribuído pelas partes ao árbitro, possuindo, de forma diversa àquele

28 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Arbitragem e terceiros. Litisconsórcio fora do pacto arbitral. Outras intervenções de terceiros, p. 49-50.

29 CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e jurisdição. Revista de Processo, São Paulo, v. 58, p. 33- 40, 1990.

30 Superior Tribunal de Justiça. CC 111.230/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/05/2013, DJe 03/04/2014.

31 SALLES, Carlos Alberto de. Arbitragem em contratos administrativos. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 92.

> estatal, um caráter específico, circunscrito às situações abrangidas pela vontade dos interessados, seja em relação a um contrato (por via da cláusula arbitral), seja em controvérsia já colocada entre as partes (por meio de compromisso arbitral). Há, portanto, um núcleo comum no poder exercido no âmbito judicial, arbitral ou administrativo. Os diferenciais, de um e de outro, não estão localizados na natureza do poder exercido. Ao contrário, os diferencial sua extensão – quanto à coercibilidade e vinculatividade – e a forma de sua constituição, por lei ou por consenso entre as partes.

Ora, não restam dúvidas acerca do poder que a solução arbitral exerce perante às partes, na medida em que as vincula com caráter de definitividade, seja pela cláusula compromissória, seja pelo compromisso arbitral.

Nesse sentido, a escolha pelo Poder Público de resolução de controvérsias tributárias pela via arbitral não representa renúncia em absoluto à jurisdição, mas tão somente à jurisdição estatal.

2.3 O princípio da legalidade e a inderrogabilidade das normas aplicáveis

Tratando-se de matéria tributária, o que não se pode perder de vista é, essencialmente, o princípio da legalidade, previsto nos artigos 5º e 150, I, da Constituição da República, o qual, além de nortear toda a atuação da Administração, não poderá, em nenhuma medida, ser afastado por meio da adoção do procedimento arbitral.

Conforme já dito, qualquer consideração feita no presente trabalho acerca da adoção do procedimento arbitral em matéria tributária no Brasil é *lege ferenda*, haja vista a inexistência de previsão legal no ordenamento jurídico atual acerca desse instituto.

Todavia, valendo-se da advertência feita por Érico Andrade e Gustavo Magalhães[32] acerca da possibilidade de confusão do critério da disponibilidade do direito com a derrogabilidade ou não das normas aplicáveis, chama-se atenção para as considerações apresentadas pelos autores:

> Com efeito, as normas inderrogáveis não podem ser afastadas pela vontade das partes, mas daí não decorre impedimento para dispor das situações jurídicas: uma vez aplicadas as normas inderrogáveis, o resultado da sua aplicação pode constituir direito disponível, de caráter patrimonial, e, por isso, arbitrável. Em outras palavras, as normas indisponíveis traduzem um limite ao poder negocial das partes, que não podem afastar a aplicação de tais normas, mas a aplicação antecedente de tais normas a uma situação concreta não impede a arbitragem, já que o resultado de tal aplicação pode traduzir direitos patrimoniais disponíveis.
>
> Assim, mesmo que a arbitragem envolva a aplicação de normas inderrogáveis, como comumente corre no campo do direito público, isso não significa que não seja possível a arbitragem em relação ao resultado, patrimonial, normalmente disponível, da aplicação de tais normas, até porque na arbitragem de direito (única admissível no âmbito de administração pública, afastada aqui a arbitragem por equidade), o árbitro tem o dever de aplicação das mesmas normas jurídicas que aplicaria o juiz estatal.

32 ANDRADE, Érico; MAGALHÃES, Gustavo. Arbitragem e administração pública: limites e possibilidades de arbitrabilidade nos contratos de concessão (Leis 8.987/1995 e 11.079/2004). Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 65/2020 | p. 83 - 125 | Abr - Jun / 2020, p. 3.

Nesse sentido, o princípio da legalidade também não constituirá qualquer óbice à adoção do procedimento arbitral para resolução das controvérsias de natureza tributária, na medida em que, embora as normas aplicáveis sejam inderrogáveis - pois não poderão ser afastadas mediante acordo entre as partes -, sua aplicação ensejará o nascimento de obrigação tributária, cuja arbitrabilidade é manifesta.

A aplicação de uma norma inderrogável produzirá um direito patrimonial que, conforme já visto, sequer precisa ser disponível, pois a adoção da arbitragem não ensejará a renúncia ao crédito tributário a ser recebido pelo Fisco.

Ultrapassadas essas questões e concluindo-se pela possibilidade de implementação do procedimento arbitral nos litígios que envolvem a Fazenda Pública e os contribuintes no contexto brasileiro, passa-se à análise da experiência portuguesa na adoção do procedimento arbitral para controvérsias de natureza tributária.

3. A EXPERIÊNCIA PORTUGUESA NO PROCEDIMENTO TRIBUTÁRIO ARBITRAL

Segundo Nuno Villa-Lobos[1], a implementação da arbitragem institucionalizada no âmbito do Direito Público foi realizada em Portugal no ano de 2009, inicialmente para os litígios que envolvem direito administrativo e, posteriormente, para as matérias de direito tributário.

A arbitragem tributária foi introduzida no ordenamento jurídico português a partir da publicação do Decreto-Lei n. 10/2011, que trouxe o Regime Jurídico da Arbitragem em Matéria Tributária (RJAT), entrando em vigor em 1º de julho de 2011.

Conforme se extrai da leitura de seu preâmbulo, a previsão legal de um procedimento arbitral para a resolução das demandas tributárias visa o cumprimento de três objetivos principais, quais sejam, o fortalecimento da tutela efetiva dos direitos e dos interesses

1 VILLA-LOBOS, Nuno; PEREIRA, Tânia Carvalhais. A natureza especial dos tribunais arbitrais tributários. Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação da Associação Portuguesa de Arbitragem. nº 7. Coimbra: Almedina, 2014, p. 87-122.

legalmente protegidos dos sujeitos passivos; a maior celeridade na solução de demandas que opõem a administração tributária ao sujeito passivo e a redução dos processos existentes nos tribunais administrativos e fiscais.

Naquele país, conforme previsão contida no art. 4º, nº 2, do Decreto-Lei nº 10/2011[2], a arbitragem tributária foi confiada a uma única instituição: o Centro de Arbitragem Administrativa, CAAD, com sede em Lisboa.

O CAAD se configura como uma associação privada sem fins lucrativos, constituída pelo Ministério da Justiça e subordinada ao Conselho Superior dos Tribunais Administrativos[3].

A competência dos tribunais arbitrais encontra-se prevista no art. 2º do RJAT, bem como nos artigos 1º, 2º e 3º da Portaria nº 112-A/2011, os quais determinam a vinculação da Autoridade Tributária e Aduaneira à sua jurisdição. De acordo com os referidos dispositivos, aos tribunais arbitrais compete a apreciação de questões relativas à legalidade[4]:

i) de atos de liquidação de tributos cuja administração seja cometida à Administração Tributária;

ii) de atos de autoliquidação, retenção na fonte e pagamento por conta de tributos cuja administração seja cometida à Administração Tributária;

2 PORTUGAL. Decreto-Lei n. 10, 20 de janeiro de 2011a. Regime jurídico da arbitragem em matéria tributária, disciplina a arbitragem como meio alternativo de resolução jurisdicional de conflitos em matéria tributária. Diário da República. Disponível em: < https://www.caad.pt/files/documentos/CAAD_AT-RJAT_DL_10-2011-2011-01-20.pdf>. Acesso em: 5 fev. 2015.

3 AGRELLOS, Miguel Durham. O regime de arbitragem tributária português. Revista Actualidad Jurídica Uría Menéndez, Portugal, n. 29, p. 138-142, 2011. Disponível em:< https://www.uria.com/documentos/publicaciones/3084/documento/articuloUM> . Acesso em: 15 out. 2020.

4 VILLA-LOBOS, Nuno; PEREIRA, Tânia Carvalhais. A natureza especial dos tribunais arbitrais tributários. Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação da Associação Portuguesa de Arbitragem. nº 7. Coimbra: Almedina, 2014, p. 87-122.

iii) de atos de fixação de matéria tributável sem recurso a métodos indiretos, quando não dê origem à liquidação de qualquer tributo;

iv) de atos de determinação de matéria coletável de imposto cuja administração seja cometida à Administração Tributária, sem recurso a métodos indiretos;

v) de atos de fixação de valores patrimoniais para efeitos de imposto cuja administração seja cometida à Administração Tributária;

vi) de atos de liquidação de direitos aduaneiros e encargos de efeito equivalente sobre exportação de mercadorias;

vii) as pretensões relativas a imposições à exportação instituídas no âmbito da política agrícola comum (PAC) ou no âmbito de regimes específicos aplicáveis a determinadas mercadorias resultantes de transformação de produtos agrícolas;

viii) de atos de liquidação de imposto sobre o valor acrescentado (IVA), impostos especiais sobre o consumo (IEC's) e outros impostos indiretos sobre mercadorias que não estejam sujeitas a direitos de importação.

Em qualquer caso, a competência dos tribunais arbitrais em matéria tributária está limitada a resolução de litígios cujo valor não seja superior a € 10.000.000,00.

A constituição do tribunal arbitral se dá por iniciativa dos contribuintes, por meio de requerimento on-line enviado pelo contribuinte ao presidente do CAAD, no prazo, em regra, de 90 dias, contados a partir do fato que se pretende discutir[5].

5 FRANCISCO, Ana Mafalda Costa. (2012). A arbitragem tributária. Dissertação (Mestrado) – Universidade Católica Portuguesa, 2º Ciclo de Estudos em Direito, Porto.

Após o envio do requerimento e resposta da Administração Tributária, a qual deverá ocorrer no prazo de 15 dias, realiza-se uma reunião inaugural com as partes, a fim de que sejam discutidas as questões de fato e de direito, oportunidade em que será marcada nova data para as alegações orais, se necessário.

A escolha do árbitro deve ser realizada, nos termos do art. 7º do RJAT, entre pessoas com comprovada capacidade técnica, idoneidade moral e sentido de interesse público. Para que sua capacidade técnica seja comprovada, é necessário que o árbitro seja jurista com pelo menos 10 anos de comprovada experiência profissional na área do direito tributário, por meio do exercício de funções públicas, da magistratura, da advocacia, da consultoria e da docência no ensino superior ou da investigação, de serviço na administração tributária, ou de trabalhos científicos relevantes nesse domínio.

Nas questões de maior complexidade que exijam conhecimentos específicos em áreas não jurídicas, o RJAT prevê ainda a possibilidade de indicação de árbitros "licenciados em Economia ou Gestão".

Além da autonomia dos árbitros para a condução do procedimento, feito sem grandes formalidades[6], chama-se atenção para o limite temporal estabelecido no art. 21 do RJAT para que haja a prolação da sentença arbitral: 180 dias com permissão de prorrogação excepcional por no máximo mais 180 dias.

O tribunal arbitral terá composição singular (um árbitro) ou coletiva (três árbitros), a depender do valor da causa e da existência ou não de requerimento para que o julgamento ocorra de forma colegiada. A formação singular ocorrerá quando o valor da causa não ultrapassar duas vezes o valor da alçada do Tribunal Central Administrativo (TCA), bem como na hipótese em que as partes não requererem a composição coletiva. Na hipótese de composição tríplice, o contribuinte e o Fisco

Disponível em: < https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/11975/1/DISSERTA%-c3%87%c3%83O_> Acesso em: 15 out. 2020.

6 PALMA, Clotilde Celorico. A experiência portuguesa da arbitragem tributária. In: VII Congresso Internacional de Direito Tributário do Paraná, 2014, Curitiba, Slides da palestra. Disponível em: . Acesso em: 19 out. 2020.

nomearão, individualmente, seus respectivos árbitros, os quais irão, por conseguinte, escolher juntos o terceiro.

Por oportuno, destaca-se que o Regulamento prevê a regra de irrecorribilidade das sentenças arbitrais, com apenas duas exceções: o recurso para o Tribunal Constitucional, nos casos em que a sentença arbitral recuse a aplicação de qualquer norma com fundamento na sua inconstitucionalidade ou aplique uma norma cuja constitucionalidade tenha sido suscitada, e, ainda, o recurso para Supremo Tribunal Administrativo da sentença arbitral, quando esteja contrária, em relação à mesma questão fundamental de direito, a acórdão proferido pelo Tribunal Central Administrativo (TCA) ou proferido pelo Supremo Tribunal Administrativo.

Ademais, nos termos dos arts. 27º e 28º, n. 1, do RJAT, também é possível que as decisões do tribunal arbitral sejam anuladas pelo TCA com fulcro na falta de especificação dos fundamentos de direito e de fato que orientaram a decisão, na oposição dos fundamentos com a decisão, na pronúncia indevida ou na omissão de pronúncia ou na violação dos princípios do contraditório e da igualdade das partes.

4. CONCLUSÃO

A partir da constatação da ineficiência do Poder Judiciário para responder satisfatoriamente as questões jurídico-tributárias postas à sua apreciação, passou-se à análise da viabilidade processual da adoção da arbitragem para a resolução das controvérsias que envolvam Fisco e contribuintes.

O dogma da indisponibilidade do direito público não se mostrou suficiente para obstar a adoção da arbitragem para as controvérsias tributárias, tampouco a suposta indisponibilidade do crédito tributário. Afinal de contas, o que a lei prevê é que o ente público não poderá dispor apenas das atividades de fiscalização, cobrança e arrecadação das exações que forem de suas respectivas competências.

Ademais, viu-se que, em última medida, a indisponibilidade do crédito tributário não importa à presente discussão, na medida em

que a adoção do procedimento arbitral em detrimento ao aparato do Poder Judiciário não implica, por óbvio, em renúncia ao crédito tributário *per si*.

A arbitrabilidade do crédito tributário foi confirmada a partir de seu caráter patrimonial, sendo certo que a adoção desse mecanismo não importará em renúncia a toda e qualquer jurisdição, mas tão somente à jurisdição estatal.

A manifestação da vontade das partes em submeter a controvérsia tributária à arbitragem deverá encontrar limites no princípio da legalidade, a qual deverá nortear todo o procedimento. Além disso, a inderrogabilidade das normas de direito tributário não se confunde com a possibilidade de submissão do seu resultado à via arbitral.

No tocante à experiência portuguesa, conclui-se que os chamados tribunais arbitrais estão mais próximos do Conselhos Administrativos de Recursos existentes no ordenamento jurídico brasileiro, tanto na maior parte dos Estados, como no âmbito federal, do que de uma Câmara Arbitral propriamente dita.

Afinal de contas, se a arbitragem se configura como um mecanismo alternativo e privado de solução de controvérsias, causa estranheza o fato de as controvérsias serem dirimidas por um órgão institucionalizado sujeito à própria Administração portuguesa, cuja competência se encerra, na maior parte das vezes, apenas ao controle de legalidade dos atos exarados pela autoridade fiscal.

5. REFERÊNCIAS

ANDRADE, Érico; MAGALHÃES, Gustavo. Arbitragem e administração pública: limites e possibilidades de arbitrabilidade nos contratos de concessão (Leis 8.987/1995 e 11.079/2004). Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 65/2020 | p. 83 - 125 | Abr - Jun / 2020.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Curso de direito administrativo. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 76.

BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm> Acesso em: 12 out. 2020.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. Os 100 maiores litigantes. 2011. Disponível em:<www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf> Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf> Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf> Acesso em: 10 out. 2020.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo – Um comentário à Lei no 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 56.

_____. Arbitragem e jurisdição. Revista de Processo, São Paulo, v. 58, p. 33- 40, 1990.

FRANCISCO, Ana Mafalda Costa. (2012). A arbitragem tributária. Dissertação (Mestrado) – Universidade Católica Portuguesa, 2º Ciclo de Estudos em Direito, Porto. Disponível em: < https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/11975/1/DISSERTA%c3%87%c3%83O_> Acesso em: 15 out. 2020.

GONÇALVES, Gláucio Ferreira Maciel; BRITO, Thiago Carlos de Souza. Gerenciamento dos processos judiciais: notas sobre a experiência processual civil na Inglaterra pós-codificação. In: Revista Fac. Direito UFMG. Belo Horizonte, N. 66, p. 291-326, jan./jun. 2015.

Disponível em:< https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1697>. Acesso em: 15 out. 2020.

LIMA, Bernardo. A arbitrabilidade do dano ambiental. São Paulo: Atlas, 2010, p. 52.

MENDONÇA, Priscila Faricelli. Arbitragem e transação tributárias. 1 ed. São Paulo: Gazeta Jurídica, 2014.

MACHADO, Hugo de Brito. A transação no Direito Tributário. Revista Dialética de Direito Tributário, n. 75. São Paulo, 2001.

TIBÚRCIO, Carmen. Arbitragem Envolvendo a Administração Pública: estado atual no direito brasileiro. **Direito Público**, Brasília v. 11, ano XI, n. 58, p. 62-82, jul./ago. 2014. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2559/1268>. Acesso em: 10 out. 2020.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Insuficiência da reforma das leis processuais*. Disponível em http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo51.htm, acesso em 15 out. 2020.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Procedimentos Especiais, vol. II, 50a ed.Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 368.

Superior Tribunal de Justiça, AgRg no MS 11308/DF, Primeira Seção, Rel. Ministro LUIZ FUX.1ª Seção. DJ 14/08/2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Arbitragem e terceiros. Litisconsórcio fora do pacto arbitral. Outras intervenções de terceiros, p. 49-50.

SALLES, Carlos Alberto de. Arbitragem em contratos administrativos. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 92.

Superior Tribunal de Justiça. CC 111.230/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/05/2013, DJe 03/04/2014.

PORTUGAL. Decreto-Lei n. 10, 20 de janeiro de 2011a. Regime jurídico da arbitragem em matéria tributária, disciplina a arbitragem como meio alternativo de resolução jurisdicional de conflitos em matéria tributária. Diário da República. Disponível em: < https://www.caad.pt/files/documentos/CAAD_AT-RJAT_DL_10-2011-2011-01-20.pdf>. Acesso em: 5 fev. 2015.

PALMA, Clotilde Celorico. A experiência portuguesa da arbitragem tributária. In: VII Congresso Internacional de Direito Tributário do Paraná, 2014, Curitiba, Slides da palestra. Disponível em: . Acesso em: 19 out. 2020.

VILLA-LOBOS, Nuno; PEREIRA, Tânia Carvalhais. A natureza especial dos tribunais arbitrais tributários. Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação da Associação Portuguesa de Arbitragem. nº 7. Coimbra: Almedina, 2014, p. 87-122.

WATANABE, Kazuo. ―Filosofia e características básicas do Juizado Especial de Pequenas Causas‖, *inJuizado Especial de Pequenas Causas* (obra coletiva coordenada por Kazuo Watanabe). São Paulo: RT,1985.

GESTÃO DE CONFLITOS MULTITUDINÁRIOS E O CASO BRUMADINHO

Leandro Coelho de Carvalho
Graduado e Mestrando em Processo Civil na UFMG. Defensor Público.

RESUMO

Os desastres em Mariana e Brumadinho originaram conflitos multitudinários cujas soluções no plano individual, dentro ou fora do Judiciário, foram muito diversas. A partir do rompimento da Barragem de Córrego do Feijão, em Brumadinho/MG, e ponderadas as vantagens dos litigantes habituais, este artigo trata das possibilidades de gestão processual e outros métodos adequados para solução de conflitos que envolvam muitas pessoas em ambientes dominados por litigantes habituais.

Palavras-Chave: Direito Processual Civil. Conflitos multitudinários. Brumadinho. Litigantes habituais e eventuais. Gestão processual. MASCs.

SUMÁRIO: 1. Metodologia e contexto. 2. Sobre litigantes habituais e eventuais. 3. Gestão processual e conflitos multitudinários. 4. Métodos (adequados) para solução dos conflitos em Brumadinho. 5. Considerações finais.

1. METODOLOGIA E CONTEXTO.

Este trabalho aborda métodos de gestão processual e solução dos conflitos a partir da conhecida tragédia do rompimento de barragem da Vale S/A em Brumadinho. A ideia é tratá-la especificamente, mas sempre correlacionada a discurso mais amplo de análise dos métodos para solução de conflitos multitudinários em ambientes dominados por litigantes habituais, incluída aí a gestão processual das lides

porventura deduzidas em juízo. Não é "moldura", por não implicar recorte metodológico estrito, continente de situação irreproduzível e por isso adstrita ao passado, mas caso paradigmático a servir de "pano de fundo" para estimular a discussão. A lógica é prospectiva.

Dito isso, cabe introduzir brevemente o caso sob exame. O rompimento da barragem Córrego do Feijão, em Brumadinho, é bastante conhecido; foram vários os danos causados, da perda de vidas humanas aos danos ambientais incalculáveis, com prejuízos de toda ordem.

Minas Gerais possui um longo histórico de rompimentos de barragens e problemas ambientais causados por mineradoras. Até a devastação em Mariana, nenhuma com tanta repercussão mundial[7]. Em vários aspectos, o ineditismo deste primeiro megaevento, como se sabe, foi emulado no dia 25 de janeiro de 2019. Se a última devastação ambiental foi pouco menor[8], as vítimas fatais multiplicaram-se: 270 mortos[9].

Houve fortes pressões midiática e popular, e daí seguiram uma miríade de providências jurídicas: multas administrativas, persecução penal, ações cíveis coletivas e individuais às centenas, nas justiças comum e trabalhista. Ao contrário de Mariana, no entanto, não foi criada uma fundação que servisse de intermediária no pagamento

7 Até então, o caso de maior destaque havia ocorrido no ano de 2014, também em Minas Gerais. O rompimento da barragem de rejeitos B1 da Herculano Mineração, em Itabirito, além de graves danos ambientais, resultou na morte por soterramento de três trabalhadores. Lista com os principais acidentes de barragens no Estado pode ser consultada em FRANCO, Diogo Soares de Melo. *Proposta de metodologia multicritério como ferramenta para formulação e execução de políticas públicas para barragens de mineração e indústria em Minas Gerais.* Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Departamento de Cartografia, 2019, p. 27-28.

8 O *The New York Times* produziu reportagem sobre Brumadinho com excepcional ilustração gráfica, que dá boa ideia da sua magnitude: DARLINGTON, Shasta; GLANZ James; ANDREONI, Manuela; BLOCH, Matthew; PEÇANHA, Sergio; SINGHVI, Anjali; GRIGGS, Troy. "A Tidal Wave of Mud". *The New York Times,* Nova Iorque, 12.fev.2019. Disponível em: https://www.nytimes.com/interactive/2019/ 02/09/world/americas/brazil-dam-collapse.html. Acesso em: 12.07.2020.

9 Alguns não tiveram os corpos ou segmentos corpóreos identificados. A situação das famílias é bem descrita na reportagem de ROSSI, Amanda. "Fragmentos de vida e morte". *Revista Piauí,* 19.11.19. Disponível em: https://piaui.folha.uol.com.br/fragmentos-de-vida-e-morte/. Acesso em: 7.10.2020.

das compensações pelos danos causados. Os gastos com a estrutura burocrática da Renova puderam ser direcionados às famílias e a sua lentidão em resguardar as vítimas foi substituída por atuação coordenada na esfera coletiva e por procedimento extrajudicial mais célere. Isto porque, a reboque da tragédia, uma das grandes novidades foi o termo de compromisso entre a Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais e a Vale S/A em abril de 2019. Passados pouco mais de dois meses após o rompimento da barragem no Córrego do Feijão, o pacto fixou parâmetros objetivos para (o piso da) reparação civil às pessoas vitimadas pela catástrofe. Na seara trabalhista, em julho de 2019 o Ministério Público do Trabalho firmou acordo a partir do modelo, adaptado àquela realidade e com aprimoramentos pontuais.

Também no meio judicial, o *know-how* adquirido em Mariana possibilitou às instituições públicas e aos próprios atingidos pensar estratégias mais eficientes. O texto a seguir trata do panorama geral, mas com o olhar voltado para a situação de Brumadinho; das vantagens dos litigantes habituais e possibilidades de gestão processual, até que se possa especular sobre outros métodos adequados para solução de conflitos multitudinários.

2. SOBRE LITIGANTES HABITUAIS E EVENTUAIS.

De óbvio interesse para qualquer conclusão que se pretenda tomar no quadro de Brumadinho e outros similares, é a situação que envolve litigantes eventuais (*one-shotters players*) em ambientes dominados por litigantes habituais (*repeat players*).

Trata-se da difundida tipologia das partes inicialmente proposta por Marc Galanter, a partir da frequência de encontros delas com o sistema judicial. Enquanto os *one-shotters* recorrem ocasionalmente às cortes judiciais, aqueles estão engajados em vários litígios similares ao longo do tempo[10]. Com isso, desenvolvem *expertise* e até capacidade de coordenar ações para influenciar a regulação de determinados

10 GALANTER, Marc. "Why the haves come out ahead? Speculations on the limits of legal change". *Law and Society Review*, v. 9, n. 1, 1974, p. 97.

setores (*lobbying*)[11] – a interseção entre políticas de Estado e o setor da mineração é conhecida e tem na Vale um ator importante[12]. Segundo o autor, *repeat players* disputam o jogo da litigância de maneira diferente. É esclarecedora a síntese de Daniel Carneiro Machado, para quem a habitualidade do litigante demonstra "posse de recursos financeiros e aptidão para reconhecer um Direito e propor uma ação ou apresentar sua defesa"[13]:

> O estudo revelou inúmeras vantagens dos litigantes habituais, tais como: (I) maior experiência com o Direito que lhes possibilita melhor planejamento do litígio; (II) uso de economia de escala, consistente no uso de uma mesma estrutura para atender a um maior número de casos; (III) oportunidade de desenvolver relações informais com os membros da instância julgadora; (IV) diluição dos riscos da demanda por maior número de casos e (V) a possibilidade de testar estratégias em casos específicos de modo a garantir expectativa mais favorável nos casos futuros.

11 No texto de Galanter, chama atenção nota de rodapé escrita na primeira metade dos anos 70: "*The discussion here focuses on litigation, but I believe an analogous analysis might be applied to the regulatory and rule-making phases of legal process. OSs and RPs may be found in regulatory and legislative as well as adjudicative settings*" (tradução livre: A discussão aqui foca na litigância, mas acredito que uma análise análoga possa ser aplicada às fases regulatória e de elaboração de regras do processo legal. OSs e PRs podem ser encontrados em cenários regulatórios e legislativos, bem como em decisões adjudicadas). *Ibidem*, p. 97.

12 A despeito do estigma negativo, o *lobbying* não configura, necessariamente, atividade ilícita. Quanto à influência das mineradoras na regulação mineral em Minas Gerais, ver MILANEZ, Bruno; MAGNO, Lucas; PINTO, Raquel Giffoni. "Da política fraca à política privada: o papel do setor mineral nas mudanças da política ambiental em Minas Gerais, Brasil". *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 35, n. 5, 2019. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/ 0102-311x00051219>. Acesso em 07.07.2020.

13 MACHADO, Daniel Carneiro. "A ineficácia das reformas processuais diante do uso patológico do Poder Judiciário pelos chamados "litigantes habituais". Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 5166, 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/59960>. Acesso em: 18 ago. 2018.

Trazidas as reflexões de Galanter para o cenário brasileiro, um grupo de pesquisadores identificou a presença massiva e pelo visto crescente de *repeat players* em casos contra *one-shotters,* com claro impacto nas reformas legais e institucionais[14]. O estudo remete ao fenômeno dos *vanishing trials* e indica o empoderamento do litigante eventual como uma das formas para lidar com o desafio. A conclusão, desenvolvida num segundo trabalho[15], clama por nova agenda ao atacar a ausência de políticas redistributivas de acesso à justiça, que teriam cedido lugar ao discurso que preza maior eficiência das cortes e condena o excesso de litigância, ideologia que privilegia justamente os usuários mais frequentes do sistema de justiça. Não se pretende desdenhar da via judicial, nem aqui há jogo de soma zero; segurança jurídica, eficiência e acesso à justiça não são autoexcludentes.

As vantagens próprias da condição de litigantes habituais foram potencializadas nos últimos anos e, nesse sentido, aconselham o redimensionamento do problema. É que o uso adequado de novas ferramentas tecnológicas pode resultar não apenas em ganhos de escala e consequente redução de custos, mas também em *superavit* informacional – com destaque para ferramentas mais avançadas de manuseio do *Big Data* e tratamento massivo de dados pessoais. Isto permite estratégias individualizadas, estimativas de resultados mais precisas e influencia a motivação das partes. Estes recursos foram introduzidos de maneira assimétrica, daí porque impactam diretamente as solução de conflitos.

Novos privilégios existem mesmo se respeitada as normas processuais. É bem-vinda a "atualização do direito processual às

14 GABBAY, Daniela Monteiro; SILVA, Paulo Eduardo Alves da; ASPERTI, Maria Cecília de Araújo; COSTA, Susana Henriques da. "Why the 'Haves' Come Out Ahead in Brazil? Revisiting Speculations Concerning Repeat Players and One-Shooters in the Brazilian Litigation Setting". *FGV Direito SP Research Paper*, n.º 141, jan/2016. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=2716242. Acesso em: 07.06.2020.

15 GABBAY, Daniela Monteiro; ASPERTI, Maria Cecília de Araújo; COSTA, Susana Henriques da. "Are the haves getting even more ahead than ever? Reflections on the political choices concerning access to justice in Brazil in the search of a new agenda". *FGV Direito SP Research Paper,* n.º 158, jul/2017. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=2998779. Acesso em: 09.06.2020.

tendências tecnológicas da contemporaneidade"[16]. O problema aparece quando as incertezas são subestimadas. É possível maximizar bastante o poderio dos litigantes habituais, por exemplo, só com o tratamento massivo de dados anonimizados, permitido pelos artigos 11, II, alínea c, e 12 da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei 13.709/18, com a redação da Lei 13.853/19). Tome-se ainda a utilização de inteligência artificial aplicada às MASC's: contribui para a prevenção e resolução expedita, possivelmente será fundamental no *front* do acesso à justiça, mas se não associada a políticas públicas com regras de governança claras há o risco de desfigurar parâmetros mínimos para a tutela dos direitos[17], como a confidencialidade, a imparcialidade e a independência do sistema (que emula o terceiro desinteressado), exigidos pelo art. 166 do CPC.

Compartilha-se a ideia de que, via de regra, os meios alternativos constituem a melhor escolha, dentro e fora do processo, para a solução de controvérsias. Mas o bom resultado pressupõe relações minimamente paritárias. E deve ser ponderado o forte desbalanceamento de poder quando litigantes eventuais enfrentam os habituais, sobretudo em ambientes dominados por estes, como aqueles que envolvem a Vale S/A.

A variável mais importante nessa equação parece ser o empecilho do acesso à Justiça, longe de ser superado. Ao contrário do que se possa imaginar, milhões de brasileiros sequer tem meios de ingressar no Judiciário quando isso se faz necessário. Cirilo Vargas, com razão, denuncia o problema da litigância contida e expõe como o "excesso de acesso" à justiça aproveita *repeat players*, mas não o cidadão comum, em sistema que retroalimenta a litigiosidade predatória e que "funciona

16 Para um vislumbre da aplicabilidade dessas novas ferramentas às ADR's, checar RÚA, Mónica María Bustamante; MUÑOZ, Santiago Ángel; ARISTIZÁBAL, Julián Andrés Giraldo; TAPIERO, Jorge Iván Marín. "Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos (MASC) e Inteligencia Artificial (IA) para la Solución de Controversias en Línea (SCL): Uma Apuesta por la Descongestión en la Administración de Justicia". *The Law, State and Telecommunications Review*, Brasilia, v. 12, nº 1, p. 80. Disponível em: https://periodicos.unb.br/index.php/RDET/article/download/25808/25493/. Acesso em 08.06.2020.

17 Conclusão extraída da leitura do artigo mencionado na nota anterior.

baseado em uma subcultura própria que exclui a pessoa leiga"[18]. Esta conclusão está alinhada com a mencionada crítica à realidade brasileira no estudo da equipe integrada por Daniela Gabbay, seja ao tratar do excesso e superioridade estratégica dos litigantes habituais quanto da exclusão dos grupos mais vulneráveis do sistema judicial. Reconhece-se que a universalização da justiça não é um objetivo factível, mas para lançar luz nas escolhas políticas feitas e alertar do risco de a noção do acesso à justiça ser capturada por outras agendas que não miram necessariamente a transformação social[19].

A crise da justiça está associada então, em maior ou menor grau, às dificuldades de acesso à ordem jurídica justa – que, por sua vez, exige a facilitação de acesso à informação, sobretudo para os financeiramente necessitados. Uma dificuldade considerável que se inicia nos péssimos índices de alfabetização do Brasil, apesar de terem evoluído bem nas décadas recentes, com alguma regressão nos últimos anos. Segundo dados do INAF[20], estudo feito por organizações da sociedade civil, em 2018 cerca de 29% dos brasileiros era considerado analfabeto funcional. O nível mais elevado de alfabetismo, proficiente, foi atingido por somente 12% das pessoas. Ou seja, "leia antes de assinar" é conselho ineficaz para nove dentre dez brasileiros, pois é mínimo o número de quem possui plenas condições de entender documentos complexos como termos de acordos firmado com a Vale S/A. Naturalmente isso se aplica à Justiça; mesmo quando se trata do simples preenchimento de formulários redigidos em linguagem simples, assistência técnica e aperfeiçoamentos tecnológicos para ocupar lacunas são imprescindíveis[21].

18 VARGAS, Cirilo Augusto. "Notas sobre o problema da litigância contida". *Juris Plenum*, ano XVI, n. 92. Caxias do Sul, RS: Editora Plenum, mar./abr. 2020, p. 7-28.

19 GABBAY, Daniela Monteiro, *et al.* "Are the haves...", ob. cit., p. 19.

20 AÇÃO EDUCATIVA; INSTITUTO PAULO MONTENEGRO. *Indicador de Alfabetismo Funcional (Inaf) Brasil 2018: resultados preliminares*. Disponível em http://acaoeducativa.org.br/wp-content/uploads/2018/08/Inaf2018_Relat%C3%B3rio-Resultados-Preliminares_v08Ago2018 .pdf. Acesso em 04.06.2020.

21 Nesse sentido, pesquisa empírica baseada em programa de prestação de serviços jurídicos no Alaska, que recomenda providências inclusive para prestação de ajuda *online* automatizada. *In:* RHODE, Deborah L; EATON, Kevin; PORTO, Anna. "Access to Justice Through Limited Legal Assistance", *Northwestern Journal of Human Rights*,

Os problemas, inclusive a assimetria informacional, são mitigados onde a Defensoria Pública está instalada. Todavia, em média apenas 40% das comarcas eram atendidas em 2014, ano do diagnóstico nacional mais recente[22]. Em Brumadinho, instalou-se força tarefa.

Michael Stöber[23], Prof. da Universidade de Dortmund, critica a limitação do acesso à justiça em lides cíveis nos EUA e Reino Unido, onde, por isso, existe grande necessidade de outros meios para resolução dos conflitos, e revela uma doutrina europeia crítica à baixa qualidade das vias alternativas:

> Portanto, a tentativa de transferir processos cíveis de tribunais estatais para instituições privadas extrajudiciais é muito problemática, porque a correção dos procedimentos somente é assegurada pelos tribunais estatais, que proporcionam respeito aos direitos fundamentais processuais das partes e, assim, garantindo-se que o litígio será decidido com neutralidade. Mesmo com supervisão e controle do governo, não é certo que instituições privadas vão agir da mesma forma que os tribunais estatais. (...) E isto divide a justiça em duas classes: de um lado, alta qualidade com custos extraordinários perante a justiça estatal e, de outro lado, a resolução alternativa de litígios mais barata mas de baixa qualidade. Na realidade, nos Estados Unidos e na Grã-Bretanha, somente podem ajuizar processos perante a justiça estatal os cidadãos que têm uma situação econômica muito boa.

vol. 16, 2018. Disponível em: https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/njihr/vol16/ iss1/1. Acesso em: 05.06.2020.

22 BRASIL. Ministério da Justiça. *IV Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil*. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário, 2015, p. 59.

23 STÖBER, Michael. "Os meios alternativos de solução de conflitos no direito alemão e europeu: desenvolvimento e reformas". Trad. Antônio do Passo Cabral e Letícia Studzinski. *Revista de Processo*. vol. 244, p. 361-380. São Paulo: Revista dos Tribunais, jun.2015, p. 378-379.

A paridade de armas pressupõe acesso à ordem jurídica justa. Os meios de resolução de conflitos, se pretendem garanti-la, não podem ignorar as circunstâncias dos envolvidos. A igualdade há de ser compreendida como um juízo de semelhança, não de identidade[24]. A participação direta dos atingidos, p. ex., é imprescindível; solução uniforme ou imposta pelo Estado para realidades tão diferentes raramente será bem sucedida, menos ainda sob a ótica daquele destinatário individual hipossuficiente.

Tampouco receberão o carimbo da efetividade as alternativas circunscritas à esfera formal. Bráulio Santos dimensiona bem essa questão ao ressaltar que o acesso a direitos ultrapassa a positivação e deveria condicionar as ações e instituições no Estado. A seu ver, a estratégia de efetivação deve ser alterada conforme o cenário e passa "por investidas em mudanças institucionais que precisam levar em conta as representações sociais, construções mentais, símbolos, desenvolvimento moral e intelectual, identidades e desenvolvimento cívico"[25]. Assim deve ser pensado o envolvimento da comunidade atingida pelos rejeitos da mineração, não apenas como selo de legitimidade de resposta dialogada em seu nome.

Na mesma linha de pensamento, Marcelo Barbi Gonçalves, após esclarecer que a jurisdição não é monopólio estatal e demonstrar a existência de barreiras teóricas, culturais e institucionais à melhor utilização dos meios suasórios, critica a visão instrumentalizada que se tem destes. O convite à informalização, segundo o autor, "passa a ser alardeado como recurso para desafogamento dos acervos processuais"[26]. Noutras palavras, "reside em uma razão instrumental,

24 Ambas as ideias são encontradas em CANTOARIO, Diego Martinez Fervenza. "O acesso à Justiça como pressupostos da paridade de armas entre os litigantes no processo civil". In: RÉ, Aluísio Iunes Monti Ruggeri; REIS, Gustavo Augusto Soares dos (Org.). *Temas aprofundados da Defensoria Pública. Vol. 2*. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 373.

25 SANTOS, Bráulio de Magalhães. "Acesso a direitos: da declaração à efetividade". In: *Programa Mediação de conflitos: uma experiência de mediação comunitária no contexto das políticas públicas*. Belo Horizonte: Arraes, 2011, p.125-26.

26 GONÇALVES, Marcelo Barbi. "Meios alternativos de solução de controvérsias: verdades, ilusões e descaminhos no novo Código de Processo Civil". *Revista da EMERJ,* v. 19, n. 75, p. 96-130, jul-set 2016.

e não em um imperativo de justiça"[27]. Como o estadunidense Owen Fiss[28], questiona as situações em que há desequilíbrio entre as partes, cujo acordo teria "vocação para o injusto", até cravar que "os meios alternativos devem ser fomentados apenas no bojo de relações paritárias"[29], sob pena de fomentar a violação de direitos.

Por certo, o simples ingresso em juízo não implica o nivelamento das partes, nem que o processo será justo ou célere. A ideia de que bastaria maior ativismo judicial, à vista de disparidades entre os envolvidos, não resiste à verificação do histórico e realidade estrutural do Judiciário, que flertaria com indesejável parcialidade. Acima de tudo, há outros atores a considerar. O envolvimento direto dos atingidos é imprescindível, mas não é o bastante.

3. GESTÃO PROCESSUAL DE CONFLITOS MULTITUDINÁRIOS.

A pressão por eficiência constrange os litigantes a pensar alternativas ao processo judicial. Ressalvada a chance de nublar os problemas do acesso à justiça, é bem vinda a quebra do "monopólio" da justiça estatal, com valorização da autonomia negocial inclusive em seu âmago, reforçada pelo sistema multiportas do Código de Processo Civil.

As consequências dos eventos em Brumadinho são complexas demais, díspares e não raro de pequeno valor, como ilustra a situação dos vários pescadores informais afetados. Além de conhecer as opções à mesa, torna-se aconselhável a calibragem das providências, mirando resposta satisfatória em tempo razoável e foco na proteção *concreta* dos direitos – leitura atenta à ótica prospectiva identificará o que pode

27 *Ibidem,* p. 126.

28 FISS, Owen. "Against settlement". *Yale Law Journal*, v.93, p. 1073-90, 1984. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1215>. Acesso em: 10.07.2020. O autor manteve a linha de raciocínio em FISS, Owen. "The history of an ideia". *Fordham Law Review,* v. 78, p. 1273-80, 2009, p. 1276-77. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2332&context=fss_papers>. Acesso em: 10.07.2020.

29 *Ibidem,* p. 122.

ser aplicado em casos análogos. O juízo de *adequação* da medida deve preceder qualquer outro.

A despeito do incremento dos privilégios à disposição de litigantes habituais, dentro e fora do processo, ainda é possível advogar a utilização preferencial dos métodos dito alternativos de solução de conflitos (MASC's ou *ADR's*, em inglês), inclusive em situações de desigualdade substancial. Não convém ignorar a via jurisdicional, todavia.

É inegável a importância do Sistema de Justiça, que não se limita ao Judiciário, para a garantia de direitos coletivos em sentido amplo. Em eventos como o rompimento da barragem de Córrego do Feijão, suas vantagens podem não ser tão flagrantes no plano individual, se comparado à tutela coletiva, sobretudo pelo tempo até a solução – algo que a tragédia anterior, na Bacia do Rio Doce, fez evidente.

A adequação da via judicial varia conforme as partes, o objeto litigioso e, por conta dos incentivos gerados, será tanto maior quanto mais competente a gestão processual. Embora haja óbices preocupantes, alguns tratados no item anterior, o Brasil não padece de tão graves restrições de acesso à justiça estatal cível como os Estados Unidos[30], nem é tão cara quanto na Grã-Bretanha (Inglaterra, Escócia e País de Gales), segundo denuncia Michael Stöber.

No aspecto macro, a criação do Conselho Nacional de Justiça com a EC 45/2004 fez avançar a gestão da máquina judiciária, mas ainda não se traduziu na necessária permeabilidade da administração a atores externos ao Judiciário. Isso contribui para políticas dissociadas dos anseios dos jurisdicionados, sobretudo nesses tempos de rápidas mudanças. Nos conflitos multitudinários, o descompasso entre as ações daquele e o que pretendem os destinatários de suas políticas fica evidente. Tome-se a inevitável e bem-vinda inserção da tecnologia. O emprego generalizado levou muito tempo para iniciar e, não bastasse, até hoje os (vários) sistemas utilizados desdenham falhas evitáveis. O

30 Na seara criminal, desde Gideon vs. Wainwright, julgado pela Suprema Corte em 1963, é garantida a defesa pública gratuita aos acusados que a solicitem e não possuam advogados constituídos.

discurso de mão única converteu algumas ferramentas em panaceia, sobretudo a inteligência artificial; para além da eficácia, desconsidera riscos[31] tais quais discriminação e opacidade algorítmicas, segurança, privacidade e possível limitação ao contraditório, pela mitigação do poder de influência.

A ótica comparada permite deduzir que uma das âncoras para o desenvolvimento da gestão processual brasileira nasça da ideia perene da jurisdição como *locus* de exercício do poder estatal. As doutrinas francesa e italiana atuais, reforçadas por Érico Andrade e Humberto Theodoro Jr, insistem na perspectiva da jurisdição como serviço público[32], voltado à composição de conflitos. No Brasil a eficiência não é voltada à melhoria da experiência do usuário, nem a satisfação deste é medida de qualidade da atuação[33]. Via de regra, para quem não pertence a estratos privilegiados a linguagem é obscura, o ambiente é hostil e a comunicação institucional é deficiente[34]. Não surpreende, nesse contexto, a percepção dos atingidos pelos rejeitos de que os procedimentos são lentos e desnecessários, desconfiança nas instituições do sistema de justiça nem o receio de um suposto favorecimento à Vale, mesmo que nos casos dos rompimentos das barragens tenha havido um nítido esforço concertado para auxílio às vítimas. Faltam elementos para concluir se maior confiabilidade

31 Alguns dos problemas são desenvolvidos por DIEGA, Guido Noto La. "Against the dehumanisation of decision-making: algorithmic decisions at the crossroads of intellectual property, data protection, and freedom of information". *JIPITEC – Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, 9 (1), 2018. Disponível em: <https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-9-1-2018/4677>. Acesso em 20.06.2019.

32 ANDRADE, Érico. "Gestão processual flexível, colaborativa e proporcional: cenários para implementação das novas tendências no CPC/2015". *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Belo Horizonte, n. 76, 2020, p. 186. Também THEODORO JUNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. "Impactos da Constituição Federal na evolução do processo civil". *30 anos da CF e o direito brasileiro.* Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 336.

33 Muito interessante o paralelo com as considerações de Jean-Paul Jean a respeito do serviço justiça na França, descritas em THEODORO JUNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. *Ibidem,* p. 338-340.

34 Nesse ponto, o olhar externo de Eugênio Bucci, professor titular da Escola de Comunicação e Artes da USP, questiona o desajuste na comunicação institucional do Poder Judiciário: BUCCI, Eugênio. "Dissonâncias estruturais na comunicação do Poder Judiciário no Brasil: perguntas". *MATRIZes*, v. 13, n. 2, p. 45-60, set. 2019.

resultaria em processos mais cooperativos e céleres ou se afetaria a resolução do conflito; de qualquer maneira, não são poucos os processualistas que dão relevância a fatores culturais.

O distanciamento do sistema de justiça foi confirmado por diagnóstico da FGV e do IPESPE. O estudo indicou que a confiança no Judiciário é de longe a maior dentre os três Poderes, mas atinge só 52% dos brasileiros[35]. A Defensoria Pública foi considerada o "órgão" mais confiável do sistema de justiça[36] (59%), seguida por TST (55%) e Ministério Público (53%). Ainda segundo ele[37], quanto ao Judiciário

> esses níveis de confiança são similares aos de estudos sobre o tema na França – Pesquisa Ifop 2019 indicou 53% de confiança no Judiciário francês; porém, inferiores aos patamares de confiança na Grã Bretanha, onde o Ipsos registrou 62% em 2018, e nos Estados Unidos onde o Gallup apontou 69% de confiança em 2019.

A técnica processual avançou suficientemente, mas é preciso refletir sob a ótica do usuário, a quem mais interessa o resultado do conflito. A pesquisa reforça que a efetividade pressupõe encarar a jurisdição, em primeiro lugar, como serviço público orientado à solução de controvérsias, não "apenas como uma função do Estado moderno dirigida à atuação do direito no caso concreto"[38]. A mudança cultural exige, como recomenda o estudo, promover ações de esclarecimento e comunicação sobre o funcionamento do Sistema de Justiça.

Remo Caponi adota a lógica da proporcionalidade e vê na ação coletiva, a princípio, o melhor meio para a consecução dos objetivos[39],

35 FGV. ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. *Estudo da imagem do Judiciário brasileiro,* dez/2019, p. 61. Disponível em: https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2020/04/ESTUDO_DA_ IMAGEM_.pdf. Acesso em: 22.07.2020.

36 *Ibidem,* p. 94.

37 *Ibidem,* p. 13.

38 CAPONI, Remo. "O princípio da proporcionalidade na justiça civil: primeiras notas sistemáticas". *Revista de Processo,* vol. 192. São Paulo: RT, fev/2011, p. 399.

39 *Ibidem,* p. 404.

uma vez que o emprego de recursos judiciários deve considerar a eficiência na gestão da massa de processos. Se recursos são escassos, o seu emprego deve ser proporcional ao escopo, reservando-os para outros casos. O autor também nota que o equilíbrio entre interesses das partes e de terceiros, tratados em seu complexo, envolve fatores culturais, e cita o art. 1º das *Civil Procedure Rules* inglesa[40]. Note-se: nem mesmo país de *common law* escapou à sistematização de regras para gerenciamento dos processos judiciais e do fortalecimento dos poderes do juiz na sua condução.

Há alguma limitação no uso da ação coletiva para gestão de conflitos multitudinários. É que ela não prejudica o andamento das individuais, por conta da eficácia *in utilibus* da coisa julgada coletiva, prevista no art. 103, §3º, do Código de Defesa do Consumidor. É suficiente que o atingido não liquide individualmente a sentença coletiva. A exclusão da jurisdição coletiva (*right to opt out*) ocorre se, cientificado nos autos, o autor não requerer a suspensão no prazo de trinta dias, nos termos do art. 104 do CDC. O microssistema coletivo é protetivo e tem se mostrado essencial à reparação de danos ambientais e de consumo; apenas não tem a mesma relevância, em termos de gestão, das *class actions* no direito norte-americano. Lado outro, a magnitude do evento em Brumadinho traz a dificuldade adicional da heterogeneidade dos grupos e interesses. É possível argumentar que processos estruturais têm a marca da policentria e servem justamente para lidar com lides complexas, mas a formulação teórica incipiente e a implementação árdua das decisões estruturais reduzem-lhes o potencial[41].

Além disso, a maioria das ações é ajuizada por atores estatais, o que, segundo abrangente estudo patrocinado pelo Conselho Nacional

40 Sobre *judicial case management* e sistema inglês, indica-se GONÇALVES, Gláucio Ferreira Maciel; BRITO, Thiago Carlos de Souza. "Gerenciamento dos processos judiciais: notas sobre a experiência processual civil na Inglaterra pós-codificação". Revista Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte, n. 66, 2015, p. 291-326.

41 Para uma visão abrangente e atualizada do tema: DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. "Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro". *Revista de Processo, vol. 303*. São Paulo: Revista dos Tribunais, maio/2020, p. 45-81.

de Justiça, caracterizaria desorganização da sociedade civil ao articular interesses coletivos[42]. A metodologia e conclusões, ressalte-se, foram questionadas por Edilson Vitorelli e Hermes Zenetti Jr., animados por defesa institucional do Ministério Público, com bons argumentos[43].

A multiplicidade de entes estatais no manejo de demandas coletivas é salutar e não implica sobreposição de atribuições, porque o móvel de cada instituição às vezes é bastante diverso. Nas ações possessórias multitudinárias é o próprio CPC que reconhece tal circunstância. Quando envolvem pobres, além do Ministério Público, o art. 554, §1º determina a interveniência da Defensoria como representante do *agrupamento* de pessoas vulneráveis, no que se tem convencionado denominar intervenção *custos vulnerabilis*[44] ou, em menor extensão, *amicus communitas.* Mais do que reconhecer a legitimidade defensorial, o CPC introjetou a pluralização do debate também entre instituições públicas – corretamente, pois o "Estado" não é monolítico. Defensoria, MP ou entes federados podem todos orientar-se no interesse público e, mesmo assim, buscar objetivos imediatos diversos, os quais podem ser compatibilizados em sinergia e sem excluir o indivíduo. Não há por que imaginar razão diversa no contexto mais amplo de Brumadinho.

A penetração da consensualidade no direito público, internalizada na lei processual a partir da tendência surgida no direito

42 Uma das principais conclusões de estudo publicado em 2017 pelo CNJ é que "o sistema de tutela coletiva nasceu e permaneceu sob a égide dos atores estatais". *In* MENDES, Conrado Hubner (coord.) *et al. Relatório Analítico Propositivo Justiça Pesquisa: Direitos e Garantias Fundamentais – Ações Coletivas no Brasil: temas, atores e desafios da tutela coletiva*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2018. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-ontent/uploads/2011/02/799b01d7a3f27f85b334448b8554c914.pdf . Acesso em: 25.07.2020.

43 VITORELLI, Edilson; ZANETTI JR., Hermes. "O futuro do processo coletivo: considerações sobre o relatório analítico propositivo do Conselho Nacional de Justiça". *Revista de Processo, vol. 295*. São Paulo: Revista dos Tribunais, set/2019, p. 195-233.

44 O STJ admitiu a intervenção *custos vulnerabilis* da DPU no repetitivo em que foi fixada a tese de que as operadoras de planos de saúde são desobrigadas a fornecer medicamento não registrado pela Anvisa (ED no REsp n.º 1.712.163/SP). Sobre a atuação da Defensoria Pública como *custos vulnerabilis,* a principal obra é ROCHA, Jorge Bheron; GONÇALVES FILHO, Edilson Santana; MAIA, Maurilio Casas. *Custos vulnerabilis: a Defensoria Pública e o equilíbrio nas relações político-jurídicas dos vulneráveis*. Belo Horizonte: CEI, 2020.

francês, permite um olhar mais voltado à satisfação do interesse do usuário do serviço-justiça. Com destaque para a cláusula geral de negociação processual, essa abertura democrática engaja as partes na condução do processo, em clima de cooperação (art. 6º do CPC), facilita a solução das crises de direito material em tempo razoável e, assim, proporciona maior efetividade[45]. De forma geral o Judiciário brasileiro segue excessivamente autocentrado e partes não se veem partícipes na feitura da decisão. Talvez esteja aí o embrião da propalada mudança de cultura.

Para isso ocorrer não se pode subestimar o problema de mandato ou agência (*agency problem*), como é conhecida na teoria econômica a divergência de interesses entre a parte e seu representante[46]. Na relação advogado-cliente os objetivos diferem mais por conta dos honorários, situação que permanece mesmo com as mudanças no mercado legal causadas pela disrupção tecnológica em curso[47]. Mas interesses outros devem ser considerados, como o fator reputacional e a diminuição da função de utilidade do trabalho pelos agentes públicos, a induzir busca por menor esforço[48]. O problema de agência agrava à medida que se ignora a manifestação de vontade das partes diretamente envolvidas.

Nesse sentido, Erik Wolkart tem viés prático e parte da análise econômica do direito e avanços recentes da *Behavioral Law and Economics* para sugerir incentivos procedimentais rumo a possíveis soluções cooperativas no combate à "tragédia da Justiça"[49]. Ele sugere vários

45 Conclusões desde parágrafo tomadas a partir de ANDRADE, Érico. "A contratualização do processo". In: Fernando Gonzaga Jayme, Gláucio Maciel Gonçalves, Juliana Cordeiro de Faria, Marcelo Veiga Franco, Mayara de Carvalho Araújo, Suzana Santi Cremasco (Org.). Processo Civil Brasileiro - Novos Rumos a partir do CPC/2015. 1ª ed. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2016, v. 01, p. 47-65.

46 WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da Justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 324. As mesmas observações foram mencionadas em CARVALHO, Leandro Coelho de. "Perspectiva crítica dos acordos em Brumadinho". *Revista da Defensoria Pública de Minas Gerais,* 2020 (aguardando publicação).

47 SUSSKIND, Richard. Tomorrow's lawyers: an introduction to your future. 2ª. ed. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 77-79.

48 WOLKART, Erik Navarro. *Op. cit.*, 2019, p. 461-462 e 491-493.

49 Analogia utilizada por ele para correlacionar o conceito econômico clássico da "tragédia dos comuns", de Garret Hardin, com a situação de ineficiência crônica do

incentivos normativos aplicáveis a situações de forte desigualdade, como aquelas decorrentes do rompimento das barragens, dentre os quais: i) mudança na estrutura de custas, inclusive com o fim das isenções a pessoas jurídicas de direito público e do teto de custas, p. ex., e redimensionamento da gratuidade de justiça; ii) alterações no regime de incentivos aos advogados (*agency problem*) e juízes; iii) reforço do sistema de precedentes; iv) agravamento das sanções por litigância de má-fé v); uso rigoroso dos métodos executivos atípicos[50]; vi) utilização correta da tecnologia na prevenção e solução de conflitos. A maioria dessas propostas independe de mudanças no marco legal. Ressalvas feitas à utilização excessiva do art. 139, IV, do CPC, ainda que Wolkart seja preciso ao apontar quão essencial é a punição ao comportamento defectivo[51], e observados os debates que gravitam o tema dos precedentes, parece acertada a conclusão de que a aplicação concreta da cooperação é dependente da mudança na estrutura dos incentivos (*payoffs*) dos atores processuais – incluídos aí os juízes, advogados, defensores públicos e promotores de justiça, não apenas as partes.

Acima de tudo, qualquer lógica de gerenciamento dos conflitos, multitudinários em especial, deve considerar o elemento temporal.

Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves[52] assevera, a partir das lições de Francois Ost e baseado na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, que o tempo do direito é próprio, "lento, se comparado à economia e à política". Não lhe escapam os seus efeitos deletérios sobre o

Poder Judiciário. Em suma, a ideia original "ilustra como os recursos comuns (*bens comuns*) tendem a ser explorados em níveis acima do desejável do ponto de vista social, gerando uma tendência de esgotamento (que seria a *tragédia*)" (*Ibidem,* p. 85).

50 O autor advoga o uso *prima ratio* dos meios atípicos, mas doutrina e jurisprudência amplamente majoritários ressaltam seu caráter subsidiário. De fato, é preciso respeitar os direitos fundamentais dos envolvidos e agir com proporcionalidade, até para evitar que o art. 139, IV, do CPC degrade-se em reles punitivismo estéril.

51 WOLKART, Erik Navarro. *Op. cit.,* p. 543. Sobre ambiente cooperativo e litigância habitual, ver o capítulo 08 da obra, especialmente as páginas 521 a 544.

52 GONÇALVES, Gláucio F. Maciel. "Direito e Tempo". *In*: Jayme, Fernando Gonzaga; Faria, Juliana Cordeiro de; Lauar, Maira Terra (Org.). *Processo civil: novas tendências: homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira,* 1ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 284

processo. Os sistemas interagem e isso faz com que o direito reaja; daí a necessidade de duração razoável, sob pena de tornar o processo inócuo, ou, colocado de outra forma, injusto.

Mudanças estruturais recentes – da legislação processual, tal qual a evolução da técnica dos precedentes[53], aos processos eletrônicos, que reduzem os "tempos mortos"[54] durante a tramitação – favoreceram a efetividade. Mesmo assim, eventual tentativa de abreviar o procedimento, para conjugar as vantagens dos acordos individuais com a segurança e o resultado imaginado em juízo, pode ser estorvada pelo interesse da contraparte no contexto adversarial. Contra litigantes habituais, a "ameaça" de ajuizamento ou de condenações severas em casos isolados não possui a mesma força retórica dissuasória da situação inversa, quando réu é o litigante eventual. Os auspícios do processo cooperativo não obrigam ao diálogo nem impedem reação intransigente, com todos os vários recursos que o *repeat player* tem à mão. No caso sob estudo, a multiplicidade dos interesses e a complexidade também se impõem. A experiência demonstra o irrealismo dos prognósticos otimistas. A postura ativa do juiz na direção do feito, nos moldes adotados na CPR inglesa[55], ladeada por uma gestão processual colaborativa e flexível[56] são aconselháveis, mas insuficientes para as vítimas de Brumadinho, como foi em Mariana. Numa situação dessa magnitude, alguma vagareza é inevitável.

53 A propósito, THEODORO JUNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico, *op. cit.*, p. 303-355.

54 Trata-se de alteração somente na *forma*, por meio da automação de tarefas repetitivas (não as intelectuais) e reorganização das estruturas judiciárias. Nesse sentido, COELHO, Fábio Alexandre; QUINAIA, Cristiano. "Processo eletrônico: perspectivas de eliminação das etapas mortas do procedimento". *Revista da EMESC,* v. 24, n.30, 2017, p. 269-284.

55 "Parece claro que, sem a participação ativa do juiz na condução do processo, qualquer tentativa de solucionar o problema da demora do processo estaria condenado ao fracasso" (GONÇALVES, Gláucio Ferreira Maciel; BRITO, Thiago Carlos de Souza. "Gerenciamento dos processos judiciais: notas sobre a experiência processual civil na Inglaterra pós-codificação". *Revista Faculdade de Direito da UFMG.* Belo Horizonte, n. 66, 2015, p. 309).

56 Sobre a importância dessas técnicas, conferir ANDRADE, Érico. "Gestão processual flexível, colaborativa e proporcional: cenários para implementação das novas tendências no CPC/2015". *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Belo Horizonte, n. 76, 2020, p. 183-212.

Em Mariana uma reunião formidável de esforços e 'profissionais capacitados empenha-se desde o início na busca por reparação integral aos atingidos em 2015. No CC 144.922/MG, o STJ logo fixou a competência da Justiça Federal em Belo Horizonte, uma espécie de "juízo universal" para as ações coletivas, dado o interesse da União e com lastro no art. 2º da Lei 7.347/85. Mas foi só quatro anos e meio depois do rompimento de Fundão que decisão homologou "planilha de consenso" que apresentava "eixos temáticos tidos como prioritários, emergenciais, reputados como imprescindíveis para agilizar a implementação e dar concretude à execução dos programas de reparação e indenização estabelecidos"[57]. A decisão foi suspensa após a metodologia ser questionada em agravo interposto por MP's e Defensorias. Em julho de 2020, sentença reconheceu diversas categorias impactadas, a exemplo de pescadores, artesãos, agricultores ou associações, e, inspirada no direito norte-americano, flexibilizou a prova. Houve muitos avanços, mas as comunidades ainda não retomaram seu modo de vida, nem se sabe quando ou se isso ocorrerá. Embora com atraso – compreensível dada a enorme complexidade da ação, mas ainda assim deletério aos direitos das vítimas – as iniciativas seguem lógica gerencial. O ponto aqui é que, mesmo bem administrado, um conflito tão ramificado pode topar com óbices graves e prolongar-se além do tolerável. A falta de resposta conclusiva motivou *class action* na cidade de Manchester, na Inglaterra, em que se pleiteou cinco bilhões de libras da BHP Billiton a título de reparação.

O tempo do processo ou da autocomposição preocupa sobretudo a parte "fraca". Para *repeat players* como a Vale S/A, tanto melhor se o ressarcimento levar alguns anos a mais. Mesmo quando a condenação é quase certa, vicissitudes da instrução e qualidade da assistência jurídica das partes podem limitá-la.

Por fim, é sensata a preocupação com possível vício de consentimento dos atingidos, quando premidos por necessidades básicas. Acordos extrajudiciais sem orientação adequada e nenhuma

57 Decisão da 12ª Vara Federal Cível no Processo n.º 0069758-61.2015.4.01.3400 (f. 9.529), proferida pelo juiz Mário de Paula Franco Júnior. Publicada em 11.02.2020.

intermediação podem favorecer a parte mais forte. Lado outro, o simples ingresso em juízo não garante nivelamento. Ao revés, aventuras individuais pelo desespero de uma solução imediata tendem a favorecer a mineradora em detrimento das vítimas.

Há um episódio que ilustra isso. Quatro dias após o rompimento da barragem em Mariana, a lama percorreu 350 km na Bacia do Rio Doce até chegar a Governador Valadares, com pouco menos de 300.000 habitantes. O Rio Doce era a fonte exclusiva de água da cidade. Devido aos sérios problemas de abastecimento e gastos com aquisição de água mineral, Cristina Serra[58] destaca que houve cerca de cinquenta mil ações para ressarcimento destes custos extras, e os Juizados Especiais passaram a fixar indenização média de dez mil reais por indivíduo. A Samarco conseguiu suspender as ações no Tribunal de Justiça e a empresa, então, passou a propor acordo de mil reais por pessoa (dez vezes menos, portanto), por meio do PIM – Programa de Intermediação Mediada. Desamparados, muitos aceitaram os acordos claramente nocivos. A existência de ações ajuizadas aos milhares não impediu o prejuízo aos moradores de Valadares, pelo contrário. A intervenção do Judiciário pode assegurar algum nivelamento, em especial naquelas hipóteses em que a lei garante proeminência a uma das partes. Lá não foi suficiente. A existência de termo preparado por litigante habitual forte, como a Defensoria Pública, ou uma ação coletiva, teriam melhores chances. No caso específico de Brumadinho, um termômetro da vantagem em se estabelecer critérios mínimos para as reparações civis é o significativo aumento, em comparação a outros eventos análogos, no valor das indenizações percebidas por cada um dos atingidos, por meio de uma litigância estratégica coordenada.

Ou seja, os casos concretos podem trazer fundadas dúvidas quanto ao custo-benefício do processo no lugar dos acordos individuais. E, se as pessoas têm poder de disposição do direito à reparação, não faz sentido questionar negócios processuais ou soluções extrajudiciais fundados na autonomia. É dizer, parece insensato antecipar, *a priori*,

58 SERRA, Cristina. *Tragédia em Mariana: A história do maior desastre ambiental do Brasil*. Rio de Janeiro: Record, 2018, p. 389.

uma providência universalizável. A adequação ou não do meio é análise casuística, cujo julgador preferencial há de ser o próprio atingido, destinatário do serviço público, desde que o consentimento seja adequadamente informado.

4. MÉTODOS (ADEQUADOS) PARA SOLUÇÃO DOS CONFLITOS EM BRUMADINHO.

Caminha na linha tênue entre o necessário e o óbvio dizer que a estratégia principal e mais eficaz é sempre *evitar* conflitos – pelo menos, sua escalada. Quase sempre isso é viável. Como fazê-lo é a questão, e muito pode ser tomado de empréstimo das experiências com os rompimentos das barragens. Trata-se de reconhecer acertos e erros e especular sobre medidas, judiciais ou não, que poderiam ser tomadas nos múltiplos litígios surgidos.

Certas categorias de litígios podem ser prevenidas com simples disponibilização de informações claras, que incluem desde perguntas frequentes (FAQ) e manuais bem ilustrados, quando for o caso, até inteligência artificial e *chatbots*. Para desenvolvimento de *softwares* ou acompanhamento de obras de maior porte, comitês de resolução de disputas costumam ser eficazes. Estudos iniciados em Harvard há décadas sobre técnicas de desenho dos sistemas de disputa (*dispute system design*) foram reavivados em recentes experiências. Dentre as mais notórias está o conceito de *privacy by design*, inafastável da proteção aos dados pessoais e marcado pela proatividade, ao invés de ser reativo. De forma geral, os métodos têm a marca da atipicidade, engajam os envolvidos da feitura à implementação, exigem a interveniência de terceiro desinteressado (que pode ser um sistema informático) e, sobretudo, estão assentados na autonomia privada.

Ambos os rompimentos seriam evitados com bom marco regulatório, fiscalização periódica, conscientização do risco, *compliance,* padrões razoáveis de segurança e punições adequadas aos primeiros sinais de ilícitos. Ao tratar da catástrofe em Brumadinho, Délton Carvalho ressalta o Direito dos Desastres, "intimamente relacionado

com a gestão do risco"[59], que se prolonga até a reconstrução, e aponta a necessidade de avaliação sistêmica para reduzir a vulnerabilidade futura. É o que finalmente se tenta fazer em outras áreas expostas a riscos. Novas medidas para incremento da segurança foram tomadas, em parte decorrentes do rearranjo de incentivos: novos critérios legais, mais rigorosos, para avaliação do nível de estabilidade das barragens. Bom exemplo é a recente ampliação da zona de autossalvamento[60] em Macacos (São Sebastião das Águas Claras), Barão de Cocais e Ouro Preto, próximas a Belo Horizonte. Não é ainda a resposta definitiva do descomissionamento das barragens; mesmo antes da solução ideal, porém, o gerenciamento dos riscos mostra contribuir para reduzir significativamente as perdas. Ou seja, estruturar de antemão boa resposta emergencial a possíveis danos evita-os ou reduz sua extensão, caso venham a ocorrer.

O passo seguinte é compreender qual o melhor método para lidar com os conflitos de massa, quando ocorrerem. A nomenclatura não importa, nem há relação de alternatividade à solução adjudicada estatal, sobretudo após a adoção do sistema multiportas pelo Código de Processo Civil. O cotejo é pela via da adequação, à luz do caso concreto. A existência de relação assimétrica não impede a adoção de métodos estranhos à via jurisdicional, nem esta constitui necessariamente salvaguarda aos interesses dos atingidos, como a precariedade do fornecimento de água em Governador Valadares deixou claro.

A experiência da Renova deu razão aos críticos. Por mais qualificados tenham sido alguns esforços, os gastos elevados, sua estrutura burocrática, a demora e o relacionamento – distante da comunidade, simbiótico com as poluidoras – tornam incogitável sua reprodução.

---

59 CARVALHO, Délton Winter de. "Brumadinho, 2019: análise das narrativas de uma catástrofe a partir do Direito dos Desastres". *Revista dos Tribunais*, vol. 1002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 91.

60 Segundo a própria Vale, é área próxima, até 10 km ou 30 minutos do ponto de rompimento, onde a própria pessoa deve se salvar, porque não há tempo para nenhum órgão público tomar alguma providência. Disponível em http://www.vale.com/brasil/PT/aboutvale/servicos-para-comunidade/minas-gerais/atualizacoes_brumadinho/Paginas/seguranca-de-barragens.aspx. Acesso em: 02.08.2020.

A falência das empresas é indesejável por vários motivos; menos ainda pode-se tolerar a situação atual das vítimas ao longo da Bacia do Rio Doce. Decisões em tutela provisória e auxílios emergenciais pactuados foram essenciais. Porém, boas técnicas de gestão processual não foram capazes de salvaguardar-lhes todos da espera nociva por uma resolução definitiva, mesmo que no caso não se discuta de quem é a responsabilidade.

Daí porque, ocorrido o evento em Brumadinho, uma das grandes novidades foi o termo de compromisso entre a Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais e a Vale S/A. Assinado pouco mais de dois meses após o rompimento da barragem no Córrego do Feijão, o pacto fixou parâmetros objetivos mínimos, mas não o teto, de reparação civil.

Adotou-se como premissa a centralidade do interesse das vítimas e a tempestiva retomada do seu projeto de vida; via de consequência, o pressuposto de que a decisão sobre a rota a tomar é exclusiva do atingido devidamente informado. As opções a seu dispor não se distinguem tanto pelos parâmetros indenizatórios, ainda que os valores no termo sejam muito superiores à média jurisprudencial, porque incertos na via judicial, para mais ou para menos. O principal discrímen se dá pelo momento da percepção: de imediato, após assinar o acordo, ou ao final de processo cuja duração exata é imprevisível. Cláusulas acessórias ainda resultam em forte atenuação da carga probatória sobre os atingidos, diluição dos custos e aproveitamento de ganhos extras na esfera coletiva mesmo após firmar acordo via Defensoria mineira. Não por acaso, aceitação pelos interessados é quase unânime. Considerar a opção é inevitável[61]. Tanto que o Ministério Público do Trabalho adaptou o documento à sua realidade, aprimorando-o, e firmou termo de compromisso semelhante poucos meses depois.

Mesmo numa condição perfeita, em que eventual sentença favorável seja cumprida voluntariamente, o tempo, custos e riscos inerentes ao procedimento judicial talvez não justifiquem o seu

61 Algumas observações sobre o termo de compromisso entre Defensoria Pública e Vale S/A foram retiradas de CARVALHO, Leandro Coelho de, *op. cit.,* 2020.

emprego. Portanto, análises que deslegitimam *a priori* o emprego de métodos autocompositivos na situação de Brumadinho, como se a via judicial fosse necessariamente preferível, merecem reprimenda. Mesmo diante das peculiaridades do caso, é indubitável que subestimam os transtornos da demora. Pior, arriscam subjugar o direito individual das vítimas a uma obtusa noção de interesse público[62], e, porque hipossuficientes ou fragilizadas, tratam-nas como incapazes, a demandar proteção absoluta do Estado.

É insensato impor o acordo aos interessados tanto quanto não faz sentido pretender impedi-los. A visão de que haveria atores neutros envolvidos ou uma alternativa é necessariamente superior à outra soa pueril. Hostilizar o diálogo é contraproducente. O termo de compromisso surge apenas como uma faculdade extra a favorecer o acesso à justiça, e não influi na possibilidade de percepção de ganhos conquistados na esfera coletiva (cláusula 1.3). Se é preferível ou não à via judicial, frise-se, é prerrogativa do atingido decidir.

Naturalmente, o desequilíbrio entre uma instituição permanente de Estado e a Vale é muito menor do que entre a empresa e litigantes eventuais, em especial se se trata de pessoas em situação de vulnerabilidade. A busca pelo nivelamento no poder de barganha é prudente.

Mesmo entre dois litigantes habituais fortes, situação complexa como a tragédia socioambiental em Brumadinho possivelmente será mais bem tratada pela arbitragem, p. ex., se puderem arcar com os custos. É o caso dos vários impasses das poluidoras com a Copasa - Companhia de Saneamento de Minas Gerais. A porta da judicialização, de todo modo, não foi completamente cerrada, nem deveria. As ADRs não são imunes a riscos.

62 "Não se contesta que o interesse público, em seu núcleo essencial, é indisponível. A verdadeira questão reside em identificar *quando há* interesse público no caso concreto – ou até, muitas vezes: "*de que lado está*" o interesse público". Segundo TALAMINI, Eduardo. "A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitória) – versão atualizada para o CPC/2015". *In*: *Justiça multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 297 – itálico do original.

Como dito, o CPC facilitou a aplicação eficiente dos recursos judiciais por meio de gestão processual flexível, proporcional e colaborativa, coordenada pelo magistrado *em colaboração com as partes*[63]. Importa não apenas por abreviar o procedimento, mas acima de tudo por conformá-lo ao direito material e agregar-lhe efetividade, atento às peculiaridades de cada situação, nas esferas coletiva e individual. Resta inquirir se a via jurisdicional mostra-se capaz de entregar resposta justa e efetiva em tempo razoável.

Os resultados da aplicação desses métodos em conflitos tão abrangentes, no entanto, são questionáveis. Neles há o risco de "queda para a discricionariedade ou um retorno para a segurança do procedimento rígido"[64], porque simplesmente é impossível que um único juiz dê especial atenção e compreenda as particularidades de tudo o que é posto à sua apreciação. A lógica da proporcionalidade na gestão da massa de processos visa justamente aproveitar a "energia judiciária", no sentido de que os recursos utilizados devem considerar, também, uma reserva do que será necessário para gerir a massa de outros processos.

Além das possibilidades discutidas até o momento, é possível imaginar outras para tratamento de lides tais quais as causadas por mineradoras.

Conflitos de menor complexidade podem ser solucionados com certas técnicas usadas para prevenção; p. ex. mediante a abertura de canais diretos via sistemas de resolução de conflitos em rede (ODR's - *Online Dispute Resolutions*), que incluiriam a disponibilização de fontes oficiais para esclarecimentos. Relações díspares podem ser amenizadas com a intervenção de terceiros, como ocorre nos acordos individuais firmados entre DPMG e a Vale ou nas iniciativas pré-processuais para conciliação já utilizadas pelos Tribunais de Justiça.

63 Conforme ANDRADE, Érico. "Gestão processual...", *op. cit.*, p. 198.

64 BIAVATI, Paolo. "Flexibilidade, simplificação e gestão do processo civil: a perspectiva italiana". Tradução de Gabriela Kazuel Ferreira Eberhardt Francisco. *In*: BONATO, Giovanni; SICA, Heitor Vitor Mendonça; CINTRA, Lia Carolina Batista (Coord.). *Colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 237.

A Ouvidoria (*ombudsman*) é um tipo de MASC capaz de evitar escalonamento de disputas enquanto garante acesso à justiça em sua acepção ampla. Uso interessante deste método é a arbitragem bancário-financeira (*L'Arbitro Bancario Finanziario* – ABF) criada pelo Banco Central da Itália, um sistema simples, barato, acessível e rápido[65]. Talvez não sirva para Brumadinho, mas seria útil em conflitos consumeristas de massa, p. ex. No Brasil, Anatel, Aneel e Banco Central têm plataforma para reclamações, mas seu alcance é limitado. O método italiano é sistema pré cognitivo, uma espécie de "mecanismo arbitral brando", cuja regulação prevê a expedição de parecer não vinculante em causas de até cem mil euros. O procedimento é simples: 1) o interessado preenche formulário e pode juntar documentos; 2) vista para a manifestação do banco; 3) um comitê técnico do mercado com mandato decidirá. Não cabe recurso nem serve de prova em juízo; 4) se o Banco não acata ele é incluído em lista de site que informa o não cumprimento da decisão. O fator reputacional pesa e induz os bancos a cumprirem-nas. Semelhante é o *Conciliatore Bancario Finanziaro*, uma associação sem fins lucrativos[66].

Por fim, quanto ao Judiciário, falta-lhe a tomada de consciência de que é, antes de um Poder, *serviço público* direcionado a solver disputas. Isso pressupõe permeabilidade maior às considerações e necessidades dos usuários. Nesse sentido, seria de bom alvitre se os contratos de procedimento franceses e protocolos acordados da Itália[67] servissem de inspiração para agilizar a introdução de boas práticas. Seja em âmbito local ou nacional, a abertura ao diálogo assíduo com academia, OAB e instituições públicas pouparia esforços inúteis e aperfeiçoaria a produção normativa. Há razões para imaginar salto de eficiência imediato nos vários sistemas de processos eletrônicos

65 A despeito do nome, não se confunde com a via arbitral. Informações em: https://www.arbitrobancariofinanziario.it/homepage/index.html?com.dotmarketing.htmlpage. language=3. Acesso em 06.08.2020.

66 Para uma visão breve, além do *site* oficial da ABF ver CARDOSO, César. *O Ombudsman Bancário: Uma solução adequada de conflitos envolvendo bancos e clientes e seu impacto nos litígios judiciais*. Dissertação (mestrado) - Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getulio Vargas – FGV, 2015, p. 58-60.

67 Conferir ANDRADE, Érico. "A contratualização do processo", *op. cit.*, p. 54-55.

quando os jurisdicionados passarem a atentar para as falhas neles – a começar pelo fato de que são *vários* (e sem interoperabilidade).

Também deveria ser importado o hábito de adaptar procedimentos a casos específicos, de maneira compartilhada com as partes. Por si sós, as cláusulas de boa-fé e cooperação, normas fundamentais, aliadas aos poderes conferidos ao juiz no art. 139 do CPC, negócios processuais atípicos (art. 190), calendarização (art. 191) e saneamento compartilhado (art. 357, §2º) conferem amplo espectro de opções. A lei brasileira não prevê fase pré-processual ou a *multi-track* da CPR inglesa[68], mas é pródiga nas ferramentas que oferece.

Em especial, a fase de cumprimento tem taxas de congestionamento que poderiam ser amenizadas com políticas públicas eficientes, não necessariamente judiciais. O protesto da certidão da dívida ativa tem mostrado resultados bons na execução fiscal, por exemplo – incentivá-la, pois, é medida de proporcionalidade na gestão dos processos. Nesse sentido, hoje é possível efetuar busca nacional de imóveis pelo nome (indicador pessoal), mas o histórico da pessoa, os bens que algum dia possuiu, não é fornecido. Como a pesquisa só traz uma foto do presente, alienação de bem imóvel antes da consulta, se desconhecido do credor, tem grandes chances de passar despercebida. Fraudes à execução seriam evitadas, sem o risco de manobra legislativa para aumentar sanções penais pela enésima vez.

A doutrina parece vários passos à frente. Na praxe forense ainda não ecoa nem mesmo o uso parcimonioso de medidas executivas atípicas. Convém, então, insistir em Remo Caponi, para quem o sistema italiano não é fechado na própria autorreferência normativa e é preciso valorizar a autonomia privada na conformação do processo. O mesmo vale para o Brasil; a interpretação deve ser orientada às implicações práticas na realidade social.

> Em síntese, o princípio de legalidade da disciplina processual é reafirmado em um contexto cultural

68 Ver GONÇALVES, Gláucio Ferreira Maciel; BRITO, Thiago Carlos de Souza, *op. cit.*, p. 309-314.

> profundamente mudado em relação ao oitocentista. Um contexto no qual o intérprete teórico e o operador prático do direito são definitivamente liberados do papel insuficiente de exegeta, para assumir aquele de coprodutor e intermediador de sentido das normas processuais, dentro de um sistema legal que é como "um pulmão aberto à experiência".[69]

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As consequências, diretas ou não, do rompimento da barragem da Vale implicaram em milhares de lides. São várias, claro, as perspectivas de estudo. Sob a jurídica, analisá-lo pela lente do "Direito dos Desastres", que foca a gestão do risco, parece inevitável. Este trabalho pretendeu demonstrar que as duas maiores tragédias minerárias da história do país podem igualmente contribuir para as pesquisas no campo do direito processual.

Os inúmeros atingidos e situações, a partir de evento único, abarrotaram o Judiciário em curto período. Mas houve quem nada pôde fazer, por desconhecimento ou impossibilidade (litigância contida). Algumas demandas são muito complexas, outras simples; centenas de ações coletivas, milhares de individuais; entre litigantes habituais ou, na maioria, com envolvimento de *one-shotters*; por meio de representação ou diretamente; com incidência das regras de direito público ou não – enfim, as hipóteses são abundantes.

Ao grande número de contendas seguiu uma miríade de soluções, cuja lógica por detrás é reproduzível em contextos "normais". Se compararmos a postura no rompimento de Brumadinho, em relação a Mariana, temos aí cenário fértil para avaliar, na realidade prática, as melhores formas de gerenciar conflitos em massa.

69 CAPONI, Remo. "Autonomia privada e processo civil: os acordos processuais". *Revista dos Tribunais*, vol. 228, p. 359 – 376. São Paulo: Revista dos Tribunais, fev/2014, p. 371.

Foi dito no item anterior que a principal estratégica é a prevenção, e há variadas e inovadoras formas de fazê-lo. Não se deve subestimar a importância de evitar o litígio.

Uma vez instaurado, Brumadinho evidencia como o tempo e incentivos cooperativos influenciam as respostas. Também as circunstâncias dos envolvidos devem ser consideradas para equilibrar as consequências da litigância habitual, que impõem crescentes desafios à medida que novas ferramentas tecnológicas são ofertadas aos *repeat players*. Caso não se faça isso, é difícil aferir a adequação do método utilizado.

Quando o Judiciário for a via eleita para a solução da controvérsia, a melhor gestão processual é ideia obrigatória a tomar de empréstimo. No emprego de esforços é imperativo levar em conta a magnitude do problema, sem descurar dos direitos subjetivos dos atingidos e efeitos nocivos da espera. Nessa linha, é desproporcional qualquer solução que desdenhar o conjunto de feitos a julgar. Não significa eleger o valor da causa como critério exclusivo para direcionar esforços, proposta elitista que alargaria o fosso das desigualdades materiais, apenas ressalta-se a relevância do equilíbrio no uso dos recursos judiciais em certos processos, para que possam ser utilizados em todos os semelhantes, sob a marca da impessoalidade.

Nos processos individuais, a noção de flexibilidade encampada por Paolo Biavati[1], dentre outros, ressalta o valor de procedimento o "mais adaptável possível ao caso concreto", que oferece "diversas possíveis saídas" por meio de "instrumento comum e compartilhado com as partes". O aumento dos poderes do juiz aqui não implica maior discricionariedade, e visa, ainda, simplificação *com* as partes, em agir cooperativo.

Parece claro que acesso à justiça importa bastante e deve ser cuidado primordialmente. O primeiro ponto é a educação em direitos. A proximidade do sistema de justiça (Judiciário, Defensoria, Ministério Público, Polícias) ao usuário do serviço público e a instrução sobre o funcionamento dele são essenciais. Por força das circunstâncias, a

1 BIAVATI, Paolo. *Op. cit.*, p.. 226.

própria Vale passou a prover informações, como parte dos esforços de reconstrução de imagem, mas sem deixar clara sua responsabilidade. Parte interessada raramente será fonte de informação adequada.

Acordos diretos, mesmo assim, são uma opção válida. O bom gerenciamento dos processos implica trabalhar a possibilidade da solução autocompositiva, ainda que ela repouse na necessidade da presença de atores fortes, públicos ou privados, para elevar as chances de nivelamento entre as partes. Não se ignora que os danos traçados nesse estudo foram causados por empresa com *expertise* no assunto, rica, influente, beneficiada tanto pelo senso de urgência dos atingidos quanto por sua condição de litigante habitual; e, por isso tudo, plenamente capaz de conformar boa parte do desfecho a seus interesses. A despeito dos riscos para o litigante eventual quando a relação é assimétrica, cabe-lhe a última palavra, e os termos de compromisso entre Vale e DPMG, depois o MPT, provam a viabilidade da alternativa.

De todo modo, convém favorecer a autonomia negocial *informada*, seja na gestão comparticipada do feito ou na opção pelo uso de meios "alternativos" à solução adjudicada estatal. Nas relações assimétricas exige-se atenção redobrada, mas a solução negociada é quase sempre preferível. O discrímen mais relevante é a adequação da medida. Frear o avanço da consensualidade no direito público é equívoco por várias razões, a principal delas porque subestima o principal interesse envolvido, que é o do usuário do serviço-justiça. Por outro lado, apostar na falsa simetria entre ausência ou excesso do Estado, isto é, ignorar a situação intermediária para advogar a liberdade irrestrita de negociar, seguida por uma noção absoluta do *pacta sunt servanda*, é substituir um engano por outro, pior.

6. REFERÊNCIAS

AÇÃO EDUCATIVA; INSTITUTO PAULO MONTENEGRO. *Indicador de Alfabetismo Funcional (Inaf) Brasil 2018: resultados preliminares*. Disponível em http://acaoeducativa. org.br/wp-content/uploads/2018/08/Inaf2018_Relat%C3%B3rio-Resultados-Preliminares_ v08Ago2018.pdf. Acesso em 04.06.2020.

ANDRADE, Érico. "A contratualização do processo". In: Fernando Gonzaga Jayme, Gláucio Maciel Gonçalves, Juliana Cordeiro de Faria, Marcelo Veiga Franco, Mayara de Carvalho Araújo, Suzana Santi Cremasco (Org.). *Processo Civil Brasileiro - Novos Rumos a partir do CPC/2015*. 1ª ed. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2016, v. 01, p. 47-65.

ANDRADE, Érico. "Gestão processual flexível, colaborativa e proporcional: cenários para implementação das novas tendências no CPC/2015". *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Belo Horizonte, n. 76, 2020, p. 183-212.

BIAVATI, Paolo. "Flexibilidade, simplificação e gestão do processo civil: a perspectiva italiana". Tradução de Gabriela Kazuel Ferreira Eberhardt Francisco. *In*: BONATO,Giovanni; SICA, Heitor Vitor Mendonça; CINTRA, Lia Carolina Batista (Coord.). *Colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 225-244.

BRASIL. Ministério da Justiça. *IV Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil*. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário, 2015.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2019: ano-base 2018*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/ justica_em_numeros20190919.pdf>. Brasília: CNJ, 2019. Acesso em: 25.07.2020.

BUCCI, Eugênio. “Dissonâncias estruturais na comunicação do Poder Judiciário no Brasil: perguntas”. *MATRIZes*, v. 13, n. 2, p. 45-60, set. 2019.

CANTOARIO, Diego Martinez Fervenza. “O acesso à Justiça como pressupostos da paridade de armas entre os litigantes no processo civil”. *In*: RÉ, Aluísio Iunes Monti Ruggeri; REIS, Gustavo Augusto Soares dos (Org.). *Temas aprofundados da Defensoria Pública. Vol. 2.* Salvador: JusPodivm, 2014.

CAPONI, Remo. “O princípio da proporcionalidade na justiça civil: primeiras notas sistemáticas”. *Revista de Processo*, vol. 192. São Paulo: Revista dos Tribunais, fev/2011.

CAPONI, Remo. “Autonomia privada e processo civil: os acordos processuais”. *Revista dos Tribunais*, vol. 228, p. 359 – 376. São Paulo: Revista dos Tribunais, fev/2014.

CARDOSO, César. *O Ombudsman Bancário: Uma solução adequada de conflitos envolvendo bancos e clientes e seu impacto nos litígios judiciais*. Dissertação (mestrado) - Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getulio Vargas – FGV, 2015.

CARVALHO, Délton Winter de. “Brumadinho, 2019: análise das narrativas de uma catástrofe a partir do Direito dos Desastres”. *Revista dos Tribunais*, vol. 1002, p. 87 – 102. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr/2019.

CARVALHO, Leandro Coelho de. “Perspectiva crítica dos acordos em Brumadinho”. *Revista da Defensoria Pública de Minas Gerais,* 2020 (aguardando publicação).

COELHO, Fábio A.; QUINAIA, Cristiano. "Processo eletrônico: perspectivas de eliminação das etapas mortas do procedimento". *Revista da EMESC,* v. 24, n.30, 2017, p. 269-284.

DARLINGTON, Shasta; GLANZ James; ANDREONI, Manuela; BLOCH, Matthew; PEÇANHA, Sergio; SINGHVI, Anjali; GRIGGS, Troy. "A Tidal Wave of Mud". *The New York Times,* Nova Iorque, 12.fev.2019. Disponível em: https://www.nytimes.com/interactive/ 2019/02/09/ world/americas/brazil-dam-collapse.html. Acesso em: 12.07.2020.

DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Coletivo: processo coletivo*, vol. 4. Salvador: JusPodivm, 2007.

DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. "Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro". *Revista de Processo, vol. 303*. São Paulo: Revista dos Tribunais, maio/2020, p. 45-81.

DIEGA, Guido Noto La. "Against the dehumanisation of decision-making: algorithmic decisions at the crossroads of intellectual property, data protection, and freedom of information". *JIPITEC – Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, 9 (1), 2018. Disponível em: <https://www.jipitec.eu/issues/ jipitec-9-1-2018/4677>. Acesso em 20.06.2019.

FISS, Owen. "Against settlement". Yale Law Journal, v.93, p. 1073-90, 1984. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/ fss_papers/1215>. Acesso em: 10.07.2020.

FISS, Owen. "The history of an ideia". Fordham Law Review, v. 78, p. 1273-80, 2009, p. 1276-77. Disponível em: <https://digitalcommons. law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article= 2332&context=fss_papers>. Acesso em: 10.07.2020.

FGV. ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. *Estudo da imagem do Judiciário brasileiro,* dez/2019. Disponível em: https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/ 2020/04/ESTUDO_DA_ IMAGEM_.pdf. Acesso em: 22.07.2020.

FRANCO, Diogo Soares de Melo. *Proposta de metodologia multicritério como ferramenta para formulação e execução de políticas públicas para barragens de mineração e indústria em Minas Gerais*. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Departamento de Cartografia, 2019.

GABBAY, Daniela Monteiro; SILVA, Paulo Eduardo Alves da; ASPERTI, Maria Cecília de Araújo; COSTA, Susana Henriques da. "Why the 'Haves' Come Out Ahead in Brazil? Revisiting Speculations Concerning Repeat Players and One-Shooters in the Brazilian Litigation Setting". *FGV Direito SP Research Paper,* n.º 141, jan/2016. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=2716242. Acesso em: 07.06.2020.

GABBAY, Daniela Monteiro; ASPERTI, Maria Cecília de Araújo; COSTA, Susana Henriques da. "Are the haves getting even more ahead than ever? Reflections on the political choices concerning access to justice in Brazil in the search of a new agenda". *FGV Direito SP Research Paper,* n.º 158, jul/2017. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=2998779. Acesso em: 09.06.2020.

GALANTER, Marc. "Why the haves come out ahead? Speculations on the limits of legal change". *Law and Society Review*, v. 9, n. 1, 1974.

GONÇALVES, Gláucio Ferreira Maciel. "Direito e Tempo". *In*: Jayme, Fernando Gonzaga; Faria, Juliana Cordeiro de; Lauar, Maira Terra (Org.). *Processo civil: novas tendências: homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira,* 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 281-293.

GONÇALVES, Gláucio Ferreira Maciel; BRITO, Thiago Carlos de Souza. "Gerenciamento dos processos judiciais: notas sobre a experiência processual civil na Inglaterra pós-codificação". *Revista Faculdade de Direito da UFMG.* Belo Horizonte, n. 66, 2015, p. 291-326.

GONÇALVES, Marcelo Barbi. "Meios alternativos de solução de controvérsias: verdades, ilusões e descaminhos no novo Código de Processo Civil". *Revista da EMERJ,* v. 19, n. 75, p. 96-130, jul-set 2016.

MACHADO, Daniel Carneiro. "A ineficácia das reformas processuais diante do uso patológico do Poder Judiciário pelos chamados "litigantes habituais". Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 5166, 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/59960>. Acesso em: 18 ago. 2018.

MENDES, Conrado Hubner (coord.) *et al. Relatório Analítico Propositivo Justiça Pesquisa: Direitos e Garantias Fundamentais – Ações Coletivas no Brasil: temas, atores e desafios da tutela coletiva*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2018. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-ontent/uploads/2011/02/799b01d7a3f27f85b334448b8554c914.pdf Acesso em: 25.07.2020.

MILANEZ, Bruno; MAGNO, Lucas; PINTO, Raquel Giffoni. "Da política fraca à política privada: o papel do setor mineral nas mudanças da política ambiental em Minas Gerais, Brasil". *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 35, n. 5, 2019. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/ 0102-311x00051219>. Acesso em 07.07.2020.

RHODE, Deborah L; EATON, Kevin; PORTO, Anna. "Access to Justice Through Limited Legal Assistance", *Northwestern Journal of Human Rights,* vol. 16, 2018. Disponível em: https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/njihr/vol16/ iss1/1. Acesso em: 05.06.2020.

RÚA, Mónica María Bustamante; MUÑOZ, Santiago Ángel; ARISTIZÁBAL, Julián Andrés Giraldo; TAPIERO, Jorge Iván Marín. "Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos (MASC) e Inteligencia Artificial (IA) para la Solución de Controversias en Línea (SCL): Uma Apuesta por la Descongestión en la Administración de Justicia". *The Law, State and Telecommunications Review*, Brasilia, v. 12, nº 1, p. 80. Disponível em: https://periodicos. unb.br/index.php/RDET/article/download/25808/25493/. Acesso em 08.06.2020.

SANTOS, Bráulio de Magalhães. "Acesso a direitos: da declaração à efetividade". In: *Programa Mediação de conflitos: uma experiência de mediação comunitária no contexto das políticas públicas*. Belo Horizonte: Arraes, 2011, p.125-26.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. "Sérgio Buarque de Holanda e essa tal de "cordialidade". *Ide (São Paulo) [online]*. 2008, vol.31, n.46, pp. 83-89. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/ pdf/ide/v31n46/v31n46a15.pdf. Acesso em: 18.07.2020.

STÖBER, Michael. "Os meios alternativos de solução de conflitos no direito alemão e europeu: desenvolvimento e reformas". Trad. Antônio do Passo Cabral e Letícia Studzinski. *Revista de Processo*. vol. 244, p. 361-380. São Paulo: Revista dos Tribunais, jun.2015.

SUSSKIND, Richard. *Tomorrow's lawyers: an introduction to your future*. 2ª. ed. Oxford: Oxford University Press, 2017.

TALAMINI, Eduardo. "A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitória) – versão atualizada para o CPC/2015". *In*: *Justiça multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 275-297.

VARGAS, Cirilo Augusto. “Notas sobre o problema da litigância contida”. *Juris Plenum*, ano XVI, n. 92. Caxias do Sul, RS: Editora Plenum, mar./abr. 2020, p. 7-28.

VITORELLI, Edilson; ZANETTI JR., Hermes. “O futuro do processo coletivo: considerações sobre o relatório analítico propositivo do Conselho Nacional de Justiça”. *Revista de Processo, vol. 295*. São Paulo: Revista dos Tribunais, set/2019, p. 195-233.

GERENCIAMENTO PROCESSUAL: a gestão de unidades judiciárias e o caminho da efetividade

Luís Emílio Pinheiro Naves
Mestre em Administração Pública pela FJP. Especialista em Análise de Dados Voltados para o Controle Externo pela Escola de Contas Professor Pedro Aleixo. Especialista em Controle Externo da Gestão Pública Contemporânea pela PUC Minas. Analista de Controle Externo do TCEMG.
luisnaves@hotmail.com

RESUMO

O artigo busca, centrado no ambiente cotidiano das unidades judiciárias, discutir o gerenciamento do processo e dos processos judiciais levando-se em consideração as demandas por produtividade quantitativa capitaneadas pela atuação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) no cenário recente da administração judiciária brasileira. Ao se confrontarem normas fundamentais do processo civil que orientam a atuação do magistrado na gestão processual com a revisão de estudos de administração pública voltados para o Poder Judiciário, afirma-se que essa demanda por eficiência quantitativa tem sido prevalente e determinante no cotidiano da administração da justiça e que é necessária a ampliação da discussão acerca dos diversos papéis de gestão envolvidos neste contexto para o melhor entendimento sobre os aspectos qualitativos da prestação jurisdicional, uma vez que foram identificadas na literatura processual e de administração pública proposições que reconhecem a superação do padrão de eficiência orientado pelo movimento do *new public management*, além da necessidade de investimentos na atuação em gestão pública levando-se em conta o equilíbrio entre eficiência e equidade.

Palavras-chave: Gestão Processual. Administração judiciária. Conselho Nacional de Justiça. CNJ. Poder Judiciário. Unidades judiciárias. Gestão judiciária. Qualidade dos serviços judiciais.

Sumário: 1 Introdução; 2 Contextualização da administração judiciária brasileira; 3 Perspectivas para o gerenciamento de processos; 4 A jurisdição entendida como serviço público; 5 A divisão dos papéis de gestão nas unidades judiciárias; 6 Conclusões; 7 Referências.

1. INTRODUÇÃO

Os dados apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) para o funcionamento do Poder Judiciário brasileiro no ano de 2019 (CNJ, 2020) mostram que as despesas totais da justiça corresponderam a 1,5% do Produto Interno Bruto (PIB) nacional, ou a 2,7% dos gastos totais da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, apresentando custo de R$ 479,16 por brasileiro, o qual financiou as atividades de 14.792 unidades judiciárias espalhadas pelo país.

Com a divulgação desses dados da atividade judiciária, o conselho comemorou pelo segundo ano consecutivo o atingimento de metas de eficiência traduzidas pela redução de estoque processual do Judiciário, ou seja, sob o aspecto quantitativo, em 2018 e 2019, o judiciário nacional conseguiu interromper uma trajetória histórica de acúmulo de processos, o que se pode creditar, em grande medida, ao trabalho desenvolvido pelo próprio CNJ nos 15 anos de sua existência, mediante desenho e implementação de suas políticas públicas de gestão judiciária.

Não obstante o atingimento desse esperado avanço, parece ainda bastante longe o debelar de um antigo e "generalizado clamor" em face da pouca eficiência da justiça oficial na solução dos conflitos que lhe são submetidos, sendo o incômodo com o funcionamento e resultados do sistema de justiça brasileiro um tema recorrente nos estudos de direito processual civil, comumente abordado sob a referência de crise processual ou crise do processo (THEODORO JÚNIOR, 2005 e MONIZ ARAGÃO, 1993).

Os debates direcionados às soluções dessas crises carregavam em seus núcleos a preocupação com entraves nas leis processuais que, se suprimidos ou flexibilizados, tenderiam a gerar celeridade

e consistência à prestação jurisdicional. Não obstante, de forma periférica, há tempos que também se apresentam preocupações relacionadas às estruturas dos tribunais, aos serviços judiciários e à própria atuação dos magistrados, as quais ficavam relegadas a um tema pouco estudado em comparação ao direito processual e ao próprio direito, separado em um campo que se designava administração da justiça (FREITAS e FREITAS, 2012).

Incontáveis reformas da legislação processual no Brasil e no mundo carregaram a esperança de superação dessas crises e muito, de fato, se avançou no aspecto normativo, em que se viram incorporadas no Código de Processo Civil de 2015 cláusulas de vanguarda destinadas à concretização do direito fundamental ao processo justo (MITIDIEIRO, 2018), dever que se impõe à própria atuação do Estado e, em última análise, da administração judiciária.

Há bastante tempo, Carnelutti (*apud* DINAMARCO, 2013, pág. 15) indicava com razoável clareza as causas da ineficiência da Justiça: a lei processual, as estruturas judiciarias e, acima de tudo isso, o homem que opera o processo. A propósito desses dois últimos fatores, em termos recentes, percebe-se, no cenário acadêmico-jurídico, o crescimento do interesse dos processualistas pelo estudo das questões que envolvem os atos cotidianos de gestão de recursos paralelos à prestação jurisdicional propriamente dita, sob essa percepção de que o seu bom funcionamento tende a impactar positivamente para os resultados de eficiência que têm sido demandados do Poder Judiciário (CADIET, 2017 e BIAVATI, 2016 apud THEODORO JÚNIOR e ANDRADE, 2018).

Assim, partindo-se do pressuposto de que a nossa legislação processual é de vanguarda (THEODORO JÚNIOR e ANDRADE, 2018) e de que os poderes por ela dados ao juiz, oriundos de uma maior flexibilidade orientada pela proporcionalidade (ANDRADE, 2020) são suficientes para a uma boa gestão processual, este trabalho se volta para a atuação cotidiana do magistrado dentro do ambiente no qual está inserido e no qual deverá executar os seus deveres de gestor do

processo e de seus processos, sempre sob a perspectiva do quadro constitucional do processo justo.

Este estudo se estrutura, assim, para além desta introdução, na tentativa de contextualização da administração judiciária brasileira frente às demandas por eficiência promovidas pelo CNJ e frente a estudos empíricos de administração pública que analisam a atuação do Poder Judiciário.

No terceiro tópico, buscar-se-á visão processual da atuação do magistrado como gestor de seu processo e de seus processos buscando-se a aproximação do entendimento sobre os poderes do juiz, com ênfase para as funções exercidas pelo magistrado em um perfil estrutural, intimamente ligado à "administração da justiça no seu complexo" (PICARDI, 2008, pág. 24) paralelo à função de resolução de controvérsias individuais.

Após contextualização do papel do juiz no ambiente da administração da justiça, buscar-se-á identificar nova feição da própria jurisdição, que passa a ser entendida como serviço público para, no quinto tópico, apresentar visões críticas convergentes acerca da necessária maior explicitação dos papéis de gestão no ambiente judiciário.

Em conclusão, serão apresentados possíveis caminhos para o desenvolvimento de estudos voltados para o incremento das funções de gestão judiciária, as quais são reputadas como absolutamente importantes para a entrega dos resultados ao cidadão. A hipótese é a de que a análise quantitativa focada em resultados não pode ser de todo jogada fora, mas deve ser balanceada com a busca de equidade na atividade jurisdicional, que não pode ser confundida com um serviço público qualquer.

Propõem-se, assim, reflexões sobre a atividade do magistrado sob aspectos hoje indissociáveis de sua atuação diária, tanto fora quanto dentro do processo, mediante abordagens multidisciplinares com vistas a se aproximar a produção científica jurídica ao "mundo das relações vivas" (GUSTIN, DIAS e NICÁCIO, 2020, pág. 329) o que é, em tempos recentes, desafio e diretriz decorrentes da mais precisa

aproximação do direito ao campo das ciências sociais aplicadas, para as quais a pesquisa deve ter sempre o objetivo final de produzir frutos para o benefício do homem comum. Este estudo é do tipo bibliográfico e se utiliza da técnica de levantamento de dados bibliográficos predominantemente nacionais.

2. CONTEXTUALIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO JUDICIÁRIA BRASILEIRA

No Brasil, reformas pontuais e sistemáticas na legislação processual são há muito tentadas sem a certeza, entretanto, de que atingiriam os fins almejados, a ponto de Dinamarco (2013, pág. 11) afirmar que caminhávamos "praticamente no escuro".

A promulgação da Emenda Constitucional n. 45, em 8/12/2004, foi o marco da reforma do Poder Judiciário, centrada em ações voltadas para o diagnóstico de sua crise, modernização e eficiência. A criação do CNJ, nesse contexto, representou mudança de cultura no ambiente judicial, uma vez que suas funções de pensar estrategicamente o poder judiciário (planejamento), racionalizar e modernizar o funcionamento desse sistema (gestão) e, por fim, exercer controle disciplinar (função de corregedoria e ouvidoria) (CNJ, 2015) têm produzido dados determinantes para a orientação do desenho e implementação de políticas públicas de gestão judiciária a seu encargo, se juntando aos magistrados que atuavam sozinhos no enfrentamento da crise processual (SENA, 2013).

Nesse contexto apresenta-se a recente aprovação pelo CNJ da Estratégia Nacional do Poder Judiciário 2021, por meio da Resolução n. 325, de 29 de junho de 2020, (CNJ, 2020) na qual foram apresentados os macrodesafios e indicadores que fundamentarão a política judiciária brasileira para os próximos seis anos e estabelecidas as diretrizes para os tribunais e conselhos do Poder Judiciário traçarem seus próprios planos estratégicos. Observa-se neste cenário, novamente, a preocupação central e constante das políticas de administração

judiciária brasileiras com a prevenção à formação de estoques e à redução do passivo processual.

Porém, questões afeiçoadas à efetividade da justiça também se fazem presentes nos desafios mapeados pelo CNJ, dos quais se destacam as referências à garantia "da prestação jurisdicional efetiva e ágil, com segurança jurídica e procedimental na tramitação de processos judiciais" e à "consolidação do sistema de precedentes obrigatórios". Não obstante, os indicadores estratégicos propostos para acompanhamento do sucesso desses objetivos ainda não apresentam variáveis qualitativas que permitam que se cogite o grau de efetividade dessas políticas e, em última análise, dos processos judiciais brasileiros, uma vez que se voltam especialmente para a comparação entre o número de casos resolvidos e o número de casos novos, proposição que se inspira na ideia de eficiência de matriz econômica, o que pouco contribui para o desenvolvimento de um necessário paradigma de qualidade da condução dos processos e das decisões que neles são proferidas, o qual seja construído sobre bases consistentes que levem em consideração especificidades e complexidades ali presentes, o que poderia se traduzir em desejável elevação dos índices de satisfação e de confiança dos usuários dos serviços de justiça (OLIVEIRA e CUNHA, 2020).

Não obstante, diante da ampliação da coleta e divulgação de dados pelo CNJ acerca do funcionamento do Poder Judiciário, a consequente "quantificação do trabalho, as formas de avaliação individual de desempenho, os rankings e as metas de produtividade elaboradas pelos tribunais" não passam despercebidos pelos magistrados, que carregam um largo e difuso descontentamento acerca dos impactos dessas normas de gestão, por converterem o trabalho em números (CNJ, 2015).

Estudos empíricos sobre o desempenho da justiça também vêm ocupando espaços na literatura e a avaliação desse desempenho se limitam aos parâmetros de eficiência disponíveis, sob as dimensões de produtividade, custos e tempo, sem medidas hábeis à aferição de efetividade relacionadas, por exemplo, ao cumprimento das sentenças.

Mesmo assim esses dados carregam problemas de padronização e não têm sido aproveitados para a melhoria da prestação jurisdicional ou para o embasamento da formulação de políticas judiciárias de melhoria da qualidade ou da confiança do cidadão no sistema (OLIVERA e CUNHA, 2020).

Observa-se também que as discussões sobre o desempenho judiciário comumente esbarram na dicotomia entre aspectos quantitativos e qualitativos, havendo preponderância sobre os aspectos quantitativos, frente às inúmeras dificuldades de se definirem indicadores de qualidade para a complexa atividade jurisdicional. Não se olvida, por óbvio, da importância do aproveitamento desses dados e da própria movimentação gerencial do Poder Judiciário para seu aprimoramento, especialmente no que diz respeito à indicação de problemas e oportunidades relacionados à gestão de recursos disponíveis (GOMES e FREITAS, 2017).

No centro desse debate se apresenta o papel de gestor do magistrado, recentemente acrescido em larga escala às suas tradicionais funções jurisdicionais e com as quais concorre em recursos materiais e humanos. As atividades administrativas estão cada vez mais presentes no trabalho dos magistrados e, a par de ilustrarem a hipertrofia dos poderes que modernamente lhes têm sido atribuídos, tendem a gerar conflitos que decorrem da árdua tarefa de se alternar gestão e jurisdição em um mesmo ambiente decisório (GUIMARÃES, GOMES, CORREIA, OLIVEIRA e PIAZENTIN, 2017)

A propósito, Nicola Picardi (2008) lembra que, com a passagem do Estado liberal clássico ao Estado social de direito, houve o incremento dos poderes do juiz, que passa a ser chamado a exercer funções que outrora pareciam reservadas a outras instituições. Essa introdução de tarefas administrativas no trabalho dos juízes e de metas de eficiência predominantemente quantitativa nos poderes judiciários faz parte do padrão imposto às administrações públicas, de forma geral, pelo que se identificou como nova gestão pública (*new public management*). Esse movimento influenciou na Europa a criação em 2002 da Comissão

Europeia para Eficiência da Justiça (European Comission for the Efficiency of Justice).

Loic Cadiet (2017) afirma que essa identificação com a nova gestão pública nos coloca na era da gestão judicial, fruto de uma "ideologia competitiva" presente em todos os setores da vida econômica e social em razão da financialização da economia, o que conduz à aplicação das lógicas do setor privado à administração pública. Espera-se, assim, qualidade da decisão jurisdicional e do conjunto do processo que a conduz.

3. PERSPECTIVAS PARA O GERENCIAMENTO DE PROCESSOS

Para muito além da recorrente proposta simplista do aumento do número de juízes e de tribunais e da defesa de reformas da legislação processual para a desejada elevação dos níveis de eficiência da prestação jurisdicional, Maciel Gonçalves e Brito (2015) destacam, na construção dos caminhos de superação dos problemas da jurisdição brasileira, a importância do gerenciamento dos processos judiciais, área de estudo que busca reconhecer e ampliar as técnicas disponíveis ao magistrado para racionalização de sua atividade e para melhor aproveitamento dos recursos que lhe são disponíveis para a construção do provimento jurisdicional final. Trata-se o gerenciamento dos processos judiciais, esclarecem, de uma tradução aproximada do *judicial case management*, de inspiração anglo-saxônica, notadamente Estados Unidos e Inglaterra, que propõe, mediante a ampliação dos poderes dos juízes para o planejamento da condução de seus processos rumo à desejáveis celeridade e à efetividade.

Cahali (2013), porém, adverte que o gerenciamento do processo insere-se em um universo mais abrangente que contempla temas ligados às políticas públicas, gestão dos cartórios judiciais, investimentos na informatização dos processos dentre outros, não se limitando a um conjunto de técnicas de condução planejada do processo, à flexibilização procedimental e ao uso de meios alternativos para a solução de conflitos.

A moderna percepção da importância da flexibilização, colaboração e proporcionalidade está subjacente às reformas no processo civil de diversos sistemas de justiça e também no Brasil, o que se extrai dos art. 4º, 6º e 8º do CPC/2015 (BRASIL, 2015), normas fundamentais que orientam atividade jurisdicional para a razoável duração do processo e para a eficiência, que estabelecem a necessidade de proporcionalidade no uso dos recursos judiciais e para a colaboração entre juiz e partes na busca dessa eficiência (ANDRADE, 2020). Nesse contexto, o art. 139 do CPC também reafirma ao juiz a ideia de que ele é o gestor do processo e lhe apresenta o dever de conduzi-lo de forma a adaptar o hoje flexível arcabouço procedimental às peculiaridades de sua causa (ANDRADE, 2020, p. 189).

A partir de uma visão mais clara e atual de que os sistemas de administração da justiça devam considerar o conjunto de causas em determinado juízo para que se distribuam e se empreguem ali os recursos e o tempo necessários a conferir razoável duração a cada um dos seus processos, ganha relevo a vertente do gerenciamento processual, que apresenta ao magistrado a necessidade de que se olhe também para fora do processo quando houver que decidir sobre o procedimento a adotar em determinado caso.

Aliás, Humberto Theodoro Júnior (2005) há tempos apresentava a preocupação com o funcionamento e a organização das estruturas judiciárias em paralelo à insuficiente revisão das normas processuais e já clamava por ousadia e criatividade dos responsáveis pela Justiça, as quais viriam em decorrência de evolução tecnológica e "planejamento, coordenação, controles, estatística, economia, ciência da administração, teoria das comunicações, informática, cibernética, processamento de dados etc.".

Recentemente, as análises que envolvem o plano administrativo, ou de organização e gerenciamento dos serviços forenses, têm ocupado espaço no cotidiano dos magistrados e no ambiente acadêmico e buscam uma espécie de "diálogo" por meio da identificação dos "pontos de contato" entre as ciências de administração, a organização da Justiça e o direito processual (NOGUEIRA e SILVA, 2013).

As obras elaboradas no país centradas em administração judicial, gerenciamento de processos e gestão de unidades judiciárias, entretanto, não abordam diretamente e de modo crítico a atuação institucional do CNJ como ator estratégico e capaz de influenciar a elaboração de normas, atos e processos administrativos que tendam a direcionar a atuação de magistrados e de servidores da justiça para além da aferição da eficiência baseada preponderantemente em aspectos numéricos de produtividade, e se limitam, sendo fiéis aos seus próprios e relevantes objetivos, a: situar no ambiente acadêmico nacional e em nosso arcabouço legislativo processual (CPC/1973) esse fenômeno de racionalidade organizacional cuja atuação diretiva do magistrado é considerada fundamental (SILVA, 2010 e CAHALI, 2013); identificar, sob referenciais de ciência política, o perfil dos magistrados frente às demandas crescentes por produtividade (FONTAINHA, 2012); catalogar práticas úteis de gestão de unidades judiciárias de primeira instância utilizadas por juízes e servidores (SALEM, 2004 e CRUZ e MATOS org., 2018); estimar e analisar, em enfoque empírico e por meio de técnicas afeiçoadas às comumente adotadas em gestão empresarial, o custeio das atividades de produção judicial da justiça federal em execuções fiscais (CUNHA e SILVA, 2013); esquadrinhar a atuação do magistrado com vistas à superação da cultura de inércia rumo a uma condução equilibrada do processo (SILVEIRA, 2012); adaptar conceitos para a realidade judiciária de ferramentas utilizadas pelos administradores no comando de indústrias, empresas e sociedades e propor modelos práticos de gestão judiciária (HADDAD e PEDROSA, 2017 e HADDAD e PEDROSA, 2019).

De fato, a literatura processual brasileira vem se abrindo para o estudo das questões de administração judiciária (SILVA, 2020; CAHALI, 2013; ANDRADE, 2011, e SILVA, 2010), certamente em face da percepção de que elas influenciam de forma significativa os resultados de jurisdição e também em decorrência do desenvolvimento e do aprimoramento das atividades do Conselho Nacional de Justiça – CNJ (CUNHA e SILVA org., 2013), responsável, dentre outras funções, como visto, pelo desenho das políticas judiciárias nacionais.

Entretanto, os estudos que têm por objeto os atos e processos administrativos judiciários vistos em seu conjunto e em determinado contexto organizacional, ou seja, em determinadas unidades administrativas judiciais, a par de carregarem grande potencial de identificação de problemas cotidianos relacionados ao desempenho das atividades que levam, em última análise, à jurisdição, ainda não apresentam substrato teórico mais claro em termos de sistematização e modelagem que leve à mais precisa identificação de quais seriam as questões de administração da justiça que mereçam olhar mais atento por, de fato, repercutirem, positiva ou negativamente, no círculo de abrangência das garantias processuais constitucionais, em razão de se relacionarem intimamente às atividades cotidianas dos magistrados, as quais, em conjunto com os atos proferidos dentro dos processos, conduzem ao desejado provimento jurisdicional.

Para melhor identificação desse problema, CADIET (2017, p. 15) anota que a justiça – no caso a francesa – não pode ser mais pensada como "simples justaposição ou superposição" de tribunais organizados de forma autônoma, distinta e aleatória e sim como um sistema íntegro que deve atuar sob a inspiração dos princípios da boa administração da justiça.

Adotando-se essa perspectiva de configuração de um sistema íntegro, a atuação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) ganha destaque, uma vez que ele exerce o controle administrativo interno do Poder Judiciário, autoridade que, entretanto, não atinge a independência e a autonomia da função judicante, conforme afirmou o Supremo Tribunal Federal (STF) na ADI 3.367 (BRASIL, 2006). Depois de 15 anos de existência do CNJ, suas políticas públicas de gestão judiciária voltadas para a redução do estoque processual geral começam, como visto, a atingir seus objetivos. Entretanto, ainda não se vislumbra nessa atuação o desenho de políticas públicas que busquem medir os níveis de qualidade da prestação jurisdicional.

Não obstante o incremento da visão sobre eficiência da prestação e a percepção de importância das questões de gestão judiciária para o alcance da razoável duração e de efetividade processuais, poucos são

os trabalhos acadêmicos nacionais em direito que se dedicam à análise das estruturas, atos, processos e normas relacionadas à administração judiciária que tendem a influenciar, positiva ou negativamente, na construção do caminho da efetividade da jurisdição e, ainda, dos papeis do CNJ nesse contexto.

No campo de estudo da administração pública também se identifica a escassez de trabalhos sobre gestão no Poder Judiciário (OLIVEIRA, NOGUEIRA E PIMENTEL, 2018; NOGUEIRA, 2011 e MARTINS e COLARES, 2013) – mais evidente em comparação aos estudos sobre o Poder Legislativo ou Executivo –, existindo considerável lacuna que demanda a realização de novas pesquisas. A questão se torna mais premente quando se observa que os estudos existentes levam em consideração, essencialmente, aspectos quantitativos relacionados ao desempenho judicial nas seguintes categorias de interesse: produtividade, duração de processos, confiança, mérito de decisões, autonomia e abrangência, as quais ainda não contemplam abordagens qualitativas mais profundas e elaboradas, notadamente quanto ao desempenho técnico das unidades judiciárias e dos próprios magistrados (OLIVEIRA, 2017).

Diante desse quadro, em termos acadêmicos e práticos, vislumbra-se espaço e demanda de enfrentamento do desafio de se analisar as ferramentas administrativas e jurídicas que tendem a contribuir para o equilíbrio permanente entre esse crescente interesse pela eficiência de inspiração econômica do judiciário e o efetivo respeito às garantias democráticas processuais constitucionais. A ascensão do fenômeno do gerenciamento judiciário pode se configurar risco à boa administração da justiça se essa gestão não está inserida nesse novo contexto de vanguarda de democratização da justiça, ou seja, "deve-se somente orientar a boa administração da justiça, subordinando-a à justiça mais do que à administração e, por isso, definindo as condições de uma administração a serviço da justiça no âmbito de uma democratização da instituição judicial" (CADIET, 2017, p. 75).

Da mesma forma, no campo da ciência da administração pública, na análise da importância, papéis e capacidade do Estado e de suas instituições para promoção de políticas públicas, tem-se retornado ao debate sobre a valorização das burocracias meritocráticas, em um novo sentido em que, não apenas centrado na progressividade, na racionalidade e no eficientismo, se vejam ampliadas suas capacidades políticas para também se ampliarem, de forma renovada, as suas relações com a sociedade (CARNEIRO e MENICUCCI, 2013).

4. A JURISDIÇÃO ENTENDIDA COMO SERVIÇO PÚBLICO

Todo esse movimento gerencial se considera em um contexto identificado por CADIET (2017) como "nova filosofia econômica da justiça e do processo", pautado pela concessão de mais poderes e responsabilidades aos magistrados no que se refere à gestão de casos (*case management*), com a intenção de otimizar a utilização dos recursos do sistema judicial para atingimento de um desiderato de eficiência.

De fato, Theodoro Júnior e Andrade (2018) apontam que as doutrinas francesa e italiana têm entendido e priorizado a jurisdição como serviço público prestado pelo Estado, ou seja, "serviço-justiça", em que os que ela acorrem para resolução de seus conflitos de direito material são vistos como usuários de um serviço público que se deva pautar pelos princípios administrativos da economicidade e da eficiência. Trata-se, pois, de uma perspectiva complementar que não afasta a feição de poder do Judiciário, mas que orienta a sua atuação para a busca do melhor aproveitamento possível dos escassos recursos humanos, orçamentários, materiais e de informatização disponíveis em benefício da sociedade, o que demanda a reformulação da administração da justiça.

A abordagem multidisciplinar proposta para este trabalho exige também a busca de referências de pesquisas relacionadas a outros campos do saber, especialmente no campo da administração pública, campo científico das ciências sociais aplicadas que se incumbe de estudar os papéis e atuação do Estado sob enfoques específicos da

ciência política, da administração, da economia e do próprio direito público.

Assim, para compreensão e sustentação do debate acerca do contexto em que se inserem as dinâmicas relações internas dos ambientas das unidades judiciárias nacionais que se inserem no conjunto dos atos de gestão jurídica extraprocessual, retornamos aos fundamentos das proposições críticas de CARNEIRO e MENICUCCI (2013) acerca da insuficiência do modelo gerencial ao setor público e da necessidade de retorno ao debate sobre a valorização e sobre o "aprofundamento democrático " da burocracia meritocrática.

5. A DIVISÃO DOS PAPÉIS DE GESTÃO NAS UNIDADES JUDICIÁRIAS

Merece destaque nesse contexto extraprocessual a tipologia dos atos do magistrado colacionada por Cadiet (2017, pág. 42) junto ao direito francês como "medidas de administração judiciária" que seriam, em categoria residual, todos os seus atos que não possuem caráter jurisdicional, para os quais ele propõe um agrupamento em três categorias: atos que tendem a organizar o serviço da jurisdição, atos que tem por objeto regrar diversas questões relativas ao processo e, por último, os atos de gestão administrativa da jurisdição.

A discussão acerca de repercussões do fenômeno de gerenciamento processual na efetividade do processo civil, com a perspectiva de se promover o aclaramento das discussões sobre o devido balanceamento entre eficiência e garantias processuais é relevante e representa abordagem crítica do quadro atual da prestação jurisdicional brasileira no que se refere à superação do modelo vigente centrado na redução de estoque processual com vistas à aproximação dos princípios processuais da boa administração da Justiça nas discussões sobre efetividade dos serviços judiciários. É de se observar também que os aspectos práticos do cotidiano de atuação gerencial de magistrados e servidores do Poder Judiciário impactam de forma significativa a qualidade da entrega da prestação jurisdicional ao

cidadão que recorre à adjudicação estatal para solução de sua crise de direito material, dimensão essencial à integração do cidadão ao Estado Democrático de Direito.

A busca do entendimento acerca de meios para o equilíbrio entre a razoável duração do processo e o devido processo legal, permeado pelo contraditório e pela ampla defesa, é demanda urgente.

Entretanto, as crescentes expectativas colocadas pela sociedade sobre os diversos papéis que têm que desempenhar os magistrados tendem a provocar conflitos e ambiguidades que impactam negativamente no desenvolvimento de suas atividades. Guimarães, Gomes, Correia, Oliveira e Piazentin, (2017), em pesquisa *survey* realizada com magistrados portugueses, concluíram que a maior parte desses conflitos e ambiguidades existentes no trabalho está associada à falta de clareza na definição dos papéis a serem desempenhados, bem como nas regras e critérios usados na avaliação do trabalho realizado.

No Brasil, Silva e Filho (2020) identificam, apurando a percepção também de magistrados para a realidade brasileira, um cenário também bastante dividido quanto aos papéis que eles desempenham relacionados às questões de gestão da justiça, que também carregam ambiguidades, dificuldades e resistências à acumulação da função jurisdicional com o papel de gestor de sua unidade judiciária. Não obstante, os autores da pesquisa identificam que, de modo geral, os magistrados exercem, em maior ou menor grau, algum planejamento em sua unidade judiciária, tais como: fixação de metas, rotinas, direção e controle, práticas típicas da função de gestor. Entretanto, a gestão judiciária não se encontra totalmente reconhecida e internalizada na atividade jurisdicional, o que contribuiu para a criação de um ambiente de trabalho cercado de incertezas, o que não contribuiu para a produção fluida de uma decisão que exprima o desiderato do processo justo, que exiba resultado justo, rápido, válido e útil a quem recorreu ao poder judiciário.

A busca da gestão eficaz de serviços públicos não pode ser a preocupação exclusiva e o custo da justiça deve ser adequado à função social do processo. Nas lições de Loic Cadiet (2017), a boa administração

da justiça, expressa hoje pela reinvindicação da qualidade da justiça, é o resultado de um equilíbrio entre eficiência e equidade.

Sob a perspectiva de futuro da ciência da administração pública: Carneiro e Menicucci (2013), apresentam conclusão convergente, que busca reinscrever a burocracia weberiana numa concepção de gestão que recupere suas dimensões política e social, sem descurar a busca da eficiência:

> Se o Estado importa, não se pode perder de vista sua capacidade para fazer aquilo que se espera que faça. Na ênfase do papel do Estado e de suas instituições, retorna ao debate a valorização das burocracias meritocráticas e dotadas de grande expertise pública, como condição para ampliação da capacidade do Estado, consoante às premissas weberianas. Não se trata, contudo, de um espelho da burocracia consoante o paradigma da denominada administração pública progressiva, racionalizadora e eficientista, a quem competia oferecer as melhores respostas técnicas para as prioridades definidas pelos políticos. Às competências tradicionais da burocracia se alia a necessidade de ampliação de sua capacidade política, para "fazer bem a política" e ou ampliar de forma renovada as relações com a sociedade. Por essa via, mais uma vez se reafirma o caráter indissociável entre política e administração e entre reforma do Estado e reforma da gestão pública.

Sob essas perspectivas, no âmbito das unidades judiciárias, uma vez que não se verifica uma clara distribuição dos papéis de gestão essenciais à boa administração da Justiça entre magistrados (agentes políticos) e serventuários burocratas de forma clara – tampouco a totalidade de magistrados se interessam ou são preparados para assumir essas funções –, pode se apresentar um alento para as detectadas

ambiguidades e conflitos a adoção dessa nova perspectiva weberiana que leva em conta, além das clássicas vantagens relacionadas à estrutura e funções da organização, meritocracia, profissionalização, carreira e estabilidade, o investimento em política e em gestão, de modo a se caminhar para a execução substancial das finalidades da administração judiciária, hoje representadas pela entrega de um justo processo ao usuário dos sistemas de justiça.

6. CONCLUSÕES

Sob o aspecto da reformulação legislativa, o Brasil, seguindo a linha de sistemas processuais internacionais, promoveu alterações que culminaram com a edição do Código de Processo Civil de 2015 (BRASIL, 2015), o qual contemplou em seu texto as garantias constitucionais do processo, o que o deixa na vanguarda dos sistemas de processo civil e indica, lado outro, como perspectiva de futuro, a concretização desse modelo constitucional por meio da saída do "mundo do dever-ser para o mundo do ser" (THEODORO JÚNIOR e ANDRADE, 2018).

Os números do Poder Judiciário brasileiro apurados em 2019 são expressivos e indicam a magnitude dos desafios envolvidos na gestão dos recursos humanos e materiais destinados à prestação jurisdicional por juízes e tribunais, a qual vem sendo cada vez mais entendida e tratada como serviço público voltado ao cidadão, sujeito, como sói, a controles de meios e de resultados inerentes à atividade administrativa estatal.

Neste contexto cada vez mais competitivo que busca aproximar a gestão judiciária a padrões de eficiência da atividade privada, são identificados conflitos e ambiguidades nesse ambiente – associados à falta de clareza quanto aos papéis de gestão atribuídos aos magistrados – que tendem a impactar os resultados quantitativos e qualitativos da unidade.

Para redução desse quadro indesejado de incertezas quanto ao grau de assunção e de capacitação por magistrados das importantes funções de gestão judiciária, encontrou-se na literatura processual

e na especializada em gestão pública convergência nas críticas ao obsessivo controle quantitativo por resultados que se tem observado no ambiente judiciário e também na administração pública em geral, decorrente das influências do movimento *new public management*. Do mesmo modo, encontraram-se pontos de convergência quanto às proposições para a melhoria dos quadros encontrados de insuficiência de controles quantitativos, os quais podem ser sintetizados, nos dois campos, pelo incremento da busca do equilíbrio entre eficiência e equidade.

7. REFERÊNCIAS

ANDRADE, Érico. *Gestão processual flexível, colaborativa e proporcional*. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 76, pp. 183-212, jan./jun. 2020.

_____. *As novas perspectivas do gerenciamento e da "contratualização" do processo*. Revista de Processo, n. 193, p. 167-199, 2011.

ARAGÃO, EDM. *O código de processo civil e a crise processual*. Revista de Direito Administrativo, 187:37-47, Rio de Janeiro, jan./mar. 1992.

BARBOSA MOREIRA, *José Carlos. Neoprivatismo no processo civil*, Temas de Direito Processual, Nona série. São Paulo: Saraiva, 2007

BRASIL. *Código de Processo Civil.* Brasília: Senado Federal, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 22 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 3.367*. Rel. Ministro CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 13/4/2005, DJE 17/3/2006.

CADIET, L., *Perspectivas sobre o sistema de justiça civil francesa*. Seis lições brasileiras. 1. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

CARNEIRO, R. e MENICUCCI, TMG. *Gestão pública no século XXI: as reformas pendentes*. In FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ. A saúde no Brasil em 2030 - prospecção estratégica do sistema de saúde brasileiro: desenvolvimento, Estado e políticas de saúde [online]. Rio de Janeiro: Fiocruz/Ipea/Ministério da Saúde/Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República, 2013. Vol. 1. pp. 135-194. ISBN 978-85-8110-015-9. Available from SciELO Books http://books.scielo.org

CAHALI, Cláudia Elisabete Schwerz. *O gerenciamento de processos judiciais: em busca da efetividade da prestação jurisdicional*. Coordenação Ada Pellegrini Grinover, Petrônio Calmon. 1. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. *Justiça em Números*. 2020. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/. Acesso em: 4 de set. 2018.

_____. Resolução n. 325, de 29 de junho de 2020. Dispõe sobre a Estratégia Nacional do Poder Judiciário 2021-2026 e dá outras providências. Brasília, 2020. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3365. Acesso em: 4 de set. de 2020.

_____. *Trabalhar na magistratura, construção da subjetividade, saúde e desenvolvimento profissional*. Série Justiça e Pesquisa. Brasília: CNJ, 2015.

CRUZ, José Anderson Santos Cruz e MATTOS, Michlle Godoy de (org.). *Gestão e administração de cartório judicial: possibilidades e perspectivas*. 1. Ed. Curitiba: Appris, 2018.

CUNHA, Alexandre dos Santos. SILVA, Paulo Eduardo da (org.). *Gestão e jurisdição: o caso da execução fiscal da União*. Brasília: Ipea, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. 4ª ed. rev. atual. e aum., Malheiros Editores. 2013.

FONTAINHA, Fernando de Castro. *Juízes empreendedores: um estudo a partir da informatização dos tribunais brasileiros*. Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2015.

GONÇALVES, Gláucio Ferreira Maciel. *A Organização dos Tribunais e a Gestão do Tempo*. Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Universidade de Lisboa , v. 12, p. 7521-7546, 2012.

GONÇALVES, Gláucio Ferreira Maciel e BRITO, Thiago Carlos de Souza. *Gerenciamento dos Processos Judiciais*: Notas sobre a experiência processual civil na Inglaterra pós- codificação. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 66, pp. 291 - 326, jan./jun. 2015.

GUIMARÃES, Tomas Aquino; GOMES, Adalmir Oliveira; CORREIA, Pedro Miguel Alves Ribeiro; OLIVEIRA, Ines e PIAZENTIN, Tânia. *Conflitos e ambiguidades de papéis no trabalho de juízes: as percepções de juízes portugueses*. Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro 51(6):927-946, nov. - dez. 2017

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa, DIAS, Maria Tereza Fonseca e NICÁCIO, Camila Silva. *(Re)pensando a Pesquisa Jurídica: teoria e prática*. 5ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo. Almedina, 2020.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido Haddad; PEDROSA, Luís Antônio Capanema Pedrosa. *Manual de Administração Judicial: enfoque conceitual*. Volume I. Ed. Tribo Ilha. Florianópolis 2017.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido Haddad; PEDROSA, Luís Antônio Capanema Pedrosa. *Manual de Administração Judicial: enfoque prático*. Volume II. Ed. Tribo Ilha. Florianópolis 2019.

MARTINS, Ana Paula Antunes e COLARES, Elisa Sardão. *"Fordismo judiciário": a administração do judiciário no Brasil e os impactos nos processos de execução fiscal*. In: Gestão e jurisdição: o caso da execução fiscal da União. Orgs. CUNHA, Alexandre dos Santos. SILVA, Paulo Eduardo da. Brasília: Ipea, 2013.

MITIDIEIRO, Daniel. *A justiça civil no Brasil entre a Constituição e o código reformado*. In: Processo civil contemporâneo: homenagem aos 80 anos do professor Humberto Theodoro Júnior / organização Edgard Audomar Marx Neto ... [et al.]. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

NOGUEIRA, José Marcelo Maia. *A ausência do Poder Judiciário enquanto objeto de estudo da Administração Pública brasileira*. Revista Eletrônica Dike. Vol. 1, n. 1 (jan/jul) 2011

NOGUEIRA, Mauro Oddo e SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *"O ´Processo´ como ´processo´: a relação jurídica processual e o processo produtivo de um serviço público*. In: Gestão e jurisdição: o caso da execução fiscal da União. Orgs. CUNHA, Alexandre dos Santos. SILVA, Paulo Eduardo da. Brasília: Ipea, 2013.

OLIVEIRA, Leonel Gois Lima. NOGUEIRA, José Marcel Maia. PIMENTEL, Themisa Araújo Barros. *A continuidade da ausência do poder judiciário como objeto de estudos na administração brasileira: um levantamento de 2009 a 2017*. Rev. Controle, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 75-100 (jul/dez). 2018.

OLIVEIRA, Leonel Gois Lima. *Dez anos de CNJ: reflexões do envolvimento com a melhoria da eficiência do Judiciário brasileiro*. Rev. de Serv. Público. Brasília. 68 (3) 631-656. jul/set de 2017.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de. CUNHA, Luciana Gross. *Os indicadores sobre o Judiciário brasileiro: limitações, desafios e o uso da tecnologia*. Revista Direito FGV. São Paulo. V. 16. N. 1 e1948 2020.

SALEM, Lara Cristina de Alencar. *Gestão Judiciária Estratégica: o Judiciário em busca da eficiência*. Natal: Esmarn, 2004.

SENA, Adriana Goulart de Sena. Circulação de modelos jurídicos, recepção e mediação. Rev. Fac. Direito UFMG, Número Especial: Jornadas Jurídicas Brasil-Canadá, pp. 15 - 28, 2013

SILVA, Paulo Eduardo Alves da; FILHO, Paulo Ricardo Arena. Ser Juiz ou Ser Gestor – Percepções e Práticas de Gestão Judiciária na Magistratura Estadual, Federal e do Trabalho no Estado de São Paulo. RDP, Brasília, Volume 17, n. 91, 117-142, jan./fev. 2020

SILVEIRA, João José Custódio da. O juiz e a condução equilibrada do processo / João José Custódio da Silveira. — São Paulo: Saraiva, 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional: insuficiência da reforma das leis processuais. Revista de processo, São Paulo, ano 30, n. 125, p. 74, jul. 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. Impactos da Constituição Federal na evolução do processo civil. In: MORAES, Guilherme Peña de (Org.). 30 Anos da Constituição Federal e o Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Forense-Gen, 2018.

AUTOGESTÃO NORMATIVA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO: limites e possibilidades da contratualização do sentido do direito por meio de "acordos de direito aplicável".

Pedro Augusto Silveira Freitas
Graduação em Direito pela Universidade de Itaúna e pela Faculdade Milton Campos. Especialização em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Diretor Executivo do Instituto de Direito Processual. Assistente judiciário no Tribunal de Justiça de Minas Gerais. pedrosilveirafreitas@gmail.com.

RESUMO

O presente artigo tem o objetivo de investigar os limites e as possibilidades quanto ao exercício da autogestão normativa no processo civil brasileiro. Parte-se do pressuposto de que a inserção das ideias de consensualidade, de autonomia negocial e de cooperação no âmbito processual são suficientes e idôneas para permitir o gerenciamento do processo pelas partes, seja no que se refere ao aspecto procedimental, seja naquilo que diz respeito ao provimento jurisdicional. Busca-se, nessa medida, compreender quais seriam as técnicas processuais capazes de permitir que as partes influenciem diretamente o conteúdo da decisão judicial, especificando e delimitando o direito aplicável ao caso concreto, bem como os sentidos possíveis e impossíveis extraíveis dos textos normativos. Identifica-se o negócio jurídico processual — regulamentado no §2º do artigo 357 do CPC/15 — como ferramenta hábil para permitir que as partes delimitem consensualmente as questões de direito relevantes para a decisão do mérito, o qual, se homologado, passa a vincular as partes e o juiz. No ordenamento jurídico brasileiro esse negócio processual introduz a possibilidade de autogestão normativa no processo civil. Ao final, pôde-se concluir que as partes podem realizar a autogestão do provimento jurisdicional, razão pela qual devem ser consideradas capazes de realizar acordos quanto

ao direito aplicável ao caso, bem como quanto aos seus respectivos sentidos, ressalvadas, excepcionalmente, as hipóteses absurdas, a preservação do valor da justiça e, ainda, a esfera de indisponibilidade e de inderrogabilidade dos direitos.

Palavras-chave: Gestão Processual. Consensualidade. Autonomia Negocial. Princípio da Cooperação Processual. Autogestão Normativa no Processo. Contratualização do Sentido do Direito. Acordos de Direito Aplicável.

Sumário: 1 Introdução; 2 Premissas teóricas fundamentais para compreensão da temática: a inserção da consensualidade, da autonomia negocial e da cooperação no direito processual civil; 3 Gestão processual: instrumento idôneo à eficiência e ao compartilhamento dos serviços jurisdicionais; 4 Autogestão normativa no processo civil: primeiras considerações; 5 Autogestão normativa e contratualização do sentido do direito: análise em perspectiva comparada e brasileira quanto aos "acordos de direito aplicável"; 6 O sentido do direito como objeto de contratualização: é possível negociar e gerenciar o conteúdo dos textos normativos?; 7 Limites e possibilidades de contratualização do sentido do direito: análise crítico-dogmática a partir do disposto no §2º do artigo 357 do CPC/15; 8 Conclusão; Referências.

1. INTRODUÇÃO

O exercício da gestão processual pressupõe consenso e cooperação entre os sujeitos do processo. Somente a partir de bases que pressupõem a concordância e o auxílio mútuo entre os partícipes da relação jurídica processual é que mostra possível adequar o formalismo do processo e a forma da tutela jurisdicional às necessidades do direito material, com respeito à vontade autonomamente manifestada pelas partes.

Para além da adequação e do gerenciamento do instrumento processual, também se mostra oportuno investigar metodologias

capazes de gerenciar o provimento jurisdicional, mais especificamente o seu conteúdo normativo, escandindo o sentido do direito a partir do exercício de uma verdade comunidade hermenêutica de trabalho.

O artigo estrutura-se da seguinte forma: no segundo capítulo, busca-se assentar as premissas teóricas fundamentais para justificar o exercício da gestão no processo civil brasileiro, trabalhando as questões referentes à consensualidade, à autonomia negocial e à cooperação processual; o terceiro capítulo foi desenvolvido no intuito de apontar a gestão processual como instrumento idôneo à eficiência e ao compartilhamento dos serviços jurisdicionais; o quarto capítulo objetivou traçar algumas linhas gerais sobre a possibilidade de praticar a autogestão normativa no processo civil; o quinto capítulo foi organizado de modo a exemplificar as diversas formas de acordos de direito aplicável, em perspectiva internacional e nacional; o sexto capítulo explorou a possibilidade de contratualização do sentido do direito, a partir do atual paradigma filosófico quanto à compreensão do fenômeno jurídico; no sétimo e último capítulo foram identificados os limites e as possibilidades de contratualização do sentido do direito, a partir de análise crítico-dogmática do disposto no §2º do artigo 357 do CPC/15; em sede de conclusão almejou-se estabelecer as relações existentes entre as temáticas abordadas ao longo do estudo.

2. PREMISSAS TEÓRICAS FUNDAMENTAIS PARA COMPREENSÃO DA TEMÁTICA: a inserção da consensualidade, da autonomia negocial e da cooperação no direito processual civil

O direito processual civil brasileiro não é mais o mesmo: as ondas reformatórias da legislação, a edição de novo estatuto processual e a revigorada compreensão teórica permitem atestar essa assertiva. Atualmente, o fenômeno processual é invadido por ideias e por princípios que atestam a ocorrência de verdadeira revolução na processualística. Essas premissas teóricas são fundamentais para a correta compreensão e para a adequada prática do processo civil

brasileiro, que, atualmente, se assenta em bases jurídicas formadas pela *consensualidade*, pela *autonomia negocial* e pela *cooperação* entre os sujeitos atuantes no processo. Todo e qualquer instituto jurídico deve, portanto, ser depurado, compreendido e aplicado a partir desses filtros teóricos, que permitirão uma melhor compreensão dos institutos jurídico-processuais.

A consensualidade não afeta apenas a estruturação do direito processual civil, mas, ao contrário, alcança todo o sistema jurídico, a fim de determinar a conformidade, o acordo ou a concordância de ideias e de opiniões na formação do direito, na sua interpretação e aplicação aos casos concretos, dentro ou fora do sistema de justiça. A ideia de consensualidade pressupõe, portanto, a comunicação, a linguagem e o diálogo como instrumentos imprescindíveis para que os indivíduos possam alcançar graus ideais de harmonia e de conciliação, viabilizando a construção de decisões coletivas que abarquem e beneficiem a todos[1]. No atual paradigma, a concepção do direito se revela, assim, menos autoritária e mais democrática, de menor obediência estrita aos textos abstratos e de maior reconhecimento e aceitabilidade jurídico-argumentativos[2].

1 Ao propor a teoria do agir comunicativo, Jürgen Habermas apresenta uma proposta de democracia que trabalha o pluralismo social e viabiliza a construção de decisões coletivas por meio da linguagem e do diálogo. De acordo com o referido autor, "Somente o modelo comunicativo de ação pressupõe a linguagem como um médium de entendimento não abreviado, em que falantes e ouvintes, a partir do horizonte de seu mundo da vida previamente interpretado, referem-se simultaneamente a algo no mundo objetivo, social e subjetivo a fim de negociar definições em comum para as situações." HABERMAS, Jürgen. *Teoria do agir comunicativo*: racionalidade da ação e racionalização social. v. 01. Trad. Paulo Astor Soethe. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 183-184.

2 Jürgen Habermas argumenta que "[...] o agir comunicativo não constitui apenas um processo de entendimento e que os atores, ao mesmo tempo que se entendem sobre algo no mundo, tomam parte em interações que lhes permitem formar, confirmar ou renovar sua própria identidade e sua pertença a grupos sociais. As ações comunicativas não constituem apenas processos de interpretação em que um saber cultural é submetido a um 'teste no mundo'; elas significam também processos de socialização e de integração social. E neste caso o mundo da vida é 'testado' de um modo inteiramente diferente: pois os testes não se medem imediatamente por pretensões de validade criticáveis, ou seja, segundo critérios de racionalidade, mas segundo critérios de solidariedade entre os membros e segundo o critério da identidade do indivíduo socializado." HABERMAS, Jürgen. *Teoria do agir comunicativo*: sobre a crítica da razão funcionalista. v. 02. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. São

Esse ideário de conciliação e de concordância racional entre os indivíduos também invade o direito processual civil, para permitir que os indivíduos participem ativamente dos processos jurisdicionais em todas as suas fases procedimentais, não somente construindo consensos com os demais integrantes da relação jurídico-processual, mas também influenciando diretamente a construção da norma que irá solucionar, concretamente, determinada controvérsia, efetivando a democracia também no ambiente do processo jurisdicional[3].

Constata-se, portanto, que a consensualidade no direito processual é premissa essencial para fundamentar a possibilidade de gestão cooperativa no processo, não só em relação à sua dimensão procedimental e administrativa, mas também normativa, porque permite que os sujeitos processuais dialoguem entre si a fim de encontrarem soluções concertadas sobre os rumos do procedimento e também sobre o conteúdo da decisão judicial.

Paralelamente à ideia de consensualidade, o direito processual civil é condicionado pela autonomia negocial, na medida em que o ordenamento jurídico reconhece e valida o poder jurígeno da manifestação de vontade das partes[4]. Em plena compatibilidade

Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 255.

3 Érico Andrade faz as seguintes observações: "Por conseguinte, a jurisdição, como integrante do organismo estatal como um todo, permeado pelo direito público, se impregna das novas possibilidades que gravitam na base desse conjunto, como a necessidade de maior abertura para a consensualidade e atuação pautada pela eficiência, permeada pela economicidade, a fim de que os recursos estatais possam ser melhor aproveitados e geridos em prol da sociedade. Atualmente, o Estado e o direito público têm sido invadidos pela ideia da consensualidade: revê-se a atuação imperativa do poder público, a fim de buscar maior consenso com os cidadãos, inclusive como técnica para alcançar enquadramento mais democrático da atuação estatal, não mais permeada pela perspectiva democrática apenas para a escolha dos ocupantes do poder estatal, mas sim em busca da evolução para a democracia administrativa." ANDRADE, Érico. A "contratualização do processo". *In*: THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo civil brasileiro*: novos rumos a partir do CPC/2015. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 48-49.

4 Conforme explica Pietro Perlingieri, a autonomia negocial pode ser descrita como: "Querendo, pois, propor um conceito de autonomia (não privada ou contratual, porém) negocial mais aderente à dinâmica das hodiernas relações jurídicas, pode-se descrever o referido conceito como o poder reconhecido ou atribuído pelo ordenamento ao sujeito de direito público ou privado de regular com próprias manifestações de vontade, interesses privados ou públicos, ainda que não necessariamente próprios."

com o modelo do justo processo[5], a autonomia negocial passa a conformar a estrutura do processo, de modo a autorizar que as partes, por meio da expressão de sua vontade e observados alguns requisitos, estipulem mudanças no procedimento e convencionem sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo[6]. A autonomia negocial passa, assim, a ser concebida como fator de produção do direito, na medida em que pressupõe o alcance de níveis otimizados de consenso quanto à estruturação e à forma do processo e do provimento, na medida em que se pressupõe, acertadamente, que as partes são as melhores gestoras da relação jurídica processual da qual fazem partes[7].

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional.* Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 338.

5 Remo Caponi afirma que "Uma última observação: da previsão constitucional do justo processo 'regulado pela lei' (art. 111 Const.) não se pode deduzir *in apicibus*, uma indicação contrária a uma equilibrada extensão da incidência da autonomia privada na conformação da matéria processual, no limites em que não obstaculize a eficiência do processo no que diz respeito ao escopo da justa composição da controvérsia." CAPONI, Remo. *Autonomia privata e processo civile*: gli accordi processuali. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile. Imprenta: Milano, A. Giuffre, Referência: v. 62, n. 3, p. 99–119, sett., 2008, p. 117.
No original: "Un'ultima osservazione: dalla previsione costituzionale del giusto processo 'regolato dalla legge' (art. 111 Cost.) non si può desumere in apicibus una indicazione contraria ad una equilibrata estensione dell'incidenza dall'autonomia prrivata nella conformazione della vicenda processuale, nei limiti in cui ciò non ostacoli l'efficienza del processo rispetto allo scopo della giusta composizione della controversia."

6 Dispõe o Código de Processo Civil: "Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo." BRASIL. *Código de Processo Civil. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.* Presidência da República. Secretaria-Geral. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 30 set. 2020.

7 Segundo Francisco dos Santos Amaral Neto, a autonomia privada "[...] permite, assim, aos particulares, a auto-regulamentação de sua atividade jurídica. Os particulares tornam-se, desse modo e nessas condições, legisladores sobre sua matéria jurídica, criando normas jurídicas vinculadas, de eficácia reconhecida pelo Estado. Tratando-se de relações jurídicas de direito privado, os particulares são os que melhor conhecem seus interesses e valores e, por isso mesmo, seus melhores defensores." AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica.* Revista de informação legislativa. referência: v. 26, n. 102, p. 207–230, abr./jun., 1989, p. 213.

Observa-se, desse modo, que a autonomia negocial, incidente também no direito processual, é premissa fundamental para justificar a possibilidade da gestão cooperativa no processo, tanto em sua dimensão procedimental e também administrativa, quanto em seu espectro normativo, na medida em que permite e incentiva a participação dos indivíduos na condução do processo e da própria formação da decisão judicial.

As ideias de consensualidade — que pressupõe a comunicação entre os indivíduos — e de autonomia negocial — que reconhece o poder jurígeno da manifestação de vontade dos indivíduos — se conjugam com a ideia de um processo cooperativo, que abandona os extremismos do sistema adversarial e inquisitivo, para criar, por meio do princípio da cooperação[8], uma verdadeira e legítima comunidade de trabalho[9].

São essas — consensualidade, autonomia negocial e cooperação —, as bases jurídicas capazes de fundamentar a gestão processual no ordenamento jurídico brasileiro, seja no que se refere ao procedimento adotado para condução da marcha processual, seja no que diz respeito ao provimento jurisdicional obtido ao final para prestação de tutela adequada aos direitos.

8 Para Daniel Mitidiero, no modelo cooperativo de processo, "Indivíduo, sociedade civil e estado acabam por ocupar assim posições coordenadas — o que dá lugar a uma *relação de cooperação*. O direito aplicável é um direito alimentado por parâmetros de racionalidade oriundos da lógica *argumentativa*. O *contraditório* recupera um papel de destaque na construção da organização do processo, gravando todos os seus participantes [...]." MITIDIERO, Daniel Francisco. *Colaboração no processo civil*: do modelo ao princípio. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 102.

9 Dierle Nunes aponta que "O estabelecimento de focos de centralidade, seja nas partes, nos advogados ou nos juízes, não se adapta ao perfil democrático dos Estados de direito da alta modernidade." O autor ressalta, ainda, que, "Como uma das bases da perspectiva democrática, aqui defendida, reside na manutenção da tensão entre perspectivas liberais e sociais, a comunidade de trabalho deve ser revista em perspectiva policêntrica e coparticipativa, afastando qualquer protagonismo e se estruturando a partir do modelo constitucional de processo." NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2012, p. 212 e p. 215, respectivamente.

3. GESTÃO PROCESSUAL: instrumento idôneo à eficiência e ao compartilhamento dos serviços jurisdicionais

O grande desafio apresentado à comunidade jurídica refere-se, na contemporaneidade, à pesquisa, à construção, à interpretação e à aplicação de técnicas processuais que sejam capazes de outorgar eficiência aos serviços prestados dentro do sistema de justiça e, simultaneamente, de permitir, em regime de cooperação, o compartilhamento das atividades jurisdicionais com os cidadãos utentes desse tipo de serviço público[10]–[11]. Trata-se, portanto, de

10 Segundo Remo Caponi, "[...] a jurisdição não deve ser concebida apenas como uma função do Estado moderno voltada para a atuação do direito no caso concreto, mas também — em seu próprio lugar — como um serviço público voltado para a resolução de conflitos de acordo com a justiça (isto é, com a aplicação de critérios de julgamento objetivos e predeterminados)." CAPONI, Remo. *Il principio di proporzionalità nella giustizia civile*: prime note sistematiche. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile. Milano, A. Giuffre, v. 65, n. 2, p. 389–406, giugno, 2011, p. 393 — tradução livre. No original: "Di conseguenza, la giurisdizione non è da concepire solo come una funzione dello Stato moderno diretta all'auttuazione del diritto nel caso concreto, ma anche — in proprio luogo — come servizio pubblico diretto alla composizione delle controversie secondo giustizia (cioè con l'applicazione di criteri di giudizio oggettivi e predeterminati)."
No mesmo sentido, Érico Andrade afirma que: "Parte-se para a profunda revisão do papel da jurisdição e da sua colocação como integrante do poder soberano estatal, de modo a se admitir que a jurisdição se insere no contexto estatal de atuação em prol do cidadão, e passa ser vista mais como serviço público e menos como manifestação de poder, derruindo-se, inclusive, o chamado monopólio da jurisdição estatal." ANDRADE, Érico. A "contratualização do processo". *In*: THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo civil brasileiro*: novos rumos a partir do CPC/2015. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 50.

11 Conceber o exercício da jurisdição como serviço público não implica qualquer desmerecimento ou banalização dessa relevante atividade. Ao contrário, referida compreensão tem a finalidade precípua de permitir que o cidadão disponha de proteção jurisdicional adequada, eficiente e tempestiva de seus direitos. Em consequência de tal entendimento, o usuário do sistema de justiça, além das garantias processuais asseguradas em nível constitucional, também passa a ter direito à adequada prestação dos serviços jurisdicionais, o que pressupõe, dentre outros: a adequação entre meios e fins, vedada a imposição de exigências, obrigações, restrições e sanções não previstas na legislação; a igualdade no tratamento aos usuários, vedado qualquer tipo de discriminação; o cumprimento de prazos e normas procedimentais; a eliminação de formalidades e de exigências cujo custo econômico ou social seja superior ao risco envolvido; a aplicação de soluções tecnológicas que visem a simplificar processos e procedimentos de atendimento ao usuário e a propiciar melhores condições para o compartilhamento das informações (respectivamente: incisos IV, V, VI, XI e XIII do artigo 5º da Lei nº 13.460, de 26 de junho de 2017, que dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração

focalizar os problemas que compõem a crise do judiciário sob a perspectiva de outro ângulo, projetando novas soluções que possam tornar o processo eficiente e cooperativo, verdadeiramente.

Implica reconhecer, portanto, que o direito de acesso à justiça, garantido em nível constitucional, pressupõe a utilização proporcional dos recursos judiciários disponíveis para se resolver, em tempo razoável, tanto a massa dos processos em curso, globalmente considerados, quanto cada um desses processos, singularmente examinado. Trata-se de compreender que o acesso ao sistema de justiça não pode ser exercido desconsiderando os recursos — humanos, tecnológicos, orçamentários e temporais — afetados para o desenvolvimento das atividades jurisdicionais. Desse modo, a justa composição da controvérsia em prazo razoável — objetivo maior do processo e da jurisdição — deve ser obtida com o emprego proporcional dos recursos judiciários, levando-se em consideração tanto as características daquela demanda específica, quanto as características de todos os processos que se encontram em curso[12].

pública). BRASIL. *Lei nº 13.460, de 26 de junho de 2017*. Presidência da República. Secretaria-Geral. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13460.htm>. Acesso em: 30 set. 2019.

12 De acordo com Remo Caponi, se faz necessário aplicar o princípio da proporcionalidade ao sistema de justiça, de modo a atribuir uma quota apropriada de recursos às demandas singulares, mas tendo-se em conta a necessidade de reservar recursos aos outros casos. Assim se manifesta o autor: "Em outras palavras, visto que os recursos do serviço de justiça são — e provavelmente sempre serão (pelo menos na Itália) — escassos em comparação à necessidade, que é a congruência da resposta à carência individual de tutela de cada caso, é uma variável dependente da necessidade de assegurar a eficiência do sistema judiciário como um todo, ou seja, uma alocação tendencialmente otimizada dos recursos em relação aos resultados médios que o serviço de justiça é chamado a realizar na gestão da massa dos processos." CAPONI, Remo. *Il principio di proporzionalità nella giustizia civile*: prime note sistematiche. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile. Milano, A. Giuffre, v. 65, n. 2, p. 389–406, giugno, 2011, p. 393 — tradução livre.
No original: "In altri termini, poiché le risorse del servizio giustizia sono — e probabilmente saranno sempre (almeno in Italia) — scarse rispetto al fabbisogno, cioè la congruità della risposta al bisogno individuale di tutela nel singolo caso, è una variabile dipendente dalla necessità di assicurare l'effcienza del sistema giudiziario nel suo complesso, cioè un'allocazione tendenzialmente ottimale delle ricorse rispetto ai risultati medi che il servizio giustizia è chiamato a realizzare nella gestione della massa dei processi."

Tendo esse ideário como signo, constata-se que a ciência processual passa a incluir a ideia de gestão processual cooperativa como um dos fundamentos primordiais no desenvolvimento e no estudo do processo civil[13]. Paralelamente às garantias processuais indispensáveis à tutela adequada e efetiva dos direitos, o justo processo também exige que os recursos judiciários sejam proporcionalmente utilizados na prestação dos serviços jurisdicionais, como forma de alcançar e de promover a eficiência do instrumento processual, individual e socialmente considerado. Justamente por isso, antes de representar qualquer restrição de acesso, a gestão processual representa condição primordial para eficiência do próprio sistema de justiça, passando a integrar a concepção teórica do justo processo.

A gestão processual — expressão na qual se engloba, entre outras, o "gerenciamento do processo" ou "*judicial case management*" — quer significar, abrangentemente, a atividade desenvolvida pelos sujeitos processuais, em regime de cooperação, na condução do processo, adaptando-o às particularidades do caso e às necessidades do direito material, bem como na utilização adequada e proporcional dos recursos judiciários, tanto em relação àquele processo individualmente examinado, quanto a todos os demais processos que integram o sistema de justiça[14]. A gestão processual tem por objetivo

13 A adoção da gestão processual é uma tendência internacional. Remo Caponi afirma que "[...] a tendência que prevalece na Europa é no sentido de uma orientação bastante flexível do processo de cognição plena, capaz de aderir à natureza simples ou complexa da controvérsia graças ao exercício incisivo dos poderes do *case management* por parte do juiz." CAPONI, Remo. *Rigidez e flexibilidade do processo ordinário de cognição*. Revista Eletrônica de Direito Processual — REDP, ano 10, v. 17, n. 2, p. 531-549, jul./dez., 2016, p. 543.

No mesmo sentido, Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves e Thiago Carlos de Souza Brito explicam que "Nas últimas décadas, os países integrantes do sistema do *common law*, especificamente a Inglaterra e o Estados Unidos, revisaram o seu procedimento judicial e a organização de suas cortes, de tal modo que houve uma sistematização das 'práticas de condução dos processos e organização judiciária em torno do conceito de judicial *case management*." GONÇALVES, Gláucio Ferreira Maciel; BRITO, Thiago Carlos de Souza. *Gerenciamento dos processos judiciais*: notas sobre a experiência processual civil na Inglaterra pós-codificação. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. n. 66, pp. 291-326, jan./jun., 2015, p. 295.

14 Paulo Eduardo Alves da Silva explica que "O 'gerenciamento de processos' pode ser compreendido como o planejamento da condução de demandas judiciais em direção à resolução mais adequada do conflito, com o menor dispêndio de tempo e

aperfeiçoar e tornar mais eficientes as diversas técnicas processuais utilizada para a prestação da tutela jurisdicional adequada aos direitos, potencializando os recursos à disposição do juiz[15].

A gestão exercida no âmbito processual não autoriza, todavia, que as atividades de gerenciamento sejam realizadas de forma solipsista pelo juiz. A prática do gerenciamento processual implica o compartilhamento da escolha quanto os métodos e as técnicas utilizados para gerir o processo entre as partes e o juiz. O exercício de atividades gerenciais no processo deve ser desempenhado, portanto, em colaboração com os sujeitos processuais, os quais devem participar, indistintamente, da organização do processo, da flexibilização procedimental e da aplicação proporcional dos recursos judiciários[16].

custos. Depende de uma postura ativa do juiz no controle do andamento dos feitos e organização da unidade judiciária. Seus mecanismos básicos são o envolvimento imediato do juízo com as questões da lide, a abertura para a resolução alternativa dos conflitos e o planejamento do andamento e dos custos do processo." SILVA, Paulo Eduardo da. *Gerenciamento de processos judiciais*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 35.

15 Conforme explicam Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves e Thiago Carlos de Souza Brito, o gerenciamento dos processos judiciais "[...] pode ser definido como a área de estudo concentrada no planejamento, elaboração e depuração das técnicas responsáveis pela *otimização e racionalização dos instrumentos processuais mais eficazes para a resolução das controvérsias*. [...] O gerenciamento dos processos judiciais tem como pressuposto a potencialização dos recursos disponíveis, de tal modo que se aproveite o sistema em funcionamento, com vistas a reduzir a demora na prestação jurisdicional." GONÇALVES, Gláucio Ferreira Maciel; BRITO, Thiago Carlos de Souza. *Gerenciamento dos processos judiciais*: notas sobre a experiência processual civil na Inglaterra pós-codificação. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. n. 66, pp. 291-326, jan./jun., 2015, p. 296.
Segundo Érico Andrade, a gestão processual ou o gerenciamento do processo implica que "[...] o juiz assume o papel de 'gestor' do processo, para organizar e conduzir a marcha processual, em sede de procedimento flexível ou adaptável segundo a complexidade do caso concreto, o que pode permitir distribuição mais adequada dos recursos judiciais entre todos os processos em curso, na busca de atuação mais efetiva da duração razoável do processo." ANDRADE, Érico. *Gestão processual flexível, colaborativa e proporcional*: cenários para implementação das novas tendências no CPC/2015. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. n. 76, pp. 183-212, jan./jun., 2020, p. 184.

16 De acordo com Érico Andrade, "A moderna leitura ou atuação dos princípios de flexibilidade procedimental e proporcionalidade exige a aplicação da colaboração, ou da participação das partes no debate dos melhores caminhos procedimentais, para, juntamente com o juiz, realizar as escolhas ou opções que permitam a melhor gestão do procedimento. Não é, pois, no atual estágio da evolução do processo civil, oportuno e adequado deixar a gestão processual confiada apenas ao juiz: tal gestão, para assegurar a melhor passagem possível da previsão abstrata das normas

A ideia de gestão processual conjuga-se, portanto, com a ideia de comunidade de trabalho, na qual se pretende estabelecer relação de cooperação entre todos os participantes do processo, bem como se entrelaça com as perspectivas de consensualidade e de valorização da autonomia negocial no processual, tudo realizado a fim de se alcançar solução justa e adequada para a controvérsia[17].

Importante registrar, além disso, que a gestão processual — genericamente conceituada como atividade desenvolvida pelos sujeitos processuais na otimização e racionalização da condução do processo e da utilização dos recursos judiciários — não se limita a formas pré-estabelecidas ou a modelos gerenciais infalíveis ou a metodologia genericamente aplicável a qualquer situação jurídico-processual[18]. Contrariamente à ideia de unicidade e rigidez, a gestão processual, justamente por pressupor a análise das particularidades

processuais para sua aplicação ao caso concreto, de acordo com suas peculiaridades, deve ser exercida em conjunto com as partes, permeada pela ideia de colaboração." ANDRADE, Érico. *Gestão processual flexível, colaborativa e proporcional*: cenários para implementação das novas tendências no CPC/2015. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. n. 76, pp. 183-212, jan./jun., 2020, p. 192.

17 Marcelo Veiga Franco esclarece, nesse sentido, que "Cabe ao juiz, advogados e partes colaborar na condução do procedimento judicial para que se alcance a solução mais adequada da disputa. Para tanto, a legislação atribui ao magistrado o cumprimento de deveres processuais (v.g., esclarecimento, diálogo, prevenção e auxílio), além de impor às partes e advogados uma atuação processual pautada no fundamento deontológico de eticidade e boa-fé processuais." FRANCO, Marcelo Veiga. *O gerenciamento processual como técnica cooperativa de estímulo aos meios consensuais de solução de conflitos*: estudo comparativo entre os modelos inglês, estadunidense e brasileiro. Revista de processo, 2020, no prelo, p. 04-05, texto gentilmente cedido pelo autor.

18 Na visão de Paula Costa e Silva, "Se a gestão processual incrementa a insegurança inicial das partes quanto aos actos cuja prática será ordenada pelo juiz, para que a causa seja decidida, não pode dizer-se que esta insegurança seja incomportável ou incompatível com as suas expectativas. Acima da forma, está o princípio da acção. E a acção tem uma finalidade: permitir que haja uma composição justa e tão célere do conflito. Se esta composição ocorre por meio de um ou de outro tipo de sequência, é relativa neutro. Desde que, na estruturação dos procedimentos, se respeitem os princípios processuais fundamentais — igualdade e contraditório amplo —, qualquer forma será adequada se por intermédio dela se cumprirem os fins a que serve." COSTA E SILVA, Paula. *Legalidade das formas de processo e gestão processual ou as duas faces de Janus*. Revista trabalhista: direito e processo, São Paulo, LTr., v. 10, n. 38, p. 39–50, maio/jun., 2011, p. 48.

do caso concreto, pode ser praticada de diversas maneiras, com finalidades distintas e mediante diferentes técnicas processuais[19].

O exercício da gestão processual se assenta, portanto, em bases variáveis e flexíveis, suficientemente capazes de abarcar as multifacetadas necessidades dos direitos e, nessa medida, prestar tutela jurisdicional especializada e tempestiva às situações jurídicas de vantagem[20], alcançando graus de maior eficiência no processo civil, seja por uma adequada condução da marcha processual, seja por uma

19 Por meio de vastíssimo estudo, com ampla referenciação bibliográfica, Marcelo Veiga Franco aponta que o gerenciamento judicial de processos pode ser expressar de diversas maneiras, tais como: na preparação, na estruturação e na organização eficiente de unidades judiciárias; na instituição e na profissionalização de funções de apoio ao magistrado na consecução de atividades não-jurisdicionais e na realização de atos processuais ordinários; na utilização de técnicas de planejamento e gerenciamento da tramitação, do custo e do tempo dos processos judiciais; no emprego de métodos institucionalizados de gestão e de aproveitamento dos recursos humanos, materiais e tecnológicos já existentes; na possibilidade de escolha de procedimentos específicos de condução de processos judiciais; na previsão de instrumentos jurídicos de direção e de condução compartilhada do procedimento entre as partes, advogados e juiz, a partir de uma concepção cooperativa de processo; na ampliação da utilização nos órgãos judiciários de métodos consensuais de solução de controvérsias, bem como de técnicas de prevenção e de desjudicialização de conflitos. FRANCO, Marcelo Veiga. *O gerenciamento processual como técnica cooperativa de estímulo aos meios consensuais de solução de conflitos*: estudo comparativo entre os modelos inglês, estadunidense e brasileiro. Revista de processo, 2020, no prelo, p. 05-06, texto gentilmente cedido pelo autor.

20 Para Andrea Proto Pisani, "Até agora, o termo direito processual tem sido usado de maneira extremamente genérica; onde se tenta analisar um pouco mais de perto esse fenômeno do direito processual, imediatamente se percebe que não se está na presença de um fenômeno unitário: não existe um processo único que ofereça uma única forma de tutela para todas as situações de vantagem, mas existem, em vez disso, uma pluralidade de processos e uma pluralidade de formas de tutela jurisdicional; a diversidade desses processos e dessas formas de proteção, e suas várias combinações, refletem a diversidade das necessidades de tutela das situações de vantagem." PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile.* 6. ed. Napoli: Jovene Editore, 2014, p. 05-06 — tradução livre.
No original: "Sinora, il termine diritto processuale si è adoperato in modo estremamente generico; ove si tenti di analizzare un poco più da vicino questo fenomeno del diritto processuale, immediatamente ci si accorge che non si è alla presenza di un fenomeno unitario: non esiste un unico processo che offra un'unica forma di tutela per tutte le situazioni di vantaggio, ma esistono, invece, una pluralittà di processi ed una pluralittà di forme di tutela giurisdizionale; la diversità di questi processi e di queste forme di tutela, e le loro varie combinazioni, riflettono la diversità dei bisogni di tutela delle situazioni di vantaggio."

otimizada aplicação dos recursos judiciários aos casos particulares e à massa de processos existente no sistema de justiça.

4. AUTOGESTÃO NORMATIVA NO PROCESSO CIVIL: primeiras considerações

Conquanto normalmente atrelada à ideia de flexibilização do *procedimento* — por meio da qual as técnicas procedimentais são adaptadas às particularidades da causa —, a gestão processual também pode ser exercida relativamente ao *provimento* — por meio da qual os sujeitos passam a gerenciar os formatos da tutela jurisdicional que se reclama em face do Estado. Trata-se, no particular, de reconhecer que o gerenciamento processual, para além de adequar e otimizar o formalismo do instrumento processual, também incide no momento da elaboração da decisão judicial, adaptando-a à vontade concertada dos sujeitos processuais quanto à forma e aos limites da tutela jurisdicional, referentemente aos espaços de incerteza, de derrogabilidade e de disponibilidade dos direitos.

A ideia de gerenciamento do provimento jurisdicional não é estranha ao direito. O próprio ordenamento jurídico sempre contemplou institutos processuais que podem ser compreendidos — caso sejam focalizados sob nova perspectiva — como mecanismos e técnicas capazes de permitir que os sujeitos processuais possam gerenciar o *modo de ser* da decisão judicial. Nesse sentido, pode-se afirmar, a partir desse novo enfoque, que: *i.* a ampla autonomia das partes para exposição dos fatos e dos fundamentos, bem como a margem de liberdade para a formulação do pedido e da defesa, demonstram que a decisão judicial se encontra subordinada ao gerenciamento fático-jurídico ofertado pelos próprios sujeitos processuais, com a delimitação do objeto litigioso no processo[21]; *ii.*

21 Sydney Sanches esclarece que o "[...] objeto do processo, em seu aspecto global de instrumento institucional da jurisdição, é toda a matéria que nele deva ser apreciada pelo juiz, seja em termos de simples *cognitio*, seja em termos de *judicium*, envolvendo, pois, os pressupostos processuais, as chamadas condições da ação e o próprio mérito". O referido autor ainda ressalta que, "[...] de qualquer maneira, o objeto litigioso do processo, aquele sobre o qual versará o *judicium* (não apenas da *cognitio*) é limitado

o princípio dispositivo, do qual se extrai o princípio da demanda e o princípio da congruência, os quais impedem a atuação da jurisdição seja realizada de forma espontânea e fora dos limites da pretensão deduzida em juízo, indicam que a decisão judicial é gerenciada pela ação da parte[22]; *iii.* a vedação à prolação de decisões surpresas impede que o juiz decida com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício, o que condiciona a forma da decisão judicial a ser proferida[23]; *iv.* o direito constitucional do contraditório, em sua perspectiva substancial e não meramente formal, comprova que a decisão judicial se encontra sujeitada à influência das partes sobre o seu conteúdo decisório[24]; *v.* a garantia

sempre por um desses pedidos do autor, do réu ou de terceiro." SANCHES, Sydney. *Objeto do processo e objeto litigioso do processo*. Revista de processo, v. 4, n. 13, p. 31–47, jan./mar., 1979, p. 47 e p. 45, respectivamente.

22 Humberto Theodoro Júnior, nesse sentido, explica que: "Duas são as derivações importantes do princípio dispositivo em nosso sistema processual civil: (*i*) o princípio da *demanda*; e (*ii*) o princípio da *congruência*. Pelo primeiro, só se reconhece à parte o poder de abrir o processo: nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando requerida pela parte (NCPC, art. 2º), de sorte que não há instauração de processo pelo juiz *ex officio*. Pelo segundo princípio, que também se nomeia como princípio da *adstrição*, o juiz deverá ficar limitado ou adstrito ao pedido da parte, de maneira que apreciará e julgará a lide 'nos termos em que foi proposta', sendo-lhe vedado conhecer questões não suscitadas pelos litigantes (art. 141)." THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil — Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. vol. I. 57. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 73.

23 De acordo com Fernando Gonzaga Jayme, Renata Christiana Vieira Maia e Cirilo Augusto Vargas, "O art. 10 do CPC/2015 (cláusula geral de proibição da decisão-surpresa) expandiu a responsabilidade do magistrado na tarefa de condução processual e de elaboração das decisões. A obrigatoriedade de o juiz promover o diálogo com as partes certifica o grau de preparo do órgão jurisdicional e encoraja exame detido dos termos do processo." Os mencionados autores ainda afirmam que "Quanto maior for o respeito pelo contraditório ao longo das etapas do procedimento, maior será a qualidade das decisões. O aumento da qualidade decisória reduz a chance de decretação posterior de nulidade e retrocesso do procedimento. Há, consequentemente, impacto positivo na duração razoável do processo." JAYME, Fernando Gonzaga; MAIA, Renata Christiana Vieira; VARGAS, Cirilo Augusto. *Da decisão-surpresa no Processo Civil*. Revista da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais. v. 4, n. 5, p. 235–257, maio de 2020, p 253 e p. 254, respectivamente.

24 Nesse sentido, Marcelo Franco afirma que, "Dessa maneira, a eticidade na atuação processual das partes, em um ambiente de diálogo leal e cooperação processual, resultam no próprio aperfeiçoamento da técnica decisória. Isso é possível na medida em que o juiz se coloca na posição de sujeito do contraditório. Tanto a condução do processo como a formulação das razões de decidir são o resultado de uma efetiva

constitucional da fundamentação, com exposição das razões jurídicas que sustentam o resultado da decisão, também quer demonstrar, ainda que de forma tangencial, que o provimento jurisdicional fica sujeitado ao controle dos sujeitos processuais e também da sociedade[25].

Torna-se possível, portanto, reflexionar novas metodologias e também ressignificar técnicas processuais já existentes com o objetivo de gerenciar a produção da decisão judicial, na dimensão de construção da norma decisória e em perspectiva cooperativa. O gerenciamento processual, nesse aspecto, tem por objeto o próprio provimento jurisdicional obtido ao final do exaurimento das fases procedimento: a forma como a tutela jurisdicional será prestada; o direito aplicável às relações jurídicas apresentadas em juízo; os sentidos possíveis e impossíveis dos textos normativos argumentados nos arrazoados apresentados pelas partes; bem como os recursos humanos dispendidos para a sua elaboração, o que inclui o trabalho dos juízes e de seus auxiliares na elaboração da norma de decisão.

Como visto anteriormente, o exercício da gestão processual pressupõe a conformação de uma comunidade de trabalho, ambiente no qual os atos processuais passam a ser conformados, adaptados e fiscalizados pelos sujeitos processuais, o que não exclui a própria edição da decisão judicial, tendo em vista que, no modelo do justo processo, o procedimento processual e o provimento jurisdicional formam

interlocução processual, em face da instituição de deveres judiciais de cooperação — tais como o de esclarecimento e consulta (em que o juiz não pode decidir uma questão de fato ou de direito, mesmo aquelas de conhecimento de ofício, sem a oportunidade de prévia manifestação das partes) e o de auxílio (em que cabe ao juiz auxiliar a parte no suprimento de eventuais defeitos formais supríveis na condução do processo)." FRANCO, Marcelo Veiga. *Dimensão dinâmica do contraditório, fundamentação decisória e conotação ética do processo justo*: breve reflexão sobre o art. 489, §1.º, IV, do novo CPC. Revista de processo *online*, v. 40, n. 247, p. 105–136, set., 2015.

25 De acordo com Michele Taruffo, o princípio constitucional de obrigatoriedade da motivação "[...] exprime a exigência geral e constante de controlabilidade sobre o modo com que os órgãos estatais exercem o poder que o ordenamento confere-lhes, sendo sob esse perfil a obrigatoriedade da motivação da sentença uma manifestação específica de um 'princípio da controlabilidade' mais geral que parece essencial à moderna noção do Estado de direito e que produz consequências análogas também em campos daquele da jurisdição." TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. Trad. Daniel Mitidiero; Rafael Abreu; Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 340.

um binômio indissociável para a adequada tutela dos direitos[26]. A partir dessa perspectiva cooperativa, bem como do ingresso da consensualidade e da valorização da autonomia negocial no âmbito do direito processual, é possível sustentar a prática da *autogestão da atividade normativa no processo civil*[27], ou seja, a utilização de técnicas

26 Segundo Humberto Theodor Júnior, "O devido processo legal, no Estado Democrático de Direito, jamais poderá ser visto como simples procedimento desenvolvido em juízo. Seu papel é o de atuar sobre os mecanismos procedimentais de modo a preparar e proporcionar provimento jurisdicional compatível com a supremacia da Constituição e a garantia de efetividade dos direitos fundamentais. Há, de tal sorte, um aspecto procedimental do devido processo legal, que impõe a fiel observância, do contraditório e da ampla defesa, decorrência obrigatória da garantia constitucional do princípio da igualdade; e há também um aspecto substancial, segundo o qual a vontade concretizada pelo provimento jurisdicional terá de fazer prevalecer, sempre a supremacia das normas, dos princípios e dos valores constitucionais." THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo justo e contraditório dinâmico*. Revista Magister de direito civil e processual civil, v. 6, n. 33, p. 5–18, nov./dez., 2009, p. 10-11.
No mesmo sentido, Luigi Paolo Comoglio observa: "Deve-se notar, no entanto, que, segundo o significado mais moderno, tais fórmulas ['processo dovuto', 'processo in forma legale', 'processo stabilito' o 'regolato' da forme 'legali'] resultam em, ao mesmo tempo, garantias de legalidade processual e garantias de justiça substancial." COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e tecnica del "giusto processo"*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2004, p. 243 — tradução livre.
No original: "Si badi, però, che, secondo il significato più moderno, in tali formule finiscono con il confluire, ad un tempo, sia garanzie di legalità procedurale, sia garanzie di giustizia sostanziale."

27 A expressão é utilizada por Fabio Ciaramelli, ao discorrer sobre o pluralismo jurídico e as formas descentralizadas de produção de consenso: "No dispositivo conceitual da democracia, o fundamento da obediência às leis se enraíza na institucionalização do modo de produção normativa. Nesse nível de profundidade, a legitimidade democrática e o imaginário jurídico se sobrepõem. Sem a autolimitação jurídica da instituição social não seria efetivamente possível proteger a tutela de todos os cidadãos, os quais, por outro lado, recebem garantias da institucionalização do direito que possibilitam sua participação ativa na autodeterminação da sociedade. São precisamente essas características da legitimidade democrática, conceituadas na filosofia moderna, que estamos vendo menos na fase atual. No lugar de um controle social centralizado e hierarquizado, realizado essencialmente pela legislação estatal, há uma orientação cada vez mais voltada para uma autogestão difusa e negociada da função normativa." CIARAMELLI, Fabio. *Consenso sociale e legittimazione giuridica*: lezioni di filosofia del diritto, Torino: G. Giappichelli Editore, 2013, p. 207 — tradução livre.
No original: "Nel dispositivo concettuale della democrazia il fondamento dell'obbedienza alle leggi si radica nell'istituzionalizzazione del modo di produzione normativa. A questo livello di profondità, la legittimazione democratica e l'immaginario giuridico si sovrappongono. Senza l'auto-limitazione giuridica dell'istituzione sociale non sarebbe effetivamente possibile la tutela di tutti i consociati, i quali, viceversa, dall'istituzionalizzazione del diritto ricevono garanzie che rendono possibile la loro partecipazione attiva all'autodeterminazione della società. Sono proprio queste

processuais que viabilizem a gerência da atividade jurisdicional referente à qualificação jurídica dos fatos pelos próprios sujeitos processuais, adaptando a decisão judicial às particularidades do caso, às necessidades do direito material e, especialmente, à vontade autonomamente manifestada no processo, o que, inclusive, irá refletir na utilização dos recursos judiciários dispendidos no processo de discussão, de elaboração e de prolação da decisão judicial.

Uma das formas de praticar a autogestão da atividade normativa no processo é por meio da realização de negócios jurídicos processuais, conforme adiante argumentado.

5 AUTOGESTÃO NORMATIVA E CONTRATUALIZAÇÃO DO SENTIDO DO DIREITO: análise em perspectiva comparada e brasileira quanto aos "acordos de direito aplicável"

A contratualização do processo — implementada a partir das ideias de cooperação dos sujeitos processuais, de consensualidade na obtenção das controvérsias e de valorização da autonomia negocial, ideais essas que são modernamente introduzidas no fenômeno processual — transmuda a forma de interação dos sujeitos processuais, que passam a participar ativamente da condução do procedimento e, igualmente, da formação do provimento jurisdicional, o que tende a aumentar o *score* democrático do processo[28].

À vista da variabilidade das formas de exercício do gerenciamento, deve ser reconhecido que os negócios jurídicos

caratteristiche della legittimazione democratica, concettualizzate nella filosofia moderna, che stanno venendo meno nella fase attuale. In luogo di un controllo sociale centralizzato e gerarchizzato, espletato essenzialmente dalla legislazione statuale, ci si orienta sempre più verso un'autogestione diffusa e negoziata della funzione normativa."

28 Segundo Érico Andrade, "O contrato de processo coloca, então, a lógica contratual ou negocial (= consensual) no âmbito judicial, modificando a forma de relacionamento entre partes/advogados e juiz, que se afasta do esquema vertical impositivo e passa a ser horizontal, dando lugar a situações procedimentais acordadas, em concreto, num determinado processo, entre as partes e o juiz." ANDRADE, Érico. A "contratualização do processo". *In*: THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo civil brasileiro*: novos rumos a partir do CPC/2015. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 55.

processuais representam importante técnica para o exercício da gestão processual cooperativa[29]: a negociação quanto ao processo exerce notável influência na condução do processo e também na utilização dos recursos judiciários, seja porque permite que partes regulem situações jurídicas processuais, constituindo normas jurídicas de natureza processual, seja porque permite que o processo seja resolvido de forma mais célere, com perfeita adaptação do procedimento às peculiaridades da causa.

Importante destacar, todavia, que a negociação processual não apenas se limita ao gerenciamento do processo, mas também se revela mecanismo adequado para a gerenciar o próprio conteúdo normativo das decisões judiciais.

Isto porque, a par da possibilidade amplamente admitida de se estipular negócios jurídicos processuais atípicos para modificação e adaptação do procedimento, também se identifica a tendência, constatada em âmbito internacional e nacional, de se conferir autorização às partes para que realizem ajustes quanto à qualificação jurídica dos fatos, ou seja, para que possam estipular *acordos quanto ao direito aplicável* em uma demanda específica, vinculando o juiz quanto a balizas jurídico-semânticas previamente estabelecidas. Essa modalidade de negociação se refere, portanto, às questões de direito

29 Reconhecendo a idoneidade dos negócios jurídicos processuais auxiliarem na prática da gestão do processual, Érico Andrade assim se manifesta: "[...] preconiza-se, modernamente, a possibilidade de partes e juiz, em clima de cooperação, ajustarem acordos de natureza exclusivamente processual a respeito da condução do processo e do momento da prática de determinados atos processuais. Trata-se, sem dúvida, de verdadeira novidade introduzida no âmbito da gestão processual, e ganha os coloridos novos e atuais a partir do princípio processual que se encontra subjacente: o princípio da cooperação ou colaboração, hoje francamente admitido no novo CPC (art. 6º)." ANDRADE, Érico. A "contratualização do processo". *In*: THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo civil brasileiro*: novos rumos a partir do CPC/2015. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 52.
Em outra oportunidade, o referido autor demonstra a "[...] abertura normativa e principiológica do CPC/2015 para a flexibilidade, proporcionalidade e colaboração, com indicação, por exemplo, do uso dos negócios jurídicos processuais como importante ferramenta para contribuir para a gestão processual mais eficiente." ANDRADE, Érico. *Gestão processual flexível, colaborativa e proporcional*: cenários para implementação das novas tendências no CPC/2015. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. n. 76, pp. 183-212, jan./jun., 2020, p. 185.

relevantes para a decisão do mérito, a fim de especificar quais seriam os estatutos e os respectivos sentidos possíveis e mais adequados para a resolução da controvérsia instaurada, bem como quais seriam aqueles significados impossíveis e inadequados para a resolução daquela determinada *fattispecie*.

Nesse sentido, sob a perspectiva do direito comparado, reconhece-se que o tratamento dado pelos países europeus tem se aproximado em facultar às partes a possibilidade de estipularem acordos por meio dos quais especificam o direito aplicável ao caso, bem como a interpretação que deve ser dada àquele determinado conjunto de textos normativos.

O ordenamento jurídico francês, por meio de sua legislação processual, possui disposição expressa no sentido de que as partes podem vincular o juiz à denominação e aos dispositivos legais estabelecidos no acordo, relativamente aos direitos disponíveis, limitando o debate dos sujeitos processuais e a qualificação jurídica dada pelo juiz a determinados pontos devidamente delimitados[30]. Esse tipo de negociação recebe a denominação de "acordos de direito aplicável"[31], por meio do qual se opera limitação à atividade

30 Conforme expressa disposição contida no *Code de procédure civile*: "Artigo 12. O juiz decide o litígio de acordo com as regras de direito que lhe são aplicáveis. Ele deve dar ou restaurar sua exata qualificação aos fatos e atos em litígio, sem parar na denominação que as partes teriam proposto. No entanto, não pode alterar a denominação ou o fundamento jurídico quando as partes, por força de acordo expresso sobre direitos de que possuem livre disposição, o vinculem pelas qualificações e pontos de direito a que pretendem limitar o debate. Estabelecida a controvérsia, as partes podem ainda, nas mesmas matérias e nas mesmas condições, conferir ao juiz a função de compositor amigável, podendo ser interposto recurso, se não o tiverem expressamente renunciado." FRANÇA. *Code de procédure civile*. Paris: Congrès Français, 1976. Disponível: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070716>. Acesso em: 02 out. 2020 — tradução livre.
No original: "Article 12. Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables. Il doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée. Toutefois, il ne peut changer la dénomination ou le fondement juridique lorsque les parties, en vertu d'un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition, l'ont lié par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat. Le litige né, les parties peuvent aussi, dans les mêmes matières et sous la même condition, conférer au juge mission de statuer comme amiable compositeur, sous réserve d'appel si elles n'y ont pas spécialement renoncé."

31 Segundo Loïc Cadiet, "Os contratantes podem, contudo, condicionar a lei que

jurisdicional de qualificação jurídica das situações de fato, a qual deve ficar circunscrita à convenção apresentadas pelas partes que detêm o controle do litígio, cabendo ao juiz apenas o direcionamento do processo[32].

Tendo sido apresentado o acordo de direito aplicável, o juiz fica vinculado à qualificação jurídica ou ao conjunto de estatutos apresentado pelas partes, não podendo desconsiderá-los quando da prolação da decisão judicial, que, por força do acordo realizado, deverá estar semanticamente alinhada aos significados jurídicos consensualmente estabelecido pelas partes, não se admitindo decisões proferida fora desse enquadramento jurídico[33]. Interessante perceber que essa vinculação exercitada sobre o ofício do juiz representa importante mecanismo de gestão processual, na medida em que,

deve ser aplicada ao caso. Isso é o que chamamos de acordos de direito aplicável, notadamente ilustrados pelas *disposições de electio juris*. Assim, nos termos do artigo 12, §3º, do CPC: 'O juiz não pode modificar a denominação ou fundamento jurídico quando as partes, em virtude de um acordo expresso a respeito de direitos sobre os quais têm livre disposição, as tenham vinculado quanto às qualificações e questões legais que têm procurado limitar a controvérsia.'" CADIET, Loic. *Perspectivas sobre o sistema da justiça civil francesa*: seis lições brasileiras. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 87.

32 De acordo com Loïc Cadiet, "O acordo das partes pode ter por objeto restringir ou ampliar a função do juiz. Em primeiro lugar, restringindo a atuação do juízo, as partes podem encaminhar-lhe 'a qualificação e pontos de direitos aos quais querem limitar o debate' (artigo 12, alínea 3): por exemplo, debater acerca das indenizações em caso de inexecução de um contrato, mas não sobre a validade desse contrato; discutir as regras de compra e venda, mas não os contratos empresariais; tratar da aplicação da lei argentina em detrimento da lei francesa no caso concreto etc. Em todos os casos descritos, o juiz perde poder, conforme preceitua a alínea 2 do artigo 12, de 'dar ou restituir a qualificação exata dos atos e fatos litigiosos', vale dizer, seu poder de requalificação, assim como sua autoridade para delimitar de ofício as questões de direito (*moyens de droit*)." CADIET, Loic. *Perspectivas sobre o sistema da justiça civil francesa*: seis lições brasileiras. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 92.

33 Remo Caponi, nesse sentido, faz menção ao "[...] acordo sobre a qualificação jurídica aplicável para resolver a controvérsia, nos moldes do art. 12, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil francês. Mesmo no ordenamento jurídico alemão, a ausência do poder do juiz de avaliar *in iure* a pretensão apresentada pelo autor no caso de reconhecimento do pedido abriu a porta para a ideia de que o acordo das partes possa vincular o juiz a uma certa qualificação jurídica da fattispecie deduzida em juízo ou a um determinado conjunto de normas." CAPONI, Remo. *Autonomia privata e processo civile*: gli accordi processuali. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile. Imprenta: Milano, A. Giuffre, Referência: v. 62, n. 3, p. 99–119, sett., 2008, p. 112 — tradução livre.

não somente permite a rápida e eficiente resolução da controvérsia, mas também viabiliza o gerenciamento da decisão judicial a partir de determinados limites jurídico-semânticos apresentados pelas próprias partes[34].

Ainda nesse sentido, oportuno registrar que, a partir dos estudos europeus sobre o processo civil, o *European Law Institute* — ELI — em pareceria com o *International Institute for the Unification of Private Law* — UNIDROIT — desenvolveram, recentemente, projeto que se destinou a propor um modelo de procedimento universal que seguisse os elementos essenciais do devido processo legal, apresentado princípios e regras transnacionais europeias sobre o direito processual civil. O objetivo foi fornecer uma ferramenta útil para a promoção da coerência do direito processual civil europeu, bem como viabilizar o desenvolvimento mais amplo de projetos regionais, com adaptações daqueles princípios selecionados às especificidades das culturas jurídicas regionais[35].

No compilado de regras e de princípios, denominado *Model European Rules of Civil Procedure*, restou expressamente consagrada, como regra condizente aos modernos princípios do devido processo legal, disposição que autoriza às partes definirem as questões jurídicas que irão fundamentar o debate judicial e, nessa exata medida, que irão gerenciar o conteúdo normativo da decisão judicial[36]. Desse modo, as

34 Loïc Cadiet, ao tratar tanto dos acordos relativos ao ofício do juiz, quanto os acordos relativos ao processo, afirma que "A convenção entre as partes não é apenas um instrumento de solução do litígio, mas também se converteu em uma técnica de gestão do processo judicial. [...] A observação, contudo, vale também para o processo perante as jurisdições estatais. Nesses casos, o contrato difunde-se sensivelmente no processo: mediante acordos processuais, converte-se em uma técnica complementar de gestão do processo civil, à semelhança da lei e da decisão unilateral do juiz. Esses acordos processuais estão em harmonia com o princípio da cooperação do juiz e das partes, que, juntamente com o princípio do contraditório, um dos dois princípios basilares do processo civil francês, são a expressão mais perfeita do modelo de processo cooperativo, que transcende as concepções acusatórias e inquisitória, tanto no sistema *common law* quanto no romano-germânico." CADIET, Loïc. *Perspectivas sobre o sistema da justiça civil francesa*: seis lições brasileiras. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 89.

35 Disponível: <https://www.unidroit.org/civil-procedure>; <https://www.europeanlawinstitute.eu/>. Acesso em: 02 out. 2020.

36 Conforme expressa previsão regulamentar: "Regra 26. Direito aplicável. (1) Tendo

partes podem estreitar o campo de cognição jurisdicional, delimitando a base jurídica e o direito aplicável àquela situação jurídica, bem como as partes podem limitar os debates e a própria fundamentação decisória a determinadas questões específicas, sendo certo que, em qualquer caso, esses acordos devem ser explícitos e vincularão o juiz.

O acordo quanto ao direito aplicável — tenha sido realizado antes ou mesmo durante o curso do processo — deve ser prontamente noticiado nos autos pelas partes, a fim de garantir que o juiz e seus auxiliares utilizem adequada e racionalmente o tempo para a resolução daquela controvérsia, a partir de bases jurídicas previamente estabelecidas entre os sujeitos processuais. Por essa razão, o acordo quanto ao sentido do direito também representa interessante instrumento para gerenciamento da decisão judicial, vinculando o Tribunal e determinando o alicerce jurídico do litígio ou delimitando as questões específicas da controvérsia, às quais as partes pretendem limitar o debate.

Ainda sob a perspectiva internacional, importante ressaltar que a tradição jurídica italiana consolidou a possibilidade de realização de negócio jurídico atípico[37], denominado *negozio di accertamento*,

em conta as disposições especiais aplicáveis, as partes podem apresentar argumentos jurídicos em apoio da sua reclamação ou defesa. (2) O Tribunal deve determinar a base jurídica correta para sua decisão. Isso inclui questões determinadas com base na lei estrangeira. Só pode fazê-lo se tiver dado às partes uma oportunidade razoável para apresentar os seus argumentos sobre a lei aplicável. (3) Quando as partes são livres para dispor de seus direitos, elas podem concordar sobre a base legal da reclamação ou sobre questões específicas da reclamação. Esse acordo deve ser explícito e deve, mesmo que tenha sido celebrado antes do início do processo, constar dos articulados. O acordo vincula o Tribunal." ELI-UNIDROIT. *From transnational principles to european rules of civil procedure*: model european rules of civil procedure. 2020. Disponível: <https://www.unidroit.org/work-in-progress-eli-unidroit-european-rules>. Acesso em: 02 out. 2020 — tradução livre.

No original: "Rule 26. Applicable law. (1) While taking account of any applicable special provisions, the parties may present legal arguments supporting their claim or defence. (2) The court must determine the correct legal basis for its decision. This includes matters determined on the basis of foreign law. It may only do so having provided the parties a reasonable opportunity to present their arguments on the applicable law. (3) Where parties are free to dispose of their rights, they may agree on the legal basis of the claim or on specific issues in the claim. Such an agreement must be explicit and must, even if it was made before commencement of the proceedings, be set out in the pleadings. The agreement binds the court."

37 De acordo com Lucia Bozzi, "É sabido que o negócio de acertamento é uma

por meio do qual as partes delimitam o conteúdo semântico e interpretativo de negócio jurídico *anterior*, especificando quais são os sentidos possíveis e também quais são as interpretações inadmissíveis referentemente às cláusulas contratuais realizadas e que comportam dúvidas quanto aos seus exatos limites obrigacionais[38].

Constata-se, portanto, que o negócio jurídico de acertamento tem a finalidade precípua de eliminar as incertezas semânticas, permitindo que as próprias partes, na continuidade da expressão de sua autonomia negocial, especifiquem, positiva e também negativamente, quais

fattispecie atípica em relação à qual o legislador não considerou necessário indicar e disciplinar nem o interesse típico que tal acordo é chamado das partes a realizar, nem o como realizá-lo." BOZZI, Lucia. *Negozio di accertamento ed effetti (non) "meramente dichiarativi"*. Rivista di diritto civile. Imprenta: Padova, A. Milani, 1955. Referência: v. 55, n. 2, p. 201–213, mar./apr., 2009, p. 209 — tradução livre.
No original: "È noto che il negozio di accertamento è una fattispecie atipica rispetto alla quale il legislatore non ha ritenuto di dovere indicare e disciplinare né l'interesse tipico che tale negozio è chiamato dalle parti a realizzare né il come realizzarlo."

38 Antonio do Passo Cabral, após a realização de amplo estudo sobre os ordenamentos jurídicos alemão e italiano, explica o conceito desse tipo de negociação: "Com efeito, o negócio jurídico de certificação comumente tem como objetivo a eliminação de um estado de incerteza que advém de um outro ato jurídico originário, e assim não poderia ser considerado como totalmente desvinculado daquele que lhe motivou a existência. Por isso, penso ser imprescindível que exista nessa nova negociação uma causa que, embora diversa daquela da relação jurídica da original, mantenha um vínculo entre o negócio jurídico originário e o negócio de certificação. E essa causa costuma ser justamente a necessidade de eliminação de incerteza na relação jurídica primitiva." CABRAL, Antonio do Passo. *Negócio de certificação (parte I)*: introdução, objeto e limites. Texto mimeografado, 2020, no prelo, p. 16-17, texto gentilmente cedido pelo autor.
De igual forma, Stefano D'Andrea elucida: "A 'fattispecie atípica' do negócio de acertamento contém, entre os seus elementos, uma *decisão* que visa pôr fim a uma situação de incerteza. A fattispecie contém também uma *declaração de ciência* — um juízo — que tem por objeto o mundo das situações jurídicas subjetivas, uma declaração que assevera a existência e a consistência, ou a inexistência, de uma situação jurídica subjetiva. O negócio de acertamento, com efeito, é o negócio com o qual as partes põem fim a uma situação de incerteza, por meio de uma *decisão conforme ao juízo* sobre a situação jurídica." D'ANDREA, Stefano. *Sul problema del negozio atipico di accertamento*. Rivista di diritto civile. Imprenta: Padova, A. Milani, v. 46, n. 1, p. 31–62, genn./febbr., 2000, p. 35.
No original: "La 'fattispecie atipica' del negozio di accertamento contiene, tra i suoi elementi, una *decisione* volta a porre fine ad una situazione di incertezza. La fattispecie contiene anche una *dichiarazione di scienza* — un giudizio — che ha ad oggetto il mondo delle situazioni giuridiche soggettive, una dichiarazione che assevera l'esistenza e la consistenza, o l'inesistenza, di una situazione giuridica soggettiva. Il negozio di accertamento, infatti, è il negozio con il quale le parti pongono fine ad una situazione di incertezza, per mezzo di una *decisione conforme al giudizio* sulla situazione giuridica.".

sãos as margens hermenêuticas e o conteúdo de contrato realizado previamente, explicitando para si mesmas e para terceiros o sentido das normas pactuadas entre privados[39]. A especificação quanto aos significados contidos no negócio jurídico tem a capacidade de vincular não somente os terceiros que eventualmente tomem conhecimento da negociação, mas também o juiz que vier a decidir algum dos aspectos daquela relação jurídica, ficando vedada a obtenção de entendimento distinto da interpretação autêntica fornecida pelas próprias partes quanto aos sentidos da manifestação de sua autonomia negocial[40].

39 De acordo com Hindemburgo Chateaubriand Filho, "No negócio de acertamento — é importante que se repita —, a intenção das partes não se dirige à modificação da situação jurídica primitiva nem à sua substituição por uma nova situação jurídica, mas à fixação do seu conteúdo. Somente assim, o negócio alcança a sua função específica. É certo que a realização da referida causa implica a possibilidade de que o negócio produza, ainda que involuntariamente, uma alteração na situação primitiva. Mas, admitindo-se que se trata de uma causa lícita e, sobretudo, útil do ponto de vista social, é relevante o argumento de que o risco é aceitável — como ocorre com a sentença judicial. Além do mais, se a situação existe em um estado de verdadeira incerteza, não se poderá demonstrar que uma modificação de fato ocorreu." CHATEAUBRIAND FILHO, Hindemburgo. *Negócio de acertamento*: uma abordagem histórico-dogmática. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 121.
Antonio do Passo Cabral, nesse sentido, afirma que, "[...] no que diz respeito à finalidade do negócio de certificação, apesar das diversas formulações e definições doutrinárias, em todas aparece um elemento comum, que é compreendê-lo como um instrumento para dar certeza a situações jurídicas incertas, fixando a interpretação ou o sentido que deve ser extraído de um ato jurídico ou negócio jurídico anterior. Então, como se percebe, a convenção de certificação é um negócio jurídico que geralmente se justifica como meio para enfrentar um *estado de incerteza*. Esta é sua finalidade principal." CABRAL, Antonio do Passo. *Negócio de certificação (parte I)*: introdução, objeto e limites. Texto mimeografado, 2020, no prelo, p. 17, texto gentilmente cedido pelo autor.

40 Para Antonio do Passo Cabral, "[...] esses meios de incremento da segurança jurídica também produzem efeitos processuais, porque, nos limites permitidos para as partes regularem o processo, o negócio de certificação vincula o Estado-juiz, que deve respeitar e aplicar a interpretação determinada pelos convenentes." Em outra passagem, o referido autor pontua que, "[...] o negócio de certificação também produz efeitos de natureza processual para os julgadores (juiz ou árbitro), impondo-lhes, pela força negocial, a interpretação deseja pelos convenentes. Assim, o negócio jurídico de certificação insere-se entre aqueles que regulam ou interferem na cognição do juiz, determinando a exegese possível do contrato. O julgador fica vinculado ao sentido ou interpretação determinados pelas partes (heterovinculação), e suas decisões de qualquer conflito entre os convenentes a respeito do negócio jurídico certificado devem ser tomadas à luz das premissas hermenêuticas fixadas pelos próprios litigantes no negócio de certificação." CABRAL, Antonio do Passo. *Negócio de certificação (parte I)*: introdução, objeto e limites. Texto mimeografado, 2020, no prelo, p. 26 e p. 41, respectivamente, texto gentilmente cedido pelo autor.

Importante destacar que a certificação ou o acertamento jurídico feito pelas partes não se destina à especificação do conteúdo dos textos normativos estatais, mas, tão somente, aos textos normativos oriundos da manifestação da autonomia negocial dos indivíduos contratantes[41]. Não obstante a limitação do campo de atuação desse tipo negocial, deve ser reconhecido, todavia, que o negócio de acertamento viabiliza a realização de verdadeiro gerenciamento da decisão judicial, que ficará circunscrita a certos parâmetros interpretativos definidos pelas partes quanto à interpretação de negócio jurídico anterior, operando-se, nesses limites, espécie de sub-rogação da sentença por ato de vontade dos próprios contratantes[42].

41 Segundo Emilio Betti : "Certamente não se deve perder de vista o vínculo genético que liga essa relação ou a sua vitória ao preceito da autonomia privada; mas, para a precisão dos conceitos, é necessário manter firme que o objeto da interpretação autêntica privada é propriamente apenas o negócio como um ato de autonomia privada: em particular, disposições de significado incerto e controverso. Vai além o problema específico da interpretação autêntica, o negócio de acertamento, com o qual as partes fixam e definem as suas relações recíprocas — derivadas essas, ao menos, de um negócio — segundo aquele valor sobre o qual elas tiveram sucesso a colocar-se de acordo." BETTI, Emilio. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*: teoria generale e dogmatica. Milano: Dott. A. Giuffre, 1949, p. 125.
No original: "Non si deve certamente perder di vista il nesso genetico che lega questo rapporto o la sua vincenda al precetto dell'autonomia privata; ma per la precisione dei concetti bisogna terner fermo che oggeto d'interpretazione autentica privata è propriamente solo il negozio quale atto di autonomia privata: in particolare, disposizioni di incerto e controvertibile significato. Va oltre il problema specifico dell'interpretazione autentica il negozio di accertamento, con cui le parti fissano e definiscono i loro rapporti — derivino questi, o meno, da un negozio — secondo quell'apprezzamento su cui esse siano riuscite a mettersi d'accordo.".

42 Segundo argumenta Maria Di Tillio, "Com o termo negócio de acertamento, a doutrina civilista italiana traduziu literalmente a expressão *Feststellungsgeschäf* cunhada pela Pandectística alemã para indicar o ato de negociação instituído por particulares para eliminar a incerteza de uma situação jurídica preexistente, realizando, em tal modo, uma situação definitivamente certa e incontrovertida, prescindindo da intervenção do juiz. A este propósito fala-se, com efeito, de equivalente jurisdicional e também de instrumento de autotutela privada para a resolução extrajudicial de litígios (autocomposição do litígio) ou mesmo de sub-rogado da sentença." Em outra passagem, a referida autora menciona que: "Esta função garantida pelo Estado aos particulares é aquela jurisdicional, o que significa que a sede natural da eliminação da incerteza é o processo, porque daí decorrem inevitavelmente lides, atuais ou potenciais. Mas, pelas razões até aqui expostas, é permitido aos particulares realizarem um resultado análogo ao da sentença, mediante instrumentos convencionais, a propósito dos quais se falou do poder de 'autotutela' ou mesmo de 'jurisdição privada', porém destinada à eliminação da incerteza das situações jurídicas." DI TILLIO, Maria. *Il negozio di accertamento*. Giustizia civile: rivista mensile di giurisprudenza. Milano,

Noutra perspectiva, à vista do direito nacional e de suas especificidades jurídico-positivas, reconhece-se que o ordenamento jurídico brasileiro, a partir da promulgação do Código de Processo Civil vigente, bem como da existência de outros dispositivos recentemente incluídos na legislação extravagante, passou a permitir, com maior ênfase, que as partes estipulem negócios jurídicos por meio dos quais especificam o direito aplicável ao caso, bem como delineiam a interpretação que deve ser atribuída à base jurídica de seus arrazoados.

O ordenamento jurídico brasileiro contém instrumentos jurídicos capazes de permitir que os indivíduos e também a própria Administração Pública, nos limites da disponibilidade e da derrogabilidade dos direitos: *i.* pactuem regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração dos negócios jurídicos diversas daquelas previstas em lei[43]; *ii.* celebrem compromisso

Dott. a. Giuffrè, v. 36, n. 11, p. 411–422, nov., 1986, p. 411 e p. 416, respectivamente — tradução livre.

No original: "Con il termine negozio di accertamento la dottrina civilistica italiana ha tradotto letteralmente l'espressione *Feststellungsgeschäf* di conio della Pandettistica tedesca per indicare l'atto negoziale posto in essere dai privati al fine di eliminare l'incertezza da una preesistente situazione giuridica, realizzando in tal modo una situazione definitivamente certa e incontrovertibile, prescindendo dall'intervento del giudice. A tal proposito si è parlato, infatti, di equivalente giusrisdizionale ed anche di strumento di autotutela privata per la composizione stragiudiziale delle liti (autocomposizione della lite) o ancora di surrogato della sentenza."

"Tale funzione garantita dallo Stato ai privati è quella giurisdizionale, il che sta a significare che la sede naturale dell'eliminazione dell'incerteza è il processo, perché dalla prima scaturiscono inevitabilmente liti, attuali o potenziali. Ma, per le ragioni fin qui esposte, è concesso ao privati di realizzare un risultato analogo a quello della sentenza, mediante strumenti convenzionali, a proposito dei quali si è parlato di potere di 'autotutela' o anche di 'giurisdizione privata', comunque rivolti all'eliminazione dell'incerteza dalle sittuazioni giuridiche."

43 De acordo com a previsão contida no Código Civil, com inclusão decorrente da Lei de Liberdade Econômica de 2019: "Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. §1º A interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que: I - for confirmado pelo comportamento das partes posterior à celebração do negócio; [...] V - corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração. §2º As partes poderão livremente pactuar regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração dos negócios jurídicos diversas daquelas previstas em lei." BRASIL. *Código Civil*. Brasília: Senado Federal, 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 06 out. 2020.

com os interessados, observada a legislação aplicável, para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público[44]; *iii.* delimitem consensualmente as questões de fato e de direito relevantes para a decisão do mérito, vinculando as partes e o juiz, caso seja judicialmente homologada[45]. Os instrumentos contemplados na legislação nacional indicam, portanto, a abertura do sistema positivo brasileiro para a realização

44 Segundo prevê a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro: "Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial." BRASIL. *Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.* Presidência da República. Secretaria-Geral. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em: 06 out. 2020.
O dispositivo acima mencionado foi devidamente regulamentado pelo Decreto de nº 9.830/2019: "Art. 10. Na hipótese de a autoridade entender conveniente para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situações contenciosas na aplicação do direito público, poderá celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável e as seguintes condições: I - após oitiva do órgão jurídico; II - após realização de consulta pública, caso seja cabível; e III - presença de razões de relevante interesse geral. [...] §2º O compromisso: I - buscará solução proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais; II - não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecido por orientação geral; e III - preverá: a) as obrigações das partes; b) o prazo e o modo para seu cumprimento; c) a forma de fiscalização quanto a sua observância; d) os fundamentos de fato e de direito; e) a sua eficácia de título executivo extrajudicial; e f) as sanções aplicáveis em caso de descumprimento." BRASIL. *Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019*. Presidência da República. Secretaria-Geral. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9830.htm>. Acesso em: 06 out. 2020.

45 Assim dispõe o Código de Processo Civil: "Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo: [...] II - delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos; [...] IV - delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito; [...] §2º As partes podem apresentar ao juiz, para homologação, delimitação consensual das questões de fato e de direito a que se referem os incisos II e IV, a qual, se homologada, vincula as partes e o juiz. §3º Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações." BRASIL. *Código de Processo Civil. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.* Presidência da República. Secretaria-Geral. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 02 out. 2020.

de verdadeiro gerenciamento quanto ao conteúdo normativo dos processos decisórios, ou seja, da autogestão normativa no processo civil.

Após ter sido realizada análise comparada quanto aos dispositivos contidos na legislação francesa, nas regras europeias sobre o processo civil e na tradição jurídica italiana, bem como ter sido feita breve sindicância quanto aos instrumentos já existentes no ordenamento jurídico brasileiro, constata-se que os acordos de direito aplicável — assim genericamente denominados aquele tipo de negociação que tem por objeto delimitar os sentidos possíveis e impossíveis do direito aplicável à determinada relação jurídica — cumprem duas funções distintas, mas complementares: *i.* permite-se a abertura de sistemas jurídicos, tanto estrangeiros, quanto nacional, para que se autorize a vinculação do ofício do juiz a certas balizas previamente estabelecidas pelas partes envolvidas em determinada controvérsia; *ii.* admite-se a possibilidade de gerenciamento da decisão judicial, que deverá ser proferida em consonância com os marcadores semântico-normativos indicados pelas partes.

6. O SENTIDO DO DIREITO COMO OBJETO DE CONTRATUALIZAÇÃO: é possível negociar e gerenciar o conteúdo dos textos normativos?

Nos ordenamentos de matriz romano-canônica difundiu-se a compreensão de que o juiz conhece o direito, razão pela qual bastaria às partes narrarem os fatos ocorridos e requerem a tutela jurisdicional, sendo despicienda ou secundária a argumentação quanto ao direito aplicável àquela relação jurídica deduzida em juízo. No entanto, na atualidade, a quebra do monopólio da jurisdição também ocorre quanto ao conhecimento sobre as questões de direito, o que implica, consequentemente, a severa mitigação das máximas *iura novit curia* e *da mihi factum, dabo tibi jus*[46].

46 Em tradução literal, as máximas mencionadas significam, respectivamente: "o juiz conhece os direitos" e "dá-me os fatos, que te darei o direito".

Isto porque, num modelo de processo que se funda em bases cooperativas, não se pode admitir que o órgão julgador detenha ampla e irrestrita liberdade para significar o direito. Contrariamente à visão do absolutismo jurídico-semântico, os princípios do contraditório e da cooperação determinam que as questões de direito sejam submetidas ao debate prévio, dando oportunidade às partes de influenciarem o convencimento do julgador, inclusive quanto às questões de direito, de modo que os argumentos das partes deverão ser o fundamentado inicial da decisão judicial[47]. Por essa razão, constata-se que, no modelo do justo processo, a máxima *iura novit curia* foi ressignificada, funcionando, em verdade, como uma garantia de prestação de tutela jurisdicional adequada aos direitos[48] e não como instrumento de opressão semântica[49].

A derrogação do monopólio da jurisdição quanto aos significados dos direitos, bem como a absoluta inadequação do brocardo *in claris cessat*

47 De acordo com Paulo Roberto de Gouvêa Medina, "A máxima [*iura novit curia*], conforme se demonstrou ao longo deste estudo, continua a exprimir uma verdade; não, porém, um poder absoluto. O juiz não é o único protagonista da qualificação jurídica dos fatos. Cumpre-lhe desempenhar essa missão, no contexto do processo, sabendo ouvir os demais sujeitos da relação processual, aos quais não é nem pode ser indiferente a consequência jurídica do acontecimento que gera a ação." MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Iura novit curia*: a máxima e o mito. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 238.

48 Fernanda Costa Vogt, em interessante estudo, demonstra que "Na visão contemporânea da cognição, parece inconciliável o enquadramento e a reprodução silogística do *iura novit curia*, suplantado *(i)* do ponto de vista discursivo, pela incidência cada vez maior da intersubjetividade no processo e *(ii)* do ponto de vista procedimental, pelo ganho de autonomia das partes, com a possibilidade de disporem sobre seus poderes, deveres, ônus e faculdades, como, aliás, prevê a cláusula geral do art. 190 do CPC. [...] Entende-se, por conseguinte, que o *iura novit curia* deve ser uma garantia das partes, e não a simples afirmação do poder de conhecimento jurídico irrestrito do juiz. O aforismo traduziria o dever de aplicação do direito objetivo pelo juiz como garantia de segurança jurídica, ou seja, de que a solução encontrada seja baseada no direito objetivo." VOGT, Fernanda Costa. *Cognição do juiz no processo civil*: flexibilidade e dinamismo dos fenômenos cognitivos. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 102-103.

49 Para Otávio Augusto Dal Molin Domit, "[...] a preservação da esfera de disposição das partes e a asseguração do diálogo judicial tornam-se autênticas garantias de democratização do processo, impedindo que o órgão judicial, com a utilização da máxima *iura novit curia*, tenha em mãos um instrumento de opressão e autoritarismo. [...] Está o julgador, assim, relativamente à aplicação da máxima *iura novit curia*, com seus poderes abreviados, por conta do princípio da demanda, e condicionados, pelo princípio do contraditório." DOMIT, Otávio Augusto Dal Molin. *Iura novit curia e causa de pedir*: o juiz e a qualificação jurídica dos fatos no processo civil brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 306

interpretatio[50], licencia às partes para que possam atuar nos espaços de incerteza quanto ao sentido atribuível às questões de direito relevantes para a decisão de mérito, apontando e delineando quais seriam os significados mais adequados para a resolução da controvérsia instaurada entre elas.

Isto porque, em virtude da textura aberta da linguagem jurídica, passou-se a reconhecer que os textos normativos — em quaisquer de suas espécies, sejam eles constitucionais, legais, judicias ou administrativos — são constituídos de vaguezas, de ambiguidades e de incertezas semânticas, são, enfim, multívocos. Nos espaços das incertezas quanto ao direito, se mostra possível, a partir da obtenção de consensos, a atuação das partes para preencher as vaguezas de sentido, para esclarecer as ambiguidades e os conflitos entre as leis e para delimitar as possibilidades e as impossibilidades de sentido a ser outorgado ao direito.

A permissão para atuação das partes nesses ambientes se dá a partir da constatação de ser impossível o resgate fundante ou correto de um texto jurídico, bem como da percepção de que existem múltiplas possibilidades interpretativas que se abrem aos diversos intérpretes dos textos normativos. O texto da lei não comporta soluções apriorísticas e nem mesmo pode ser compreendido como coisa simplesmente posta. Ao contrário, os textos das normas dão ensejo a diversos conflitos argumentativos quanto à prevalência dos significados e, por isso mesmo, devem ser vislumbrados como carentes de interpretação e de concretização, sempre na busca por razoabilidade e por aceitabilidade jurídico-argumentativas[51].

---

50 O significado da expressão é ofertado por Carlos Maximiliano, que ao seu conteúdo também se opõe: "*Disposições claras não comportam interpretação* — verdade axiomática, dominadora absoluta dos pretórios há meio século; afirmativa sem nenhum valor científico, ante as idéias triunfantes na atualidade." Para o autor, "A palavra é um mau veículo do pensamento; por isso, embora de aparência translúcida a forma, não revela todo o conteúdo da lei, resta sempre margem para conceitos e dúvidas; a própria letra nem sempre indica se deve ser entendida à risca, ou aplicada extensivamente; enfim, até mesmo a clareza exterior ilude; sob um só invólucro verbal se conchegam e escondem várias idéias, valores mais amplos e profundos do que os resultantes da simples apreciação literal do texto. Não há fórmula que abranja as inúmeras relações eternamente variáveis da vida; cabe ao hermeneuta precisamente adaptar o texto rígido aos factos, que dia a dia surgem e se desenvolvem sob aspectos imprevistos. Nítida ou obscura a norma, o que lhe empresta elastério, alcance, ductibilidade, é a interpretação. Há o desdobrar da fórmula no espaço e no tempo: multiplicando as relações no presente, sofrendo, no futuro, as transformações lentas, imperceptíveis, porém, contínuas, da evolução." MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Globo, 1933, p. 46 e p. 49, respectivamente.

51 Francesco Viola e Giuseppe Zaccaria afirmam, nesse sentido, que, "[...] o direito é o lugar de desacordo, do conflito e da contraposição. Em certo sentido, se pode também afirmar que o próprio direito alimenta a conflitualidade da vida social, pois o choque

Conforme aponta a doutrina italiana, o direito da atualidade se apresenta incerto[52], composto por disposições linguísticas dúcteis[53] e

de opiniões e dos interesses é tanto mais intenso e extenso quanto maior são as possibilidades de comunicação dos contendores. Esse espaço comunicativo aberto é uma arena onde os contendores podem se encontrar cara a cara. Não é nem mesmo necessário acreditar que ao menos as regras jurídicas sejam preservadas da conflitualidade, porque existe desacordo teórico sobre a sua individuação e existe desacordo empírico sobre sua aplicação nos casos concretos [Dworkin, pp. 9-20]." VIOLA, Francesco; ZACCARIA, Giuseppe. *Diritto e interpretazione*: lineamenti di teoria ermeneutica del diritto. 9. ed. Roma: Laterza, 2016, p. 67-68 — tradução livre.
No original: "[...] il diritto è il luogo del disaccordo, del conflitto e della contrapposizione. In un certo senso si può anche affermare che il diritto stesso alimenti la conflittualità della vita sociale, poichè lo scontro delle opinioni e degli intetessi è tanto più intenso ed esteso quanto maggiori sono le possibilità di comunicazione dei contendenti. Questo spazio comunicativo aperto è um'arena in cui i contendenti possono trovarsi faccia a faccia. Neppure bisogna credere che almeno le regole giuridiche siano preservate dalla conflittualità, perchè c'è disaccordo teoretico sulla loro individuazione e c'è disaccordo empirico sulla loro applicazione ai casi concreti [Dworkin, pp. 9-20]."

52 Paolo Grossi assinala que as transformações ocorridas no modo de compreender e de se desenvolver o direito tiveram "[...] o propósito de delinear a transição de uma era de certezas, a modernidade, para uma era, a nossa, a pós-modernidade, atravessada por uma contínua dinâmica interna, marcada por uma mobilidade intensa e necessitada de regulamentos elásticos." GROSSI, Paolo. *Sulla odierna "incertezza" del diritto*. Giustizia civile: rivista mensile di giurisprudenza. Milano, Dott. a. Giuffrè, v. 64, n. 4, p. 921–955, apr., 2014, p. 933 — tradução livre.
No original: "[...] ha il proposito di delineare il trapasso da um'età di certezze, la modernità, a um'età, la nostra, la pos-modernità, percorsa da una continua dinamica interiore, segnata da una intensa mobilità e bisognosa di disciplinamenti elastici."

53 Gustavo Zagrebelsky, assim se manifesta: "Se quiséssemos, em uma palavra puramente aproximativa, indicar o sentido desse caráter essencial do direito dos Estados constitucionais hodiernos, talvez pudéssemos usar a imagem da ductibilidade. A coexistência de valores e princípios, sobre a qual, necessariamente, uma constituição hoje deve ser fundada a fim de se tornar não renunciatária em relação aos seus trabalhos de unidade e integração e, ao mesmo tempo, não incompatíveis com a sua base material pluralista, exige que cada um de tais valores e de tais princípios seja assumido em um valor não absoluto, compatível com aqueles com os quais deve conviver. Caráter absoluto assume apenas um meta-valor que se expressa no duplo imperativo da manutenção do pluralismo dos valores (no que diz respeito ao aspecto processual). Essas são, no final, as exigências constitucionais supremas de cada sociedade pluralista que deseja ser e se defender." ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite*: legge, diritti, giustizia. Nuova edizione. Torino: Einaudi Contemporanea, 2018, p. 11 — tradução livre.
No original: "Se volessimo, in una parola del tutto approssimativa, indicare il senso di questo carattere essenziale del diritto degli Stati costituzionali odierni, potremmo forse usare l'immagine della mitezza. La coesistenza di valori e principi, sulla quale, necessariamente, una costituzione oggi si deve fondare per poter rendersi non rinunciataria rispetto alle sue prestazioni di unità e intergrazione e, al contempo, non incompatibile, con la sua base materiale pluralista, richiede che ciascuno di tali valori e tali principi sia assunto in una valenza non assoluta, compatibile con quelli con i quali deve convivere. Carattere assoluto assume soltanto un meta-valore che si esprime nel duplice imperativo del mantenimento

impossível de ser maquinalmente calculado[54].

Neste modelo, o ordenamento jurídico não é capaz de eliminar a possibilidade de existirem textos normativos contrastantes entre si, e isso nem mesmo seria propício à garantia da completude do sistema jurídico. Em sentido exatamente oposto à convergência normativa e à plenitude do sistema, o próprio direito promove de formas de conflito ou de tensão quanto à melhor interpretação: *i.* seja no que se refere aos princípios de direito, que descortinam um vasto espaço para discussão e argumentação quanto aos possíveis resultados alcançáveis na implementação de suas finalidades[55]; *ii.* seja no que tange às regras

del pluralismo dei valori (per quanto riguarda l'aspetto procedurale). Queste sono, alla fine, le esigenze costituzionali supreme di ogni società pluralista che voglia essere e difendere se stessa."

54 Segundo Natalino Irti, "Este rebaixamento e realização de valores — o que certamente não pode ser chamado, à maneira antiga, 'aplicação' de uma fattispecie abstrata — é completamente incalculável, escapa a qualquer previsão e antecipação. Uma obscura incógnita irrompe no cálculo dos indivíduos e das empresas. Aplicando categorias weberianas, talvez se pudesse concluir que a crise da fattispecie determina a passagem ou o regresso da racionalidade formal para a racionalidade material — isto é, para a decisão judicial segundo 'normas de dignidade qualitativa diversa das generalizações lógicas de interpretações abstratas' —; ou mesmo irracionalidade material; e, portanto, permite um menor ou nenhum grau de calculabilidade jurídica.
No original: "Questo calarsi e realizzarsi dei valori — che non può certo dirsi, al modo antico, 'applicazione' di una fattispecie astratta — è del tutto incalcolabile, sfugge a qualsiasi previsione e antecipazione. Un'oscura incognita irrompe nel calcolo degli individui e delle imprese. Applicando categorie weberiane, potrebbe forse concludersi che la crisi della fattispecie determina il passagio o regresso dalla razionalità formale alla razionalità materiale — cioè, alla decisione giudiziale secondo 'norme di dignità qualitativa diversa dalle generalizzazioni logiche di interpretazioni astratte' —; o addirittura all'irrazionalità materiale; e dunque permette um minor grado o nessun grado di calcolabilità giuridica." IRTI, Natalino. *Un diritto incalcolabile*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2016, p. 36-37.

55 Paolo Grossi afirma que os princípios guardam em si uma preciosa incerteza: "A indefinição assume, de fato, no tempo pós-moderno, o precioso aspecto de recusa a se fechar em uma clara rigidez, claríssima, mas imóvel porque petrificada na textualidade do comando, em vez de se abrir para futuras prováveis aquisições que as mudanças e conflitos tornavam presentes e urgente. Em outras palavras, o princípio tem uma potencialidade e, portanto, também uma riqueza, que é desconhecida a cada proposição legal. O princípio contém em si uma natureza eficazmente expansiva." GROSSI, Paolo. *Sulla odierna "incertezza" del diritto*. Giustizia civile: rivista mensile di giurisprudenza. Milano, Dott. a. Giuffrè, v. 64, n. 4, p. 921–955, apr., 2014, p. 936-937 — tradução livre.
No original: "L'indefinitezza assume, infatti, nel tempo pos-moderno, l'aspetto prezioso di rifiuto a rinchiudersi in una rigidezza certa, certissima ma immobile perché pietrificata nella testualità del comando, invece di apertura a future, probabili acquisizioni che mutamenti e conflitti rendevano presenti ed urgenti. In altre parole, il principio ha una potenzialità e, pertanto, anche una ricchezza, che è ignota a ogni

de direito, que também se apresentam fomentadoras de dissenso, tanto em relação à sua definição, quanto ao âmbito de sua aplicabilidade[56]; *iii.* seja quanto aos precedentes judiciais, que, como qualquer outra fonte do direito, opera no mundo da linguagem ordinária, na qual a obtenção dos significados carece de interpretação[57]; *iv.* seja ainda quanto à existência do regramento por meio de cláusulas gerais[58] e conceitos jurídicos vagos

proposizione legale. Il principio serba in sé una natura efficacemente espansiva."

56 Noel Struchiner aponta que, "Assim como podemos ficar perplexos em relação àquilo que um precedente pretende comunicar, também podemos ficar indecisos sobre qual é o comportamento que uma regra jurídica escrita pretende proibir, permitir ou obrigar. As regras escritas são potencialmente vagas, elas possuem uma textura aberta em função da natureza da linguagem por meio da qual são confeccionadas." Fazendo referência à obra de Herbert Hart, o mencionado autor afirma que "As regras não podem ser conhecidas de forma absoluta porque não temos como verificá-las em todas as situações. [...] Da mesma forma, não sabemos todas as ocasiões em que uma regra é verdadeira ou pode ser aplicada com total segurança, porque as palavras que compõem as regras podem apresentar uma região de penumbra onde não é claro se elas se aplicam ou não. Assim, as regras não se encontram definidas para todas as ocasiões que podem surgir." STRUCHINER, Noel. *Direito e Linguagem*: Uma análise da Textura Aberta da Linguagem e sua Aplicação ao Direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 67 e p. 68, respectivamente.

57 De acordo com Guilherme Bacelar Patrício de Assis, "É preciso rememorar que não existe atividade jurídica sem interpretação. Tanto quanto as leis as *rationes decidendi* dos precedentes são textos normativos que, por mais claros e objetivos que sejam, carecem de interpretação. Ainda que solenemente proclamada em termos de universais, após a observância de um procedimento específico prescrito pelo CPC/2015, a *ratio decidendi* se expressa por meio de enunciados linguísticos potencialmente equívocos e conectados aos fatos materiais do caso. De todo precedente emana um texto escrito que está indelevelmente imbricado com os fatos materiais relevantes que ensejaram sua edição. O sentido e o alcance desse texto podem vir a ser, em alguma medida, revelados ou ressignificados no momento de sua ulterior aplicação. Não há margem para a aplicação mecânica e irrefletida dos precedentes. As garantias do contraditório e do dever de fundamentação adequada expurgam, no plano teórico, essa possibilidade." ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de. *Precedentes vinculantes em recursos extraordinários e especial repetitivos*. Belo Horizonte, 2016. 296 f. Dissertação (Mestrado em Direito) — Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016, f. 279-280.

58 Judith Martins-Costa assinala que, "De fato, as cláusulas gerais constituem *estruturas normativas parcialmente em branco*, as quais são completadas por meio da referência às regras extrajurídicas, ou a regras dispostas em outros '*loci*' do sistema jurídico. A sua concretização exige, consequentemente, que o julgador seja *reenviado* a modelos de comportamento e a pautas de valoração que não estão *descritos* na própria cláusula geral (embora por ela sejam indicados), cabendo-lhe, para tanto, quando atribuir uma consequência jurídica à cláusula geral, formar normas de decisão vinculadas à concretização do valor, diretiva ou do padrão social prescritivamente reconhecido como arquétipo exemplar de conduta." MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p.

ou indeterminados[59], os quais, em decorrência da ausência de descrição exaustiva de conteúdo e da tessitura semanticamente aberta, ensejam a instauração de disputas quanto à outorga de seus significados, mas também quanto à construção da norma de decisão diante do caso concreto.

Desse modo, nos ambientes nos quais o direito descortina uma variedade de significados, deve ser autorizado às partes, a partir de bases consensuais e cooperativas, que delimitem quais serão os sentidos mais adequados para serem aquilatados ao direito, resolvendo adequadamente a controvérsia entre elas instaurada. Nos espaços de incerteza semântica se revela juridicamente possível que as partes contratualizem o sentido do direito, participando da escolha quanto ao significado mais adequado para a resolução daquela controvérsia, bem como vinculando o juiz quanto à base jurídica aplicável àquela relação jurídica apresentada em juízo.

Não se trata, portanto, de contratualizar o sentido do direito em acepção liberalista e desmedida. Trata-se, ao contrário, de reconhecer que as margens de incerteza do direito permitem que as partes envolvidas em determinada controvérsia indiquem os parâmetros semânticos a partir dos quais pretendem resolver a controvérsia, observado, igualmente, o grau de disponibilidade e de derrogabilidade dos direitos tutelados pela jurisdição. Isto porque os sujeitos processuais somente podem delimitar os sentidos possíveis e impossíveis do direito a partir dos referenciais textuais normativos

158-159.

59 Tereza Arruda Alvim e Bruno Dantas explicam, no particular, que "Os conceitos são vagos ou indeterminados quando não permitem comunicação absolutamente clara quanto ao seu conteúdo, por polissemia, vaguidade, ambiguidade, porosidade ou esvaziamento. A *polissemia* significa ter o termo diversos sentidos; *vaguidade* (*vaguedad*, em espanhol), tem o termo, quando permite informação larga e compreensão escassa; a *ambiguidade* ocorre quando 'possa reportar-se a mais de um dos elementos integrados na proposição onde o conceito se insira'; *porosidade* há quando o termo permite a entrada de elementos significantes de outras áreas e *esvaziamento*, quando falte, ao termo, qualquer sentido útil. Conceitos indeterminados acabam por implicar que o futuro também possa ser regulado pela norma. Em muitos casos, o conteúdo do conceito está para ser construído e a norma contém balizas para *absorver* parte da realidade que ainda não existe no presente." ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores*: Precedentes no direito brasileiro. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 209.

contidos no ordenamento jurídico[60], quais sejam, as regras de direito, os princípios jurídicos, a legislação positivada e os precedentes judiciais, os quais representam o ponto de partida para negociação quanto à contratualização semântica do direito.

Quando se afirma a viabilidade de realização do gerenciamento do provimento jurisdicional e a possibilidade de contratualização do sentido do direito, tais atividades devem ser operadas dentro dos limites já dados pelo sistema jurídico-positivo, sob pena de derruir o ordenamento jurídico e, consequentemente, a própria pacificação e coesão social que dele decorrem. O que se propõe, portanto, é a obtenção de consensos interpretativos, alcançáveis por meio da interação comunicativa aberta entre os sujeitos processuais, a fim de explorarem, em regime de cooperação, o sentido mais adequado para a solução do caso concreto, alcançando verdadeiro *estado cognitivo comunitário*[61].

60 Segundo Friedrich Müller, "O *texto da norma* não é aqui nenhum elemento conceitual da norma jurídica, mas o dado de entrada/*input* mais importante do processo de concretização, ao lado do caso a ser decidido juridicamente." O mencionado autor ressalta, em outra passagem, que "O que se pode ler nos códigos (e nas constituições), são somente os *textos de norma* — dito de outro modo, textos que ainda devem, pela concretização [*Rechtsarbeit*], ser transformados em normas jurídicas. O direito normativo encontra-se nos textos dos julgamentos e não naquilo que produz o poder legislativo. Esses textos de norma são somente um *ponto de partida* da concretização e, por terem sido criados por um poder democrático, também um *limite* para um ato de concretização legal e legítimo. Mas eles ainda não são já as próprias normas." MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito*: introdução à teoria e metódica estruturantes. Vários tradutores. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 120 e p. 276-277, respectivamente.

61 A expressão é de autoria de Fernanda Costa Vogt, para quem: "Essa ideia se coaduna com um verdadeiro *estado cognitivo comunitário*, importante estado de coisas a moldar a cognição judicial, derivado do princípio da cooperação (art. 6º do CPC). Assim, se partes e juiz atuam em uma comunidade de trabalho (no alemão, *Arbeitsgemeinschaft*), não só as tarefas do processo, mas também o conhecimento, em vez de solitário, será intersubjetivamente construído, em um verdadeiro *compartilhamento cognitivo* entre juiz, partes e, ainda, eventuais terceiros, que reciprocamente se influenciam, ainda que os terceiros, por vezes, compartilhem essa atividade de maneira pontual, relativa a apenas algumas discussões no processo." A mencionada autora ainda afirma que, "No contexto desse estado cognitivo comunitário, a relação processual pressupõe a interação entre sujeitos, tornando-se impossível ao juiz conhecer e interpretar fatos e direito de maneira isolada do discurso dos demais sujeitos do processo." VOGT, Fernanda Costa. *Cognição do juiz no processo civil*: flexibilidade e dinamismo dos fenômenos cognitivos. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 69 e p. 70, respectivamente.

No ordenamento jurídico brasileiro, o consenso semântico-argumentativo, bem como a autogestão normativa, ingressa no processo civil por meio do negócio jurídico processual típico, regulamentado pela disposição contida no §2º do artigo 357 do CPC/15, analisado na sequência.

7. LIMITES E POSSIBILIDADES DE CONTRATUALIZAÇÃO DO SENTIDO DO DIREITO: análise crítico-dogmática a partir do disposto no §2º do artigo 357 do CPC/15

A par da possibilidade de estipular negócios jurídicos processuais atípicos, o sistema processual brasileiro franqueou às partes a possibilidade de estabelecerem ajustes quanto à delimitação das questões de direito relevantes para a decisão do mérito. Nesse sentido, conforme expressa disposição legal[62], na fase de saneamento e de organização do processo, o juiz deverá delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos, bem como deverá delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito. As próprias partes, no entanto, poderão apresentar ao juiz, para homologação, negócio jurídico processual com a delimitação consensual das questões de fato e de direito, a qual, se homologada, vincula as partes e o juiz, o que poderá ocorrer, inclusive, em sede de audiência para a realização do saneamento cooperativo, oportunidade em que as partes poderão integrar ou esclarecer suas alegações.

Constata-se, portanto, que, por meio de negociação processual, as partes poderão, a partir do consenso semântico obtido em regime de cooperação, delimitar as questões de direito, estipulando negócios processuais quanto ao direito aplicável à controvérsia[63]. A exploração

62 Nesse sentido, confira o disposto nos incisos II e IV do *caput*, bem como §2º e §3º, todos do artigo 357, do CPC/15, anteriormente já referenciados. BRASIL. *Código de Processo Civil. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.* Presidência da República. Secretaria-Geral. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 08 out. 2020.

63 De acordo com Érico Andrade, "Esse parece o sentido do disposto no art. 357, §2º, do CPC/2015, pois permite que as partes ajustem, em convenção processual, delimitação

das potencialidades do referido dispositivo ainda é incipiente na doutrina, mas os estudos já realizados demonstram a possibilidade de as partes, por meio de negócio jurídico processual, delimitarem o objeto litigioso do processo[64] e negociarem sobre as questões jurídicas relevantes para o processo[65], permitindo um debate mais aprimorado das teses jurídicas[66]. Caso a referida negociação venha a ser homologada, as partes e o juiz, em qualquer grau de jurisdição, estarão vinculados às escolhas de sentido pactuadas[67].

---

tanto para as partes como para o próprio juiz, quando homologar a convenção, e, com isso, teria o juiz de se ater, no momento da decisão, aos temas de direito delimitados pelas partes, impedindo-se, em tal caso, o exercício do poder de aplicar o direito de ofício ao caso, alterando a qualificação jurídica dada pelas partes (*iuria novit curia*)." ANDRADE, Érico. *Gestão processual flexível, colaborativa e proporcional*: cenários para implementação das novas tendências no CPC/2015. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. n. 76, pp. 183-212, jan./jun., 2020, p. 205, nota de rodapé n.º 71.

64 De acordo com Caroline Pomjé, "Evidentemente, tem-se a previsão, no art. 357, §2º, de um negócio processual típico por intermédio do qual as partes têm a oportunidade de delimitar as questões de direito e de fato objeto do processo, isto é, têm a oportunidade de delimitar o objeto litigioso via convenção processual (limitando, por conseguinte, a causa de pedir: os fatos e os fundamentos jurídicos)." POMJÉ, Caroline. *A mitigação da incidência do adágio iura novit curia em virtude das convenções processuais*: breve análise do art. 357, §2º, do novo Código de Processo Civil. Mimeografado, 2017, 16 p. Disponível em: <https://www.academia.edu/36794726/A_mitiga%C3%A7%C3%A3o_da_incid%C3%AAncia_do_ad%C3%A1gio_iura_novit_curia_em_virtude_das_conven%C3%A7%C3%B5es_processuais_breve_an%C3%A1lise_do_art_357_2o_do_novo_C%C3%B3digo_de_Processo_Civil>. Acesso em: 08 out. 2020.

65 De acordo com Cassio Scarpinella Bueno, "O §2.º do art. aceita que as partes apresentem ao magistrado 'delimitação consensual das questões de fato e de direito a que se referem os incisos II e IV' para homologação. Isto é, as partes podem chegar a um acordo sobre como conduzir a fase instrutória do processo, ajustando, entre si, sobre quais fatos a prova recairá, quais serão os meios de prova empregados para esclarecê-los e também sobre quais questões jurídicas são relevantes ao processo. Se homologada a proposta, estarão vinculados à delimitação as partes e também o juiz." BUENO, Cassio Scarpinella. Comentários ao artigo 357. *In*: CABRAL, Antônio do; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 564.

66 Conforme argumenta Cândido Rangel Dinamarco, "Ao delimitar as questões de direito relevantes para o julgamento que virá, o juiz estará propiciando um debate sobre as teses jurídicas pertinentes a essa temática, com o exame da lei, de sua interpretação doutrinária e jurisprudencial, dos conceitos, precedentes etc." DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil.* v. 3. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 652.

67 Para Humberto Theodoro Júnior, "Verificada a regularidade e a não ofensa à ordem pública, o juiz o homologará, e após isso a delimitação vinculará as partes e o juiz (art.

Não obstante a ampla aplicabilidade e a larga abrangência dessa negociação — decorrentes de sua atipicidade negocial —, se mostra necessário o estabelecimento de alguns limites, especialmente para que seja viabilizada a sua correta realização entre as partes e, posteriormente, homologação em juízo.

Nesse sentido, o primeiro limite imposto à realização de acordos de direito aplicável se refere à impossibilidade de contratualização do absurdo, ou seja, de impedir que o sentido atribuído ao direito se encontra completamente fora das margens da razoabilidade e da proporcionalidade ou mesmo que represente radical rompimento com a tradição jurídica brasileira construída sobre o direito, sem qualquer respaldo doutrinário, jurisprudencial ou consuetudinário[68]. O referido requisito deverá ser observado pelas partes quando da delimitação consensual das questões de direito e posteriormente poderá ser sindicado pelo juiz, a fim de homologá-lo ou não, oportunidade em que irá constatar se o negócio realizado entre as partes representa anomalia jurídica, o que implicaria julgamento com base em quimera jurídica[69]. Trata-se, no particular, de averiguar

357, §2º)." THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil - Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum.* v. 1. 57. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, 849.

De igual forma, Fredie Didier Jr. elucida que, "Homologado, o acordo se estabiliza e vincula as partes e o juiz, nos exatos termos em que vincula a decisão de saneamento e organização do processo proferida solitariamente pelo julgador. Essa vinculação estende-se a todos os graus de jurisdição, caso contrário não faria sentido; o propósito é estabilizar o processo dali em diante. Por isso, essa vinculação limita a profundidade do efeito devolutivo de futura apelação; somente as questões ali referidas serão devolvidas ao tribunal, caso seja interposta apelação." DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. v. 1. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 695.

68 Para Fredie Didier Jr., "Além de poder controlar a validade desse negócio jurídico processual, o que sempre lhe compete, pode o juiz não homologá-lo, caso não haja o mínimo de verossimilhança nos fatos consensualmente havidos como ocorridos. A necessidade de homologação serve exatamente para que não se imponha ao órgão julgador o dever de julgar com base em um absurdo." DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. v. 1. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 695.

69 Segundo Marcellus Polastri Lima e Luciano Souto Dias, "A exigência de homologação judicial será capaz de impedir eventuais tentativas de abuso do direito de autorregulamentação, com a previsão de atos ou diligências desnecessárias ou irrelevantes para nortear a decisão de mérito. Também permitirá o controle e a

a licitude e a possibilidade jurídicas do objeto contratado, enquanto requisito de validade de qualquer negócio jurídico[70].

O segundo limite imposto aos acordos de direito aplicável diz respeito à intangibilidade do valor da justiça na prestação da tutela jurisdicional. Isto porque, o ordenamento jurídico brasileiro incorporou o valor do justo como essencial à organização da sociedade brasileira[71]. A Constituição Federal elencou a justiça como valor supremo e como objetivo fundamental da sociedade republicana brasileira[72], bem como o Código de Processo Civil também prevê que

fiscalização por parte do juiz sobre os atos, resguardando a regularidade da própria relação jurídica processual." LIMA, Marcellus Polastri; DIAS, Luciano Souto. *Reflexões e proposições sobre a audiência de saneamento compartilhado no Código de processo civil de 2015.* Revista de processo *online*. v. 42, n. 268, p. 71–97, jun., 2017, p. 11.

70 Assim dispõe o Código Civil: "Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei." BRASIL. *Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.* Presidência da República. Secretaria-Geral. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 08 out. 2020.

71 De acordo com Luis Alberto Reichelt, "[...] a introdução e a definição do significado do direito ao processo justo na realidade processual civil brasileira resultam da fusão, ao longo do tempo, de elementos e influências oriundas de diversas tradições, as quais se sedimentaram e se agruparam dialeticamente, ensejando o surgimento de uma síntese projetada sob o céu da cultura dos direitos fundamentais. [...] Tudo isso evidencia, por fim, que é possível afirmar que o direito ao processo justo é, em si, um direito dotado de fundamentalidade material, sendo digna de reconhecimento a sua importância como resultado de uma construção histórico-cultural no contexto da realidade jurídica brasileira." REICHELT, Luis Alberto. *Sobre a fundamentalidade material do direito ao processo justo em perspectiva cível na realidade brasileira*: reflexões sobre uma dinâmica de consolidação histórico-cultural. Revista de Processo online, v. 43, n. 282, p. 67–89, ago., 2018, p. 09.

72 Confira os seguintes dispositivos constitucionais, os quais permitem a formulação dessa afirmativa: "Preâmbulo: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL." "Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;" "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo

o objetivo do processo é a obtenção, mediante cooperação de todos os sujeitos processuais, de decisões de mérito justas e efetivas[73]. O valor da justiça passa, portanto, a condicionar a compreensão e a estruturação do processo, bem como a própria prestação da tutela jurisdicional[74], motivo pelo qual não pode ser suplantado pelas negociações realizadas entre privados. Assim, eventuais acordos de direito aplicável que ofendam a prestação de tutela jurisdicional justa — ou seja, acordos que violem ou restrinjam os valores constitucionais de liberdade, de segurança, de bem-estar, de desenvolvimento, de igualdade, de fraternidade, do pluralismo e da erradicação dos preconceitos — devem ser rechaçados pelo juiz. Insista-se: o valor da justiça não pode ser atacado por qualquer tipo de convenção processual, sob pena de desvirtuamento da função estatal de prestação de tutela aos direitos.

O terceiro limite imposto às partes quando da realização dos acordos de direito aplicável diz respeito à disponibilidade e à derrogabilidade das questões de direito afetas à relação jurídica

legal;" BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Presidência da República. Secretaria-Geral. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08 out. 2020.

73 Assim dispõe o Código de Processo Civil: "Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva." BRASIL. *Código de Processo Civil. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Presidência da República. Secretaria-Geral. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 08 out. 2020.

74 De acordo com Humberto Theodoro Júnior, "Diante dessas ideias, o *processo justo*, em que se transformou o antigo *devido processo legal*, é o meio concreto de praticar o processo judicial delineado pela Constituição para assegurar o pleno acesso à justiça e a realização das garantias fundamentais traduzidas nos princípios da legalidade, liberdade e igualdade. Nesta ordem de ideias, o processo, para ser *justo*, nos moldes constitucionais do Estado Democrático de Direito, terá de consagrar, no plano procedimental: a) o direito de acesso à justiça; b) o direito de defesa; c) o contraditório e a paridade das armas (processuais entre as partes; d) a independência e a imparcialidade do juiz; e) a obrigatoriedade da motivação dos provimentos judiciais decisórios; f) a garantia de uma duração razoável, que proporcione um tempestiva tutela jurisdicional. No plano substancial, o processo justo deverá proporcionar a efetividade da tutela àquele a quem corresponda a situação jurídica amparada pelo direito aplicado à base de critérios valorizados pela equidade concebida, sobretudo à luz das garantias e dos princípios constitucionais." THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo justo e contraditório dinâmico*. Revista Magister de direito civil e processual civil, v. 6, n. 33, p. 5–18, nov./dez., 2009, p. 13-14.

deduzida em juízo. Isto porque, tratando-se de direitos que, por expressa afetação do ordenamento jurídico, possuam os atributos de indisponíveis ou de inderrogáveis, não será admissível, em nenhuma hipótese, a realização de acordos que restrinjam, limitam ou mesmo reduzam o seu conteúdo nuclear, que sempre permanecerá inatacável pela disposição de vontade das partes. Nessas situações, o juiz deverá interpretar e aplicar os direitos que ostentem conteúdo indisponível e inderrogável independentemente do acordo realizado entre as partes, que, nessas circunstâncias, não alcançará a chancela homologatória do Estado. O que se admite, por outro lado, é a delimitação consensual das questões de direito que, apesar de se encontrarem atreladas a direitos indisponíveis ou inderrogáveis, digam respeito, em verdade, às parcelas que admitem autocomposição[75] ou aos resultados patrimoniais obtidos com a aplicação compulsória desses direitos ao caso concreto[76]. Somente nessas margens específicas e devidamente

75 Conforme elucida Behlua Maffessoni, "[...] não é razoável inadmitir determinados ajustes processuais em demandas que envolvam direitos indisponíveis, desde que estes acordos não visem, por meios indiretos, dispor sobre o próprio direito material. Conclui-se que a indisponibilidade do direito material não configura óbice automático à realização de convenções processuais, razão pela qual, havendo possibilidade de autocomposição — ainda que mínima —, sobre o objeto litigioso, a negociação processual é admitida." MAFFESSONI, Behlua Ina Amaral. *Convenções processuais em matéria probatória e poderes instrutórios do juiz.* Belo Horizonte, 2020. 176 f. Dissertação (Mestrado em Direito) — Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2020, f. 84-85.

76 Érico Andrade e Gustavo Magalhães, ao tratarem sobre a possibilidade de adoção da arbitragem nos contratos firmados pela Administração Pública, assim esclarecem: "Com efeito, as normas inderrogáveis não podem ser afastadas pela vontade das partes, mas daí não decorre impedimento para dispor das situações jurídicas: uma vez aplicadas as normas inderrogáveis, o resultado da sua aplicação pode constituir direito disponível, de caráter patrimonial, e, por isso, arbitrável. Em outras palavras, as normas indisponíveis traduzem um limite ao poder negocial das partes, que não podem afastar a aplicação de tais normas, mas a aplicação antecedente de tais normas a uma situação concreta não impede a arbitragem, já que o resultado de tal aplicação pode traduzir direitos patrimoniais disponíveis. Assim, mesmo que a arbitragem envolva a aplicação de normas inderrogáveis, como comumente corre no campo do direito público, isso não significa que não seja possível a arbitragem em relação ao resultado, patrimonial, normalmente disponível, da aplicação de tais normas, até porque na arbitragem de direito (única admissível no âmbito da administração pública, afastada aqui a arbitragem por equidade), o árbitro tem o dever de aplicação das mesmas normas jurídicas que aplicaria o juiz estatal." ANDRADE, Érico; MAGALHÃES, Gustavo. *Arbitragem e administração pública*: limites e possibilidades de arbitrabilidade nos contratos de concessão (leis 8.987/1995 e 11.079/2004). Revista de

delimitadas é que se mostra admissível a negociação quanto às questões jurídicas referentes aos direitos indisponíveis e inderrogáveis.

Estabelecidos os limites genericamente impostos aos acordos de direito aplicável, cumpre, agora, apontar as possibilidades e as potencialidades desse instrumento negocial, especialmente à vista de suas implicações no processo civil brasileiro.

Os acordos de direito aplicável possuem distintas potencialidades e virtuosidades, especialmente a partir da abrangência do disposto no §2º do artigo 357 do CPC/15. Esse tipo de negociação pode ter função positiva ou negativa, ora ampliando e autorizando que a qualificação jurídica dos fatos se opere diante de certas balizas, ora restringindo ou desautorizando que o debate seja realizado a partir certas classificações jurídicas repudiadas pelas partes, respectivamente. Diante de sua abrangência, essa espécie negocial pode abranger, exemplificativamente: *i.* a especificação quantos aos estatutos jurídico-positivos aplicáveis ao caso; *ii.* a indicação dos dispositivos contidos nos estatutos jurídicos, a partir dos quais se pretende conduzir o debate do caso; *iii.* a descrição dos sentidos possíveis e mais adequados que poderão ser extraídos dos textos normativos, bem como os sentidos impossíveis e inadequados para a resolução da controvérsia; *iv.* a escolha das considerações teórico-doutrinárias mais apropriadas para orientar a solução do caso, bem como aquelas inapropriadas para tal finalidade; *v.* o preenchimento dos conteúdos normativos referente às regras, aos princípios, aos precedentes judiciais, às cláusulas gerais e aos conceitos jurídicos indeterminados; *v.* a certificação ou a fixação do sentido e da intepretação das cláusulas contratuais que comportem dúvidas quanto aos seus exatos limites obrigacionais. Em quaisquer dessas situações, tendo sido observados os limites impostos aos acordos de direito e homologada a negociação processual, o juiz, em qualquer grau de jurisdição, ficará vinculado à delimitação das questões de direito realizada pelas partes.

Constata-se, portanto, que o negócio jurídico para delimitação consensual das questões de direito — acordo de direito aplicável,

Arbitragem e Mediação *online*, vol. 65/2020, p. 83–125, Abr–Jun/2020, p. 04.

previsto no §2º do artigo 357 do CPC/15 — tem a função de viabilizar o exercício da autogestão normativa no processo civil, servindo de instrumento para o desempenho de verdadeiro gerenciamento da decisão judicial, na exata medida em que permite às partes participarem da qualificação jurídica dada aos fatos, outorgando sentido adequado ao direito, adaptando a decisão judicial às particularidades do caso e às necessidades do direito material e, especialmente, à vontade autonomamente manifestada no processo.

8. CONCLUSÃO

No ordenamento jurídico brasileiro, germinado a partir da matriz romano-canônica, identificada pela tradição de *civil law*, ao juiz sempre competiu, com exclusividade, determinar a base normativa para a resolução da controvérsia, dando qualificação jurídica aos fatos narrados pelas partes, por força do ofício jurisdicional desempenhado; diferentemente, nos ordenamentos jurídicos descendentes da matriz anglo-saxã, distinguida pela tradição de *common law*, o juiz sempre baseou sua decisão conforme o direito alegado pelas partes, ainda que pudesse suplantar a pesquisa quanto à legislação aplicável por iniciativa própria.

O direito da atualidade, fundado em bases consensuais e cooperativas, com valorização da autonomia negocial das partes, não se mostra compatível com atuações solitárias quanto ao conteúdo normativo produzido em sede do processo jurisdicional, razão pela qual não se admite nem aos sujeitos processuais e nem mesmo ao juiz desempenharem solitariamente as funções de pesquisa, de argumentação e de aplicação do direito. Ao contrário, deve ser compartilhada a produção e a concretização da norma ao caso concreto entre os sujeitos processuais, o que acaba por implicar a severa mitigação e a ressignificação do adágio *iura novit curia*, o qual, antes de representar qualquer permissão para a prática de autoritarismo semântico, quer demonstrar uma garantia de correta aplicação do direito à situação jurídica posta sob julgamento.

Nesse sentido, sobreleva-se a importância do direito fundamental das partes de contribuir para o processo de tomada de decisão, inclusive quanto à possibilidade de persuasão do juiz e também da parte adversária, de forma a alcançar consensos, ainda que parciais, sobre os sentidos possíveis do direito e o modo de sua aplicação para resolução da controvérsia. Em decorrência do princípio da cooperação processual, que estabelece virtuoso ligame entre o juiz e as partes, deve ser assegurado a todos os sujeitos que integram a relação jurídica processual participarem e serem ouvidos quanto à determinação da base jurídica aplicável ao caso.

Esse dever de oitiva das partes quanto às questões de direito também advém da necessidade de boa condução do processo e dos preceitos da gestão processual. Isto porque a gestão eficiente do processo somente poderá ser alcançada quando o direito que irá solucionar o caso — a par da discussão quanto ao procedimento a ser adotado — tenha sido previamente discutido pelas partes, com ampla possibilidade de influenciar os demais sujeitos do processo. A prática da gestão normativa do processo ideal requer ampla cooperação entre o juiz e as partes, produzindo resultados otimizados no que diz respeito à determinação do conteúdo normativo do processo e, especialmente, dos sentidos possíveis e impossíveis do direito.

Nesse sentido, pode-se afirmar que, devido à necessidade de se realizar verdadeira instrução e debates quanto ao conteúdo jurídico-semântico da legislação aplicável ao caso, é possível admitir que tais questões sejam apreendidas como carentes de *prova*, ou seja, dependentes da atividade argumentativa realizada entre as partes com o fim de ministrar ao juiz os elementos de convicção necessários ao julgamento, no caso específico, de elementos quanto às questões de direito relevantes para a decisão do mérito. Essa forma de instrução e de certificação normativa permite a adequada gestão do processo, na medida em que circunscreve a atuação normativa e permite que o juiz e seus auxiliares não dispensem tempo e recursos judiciários desnecessários.

Das considerações até então formuladas, podem ser retomadas as seguintes ideias, alçadas, agora, a título de conclusão do presente estudo:

i. o direito processual civil brasileiro não é mais o mesmo, tendo em vista que atualmente o fenômeno processual é invadido por ideias e por princípios que atestam a ocorrência de verdadeira revolução na processualística, se assentando em bases jurídicas formadas pela consensualidade, pela autonomia negocial e pela cooperação entre os sujeitos atuantes no processo;

ii. o direito de acesso à justiça, garantido em nível constitucional, e a justa composição da controvérsia, objetivo maior do processo, pressupõem a utilização proporcional dos recursos judiciários disponíveis para se resolver, em tempo razoável, tanto a massa dos processos em curso, globalmente considerados, quanto cada um desses processos, singularmente examinado;

iii. a gestão processual quer significar, abrangentemente, a atividade desenvolvida pelos sujeitos processuais, em regime de cooperação, na condução do processo, adaptando-o às particularidades do caso e às necessidades do direito material, bem como na utilização adequada e proporcional dos recursos judiciários, tanto em relação àquele processo individualmente examinado, quanto a todos os demais processos que integram o sistema de justiça, tendo por objetivo;

iv. o gerenciamento processual, para além de adequar e otimizar o formalismo do instrumento processual, também incide sobre a elaboração da decisão judicial, adaptando-a à vontade concertada dos sujeitos

processuais quanto à forma e aos limites da tutela jurisdicional, referentemente aos espaços de incerteza, de derrogabilidade e de disponibilidade dos direitos;

v. com a inserção da cooperação, da consensualidade e da valorização da autonomia negocial no direito processual, é possível justificar a autogestão da atividade normativa no processo civil, ou seja, a utilização de técnicas processuais que viabilizem a gerência da atividade jurisdicional referente à qualificação jurídica dos fatos pelos próprios sujeitos processuais, adaptando a decisão judicial às particularidades do caso, às necessidades do direito material e, especialmente, à vontade autonomamente manifestada no processo, o que, inclusive, irá refletir na utilização dos recursos judiciários dispendidos no processo de discussão, de elaboração e de prolação da decisão judicial;

vi. os acordos de direito aplicável se tratam de negociação que objetiva delimitar os sentidos possíveis e impossíveis do direito aplicável à determinada relação jurídica, autorizando a vinculação do ofício do juiz a certas balizas previamente estabelecidas pelas partes envolvidas em determinada controvérsia e viabilizando o gerenciamento da decisão judicial, que deverá ser proferida em consonância com os marcadores semântico-normativos indicados pelas partes;

vii. a quebra do monopólio da jurisdição quanto ao conhecimento sobre as questões de direito implica a severa mitigação das máximas *iura novit curia* e *da mihi factum, dabo tibi jus*, tendo em vista que não se pode admitir, num modelo de processo que se funda em bases cooperativas, que o órgão julgador detenha ampla e irrestrita liberdade para significar o direito;

viii. nos espaços de incerteza semântica se revela juridicamente possível que as partes contratualizem o sentido do direito, participando da escolha quanto ao significado mais adequado para a resolução daquela controvérsia, bem como vinculando o juiz quanto à base jurídica aplicável àquela relação jurídica apresentada em juízo;

ix. no ordenamento jurídico brasileiro, o consenso semântico-argumentativo e a autogestão normativa ingressam no processo civil por meio do negócio jurídico processual típico, regulamentado pela disposição contida no §2º do artigo 357 do CPC/15, o qual possui os seguintes limites:

a. a impossibilidade de contratualização do absurdo, impedindo que o sentido atribuído ao direito se encontre fora das margens da razoabilidade e da proporcionalidade ou mesmo que represente radical rompimento com a tradição jurídica brasileira construída sobre o direito, sem qualquer respaldo doutrinário, jurisprudencial ou consuetudinário;

b. a intangibilidade do valor da justiça na prestação da tutela jurisdicional, obstando que o justo seja suplantado pelas negociações realizadas entre privados, desvirtuando a função estatal de tutela aos direitos;

c. a disponibilidade e a derrogabilidade das questões de direito, tendo em vista que, referentemente àqueles direitos que possuam os atributos de indisponíveis ou de inderrogáveis, não é admissível a realização de acordos que restrinjam, limitam ou reduzam o seu conteúdo nuclear, que sempre permanecerá inatacável pela disposição de vontade das parte;

d. o que se admite é a delimitação consensual das questões de direito que, apesar de se encontrarem atreladas a direitos indisponíveis ou inderrogáveis, digam respeito, em verdade, às parcelas que admitem autocomposição ou aos resultados patrimoniais obtidos com a aplicação compulsória desses direitos ao caso concreto;
e. esse tipo de negociação tem função positiva ou negativa, ora ampliando e autorizando que a qualificação jurídica dos fatos se opere diante de certas balizas, ora restringindo ou desautorizando que o debate seja realizado a partir certas classificações jurídicas repudiadas pelas partes;

Resta demonstrado, assim, que as partes podem realizar a autogestão do provimento jurisdicional, razão pela qual devem ser consideradas capazes de realizar acordos quanto ao direito aplicável ao caso, a partir dos referenciais textuais normativos contidos no ordenamento jurídico, quais sejam, as regras de direito, os princípios jurídicos, a legislação positivada e os precedentes judiciais, ressalvando-se, excepcionalmente, os acordos que criem hipóteses absurdas, a necessidade de preservação do valor da justiça e, ainda, a esfera de indisponibilidade e de inderrogabilidade dos direitos.

9. REFERÊNCIAS

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica.* Revista de informação legislativa. referência: v. 26, n. 102, p. 207–230, abr./jun., 1989.

ANDRADE, Érico. A "contratualização do processo". *In*: THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo civil brasileiro*: novos rumos a partir do CPC/2015. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

ANDRADE, Érico. *Gestão processual flexível, colaborativa e proporcional*: cenários para implementação das novas tendências no

CPC/2015. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. n. 76, pp. 183-212, jan./jun., 2020.

ANDRADE, Érico; MAGALHÃES, Gustavo. *Arbitragem e administração pública*: limites e possibilidades de arbitrabilidade nos contratos de concessão (leis 8.987/1995 e 11.079/2004). Revista de Arbitragem e Mediação *online*, vol. 65/2020, p. 83–125, Abr–Jun/2020.

ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores*: Precedentes no direito brasileiro. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de. *Precedentes vinculantes em recursos extraordinários e especial repetitivos*. Belo Horizonte, 2016. 296 f. Dissertação (Mestrado em Direito) — Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016.

BETTI, Emilio. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*: teoria generale e dogmatica. Milano: Dott. A. Giuffre, 1949.

BOZZI, Lucia. *Negozio di accertamento ed effetti (non) "meramente dichiarativi"*. Rivista di diritto civile. Imprenta: Padova, A. Milani, 1955. Referência: v. 55, n. 2, p. 201–213, mar./apr., 2009.

BRASIL. *Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Presidência da República. Secretaria-Geral. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 06 out. 2020.

BRASIL. *Código de Processo Civil. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Presidência da República. Secretaria-Geral. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 02 out. 2020.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Presidência da República. Secretaria-Geral. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08 out. 2020.

BRASIL. *Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019*. Presidência da República. Secretaria-Geral. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9830.htm>. Acesso em: 06 out. 2020.

BRASIL. *Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Presidência da República. Secretaria-Geral. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em: 06 out. 2020.

BRASIL. *Lei nº 13.460, de 26 de junho de 2017*. Presidência da República. Secretaria-Geral. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13460.htm>. Acesso em: 30 set. 2019.

BUENO, Cassio Scarpinella. Comentários ao artigo 357. *In*: CABRAL, Antônio do; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro: Forense, 2015.

CABRAL, Antonio do Passo. *Negócio de certificação (parte I)*: introdução, objeto e limites. Texto mimeografado, 2020, no prelo, texto gentilmente cedido pelo autor.

CADIET, Loic. *Perspectivas sobre o sistema da justiça civil francesa*: seis lições brasileiras. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

CAPONI, Remo. *Autonomia privata e processo civile*: gli accordi processuali. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile. Imprenta: Milano, A. Giuffre, Referência: v. 62, n. 3, p. 99–119, sett., 2008.

CAPONI, Remo. *Il principio di proporzionalità nella giustizia civile*: prime note sistematiche. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile. Milano, A. Giuffre, v. 65, n. 2, p. 389–406, giugno, 2011.

CAPONI, Remo. *Rigidez e flexibilidade do processo ordinário de cognição*. Revista Eletrônica de Direito Processual — REDP, ano 10, v. 17, n. 2, p. 531-549, jul./dez., 2016.

CHATEAUBRIAND FILHO, Hindemburgo. *Negócio de acertamento*: uma abordagem histórico-dogmática. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CIARAMELLI, Fabio. *Consenso sociale e legittimazione giuridica*: lezioni di filosofia del diritto, Torino: G. Giappichelli Editore, 2013.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e tecnica del "giusto processo"*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2004.

COSTA E SILVA, Paula. *Legalidade das formas de processo e gestão processual ou as duas faces de Janus*. Revista trabalhista: direito e processo, São Paulo, LTr., v. 10, n. 38, p. 39–50, maio/jun., 2011.

D'ANDREA, Stefano. *Sul problema del negozio atipico di accertamento*. Rivista di diritto civile. Imprenta: Padova, A. Milani, v. 46, n. 1, p. 31–62, genn./febbr., 2000.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. v. 1. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil.* v. 3. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

DI TILLIO, Maria. *Il negozio di accertamento*. Giustizia civile: rivista mensile di giurisprudenza. Milano, Dott. a. Giuffrè, v. 36, n. 11, p. 411–422, nov., 1986.

DOMIT, Otávio Augusto Dal Molin. *Iura novit curia e causa de pedir*: o juiz e a qualificação jurídica dos fatos no processo civil brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ELI-UNIDROIT. *From transnational principles to european rules of civil procedure*: model european rules of civil procedure. Disponível: <https://www.unidroit.org/work-in-progress-eli-unidroit-european-rules>. Acesso em: 02 out. 2020.

FRANÇA. *Code de procédure civile*. Paris: Congrès Français, 1976. Disponível: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070716>. Acesso em: 02 out. 2020.

FRANCO, Marcelo Veiga. *O gerenciamento processual como técnica cooperativa de estímulo aos meios consensuais de solução de conflitos*: estudo comparativo entre os modelos inglês, estadunidense e brasileiro. Revista de processo, 2020, no prelo, texto gentilmente cedido pelo autor.

FRANCO, Marcelo Veiga. *Dimensão dinâmica do contraditório, fundamentação decisória e conotação ética do processo justo*: breve reflexão sobre o art. 489, §1.º, IV, do novo CPC. Revista de processo online, v. 40, n. 247, p. 105–136, set., 2015.

GONÇALVES, Gláucio Ferreira Maciel; BRITO, Thiago Carlos de Souza. *Gerenciamento dos processos judiciais*: notas sobre a experiência processual civil na Inglaterra pós-codificação. Revista da Faculdade

de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. n. 66, pp. 291-326, jan./jun., 2015.

GROSSI, Paolo. *Sulla odierna "incertezza" del diritto*. Giustizia civile: rivista mensile di giurisprudenza. Milano, Dott. a. Giuffrè, v. 64, n. 4, p. 921–955, apr., 2014.

HABERMAS, Jürgen. *Teoria do agir comunicativo*: racionalidade da ação e racionalização social. v. 01. Trad. Paulo Astor Soethe. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

HABERMAS, Jürgen. *Teoria do agir comunicativo*: sobre a crítica da razão funcionalista. v. 02. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

IRTI, Natalino. *Un diritto incalcolabile*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2016.

JAYME, Fernando Gonzaga; MAIA, Renata Christiana Vieira; VARGAS, Cirilo Augusto. *Da decisão-surpresa no Processo Civil*. Revista da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais. v. 4, n. 5, p. 235–257, maio de 2020.

LIMA, Marcellus Polastri; DIAS, Luciano Souto. *Reflexões e proposições sobre a audiência de saneamento compartilhado no Código de processo civil de 2015*. Revista de processo *online*. v. 42, n. 268, p. 71–97, jun., 2017.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito.* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Globo, 1933.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Iura novit curia*: a máxima e o mito. Salvador: Juspodivm, 2020.

MAFFESSONI, Behlua Ina Amaral. *Convenções processuais em matéria probatória e poderes instrutórios do juiz.* Belo Horizonte, 2020. 176 f. Dissertação (Mestrado em Direito) — Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2020.

MITIDIERO, Daniel Francisco. *Colaboração no processo civil*: do modelo ao princípio. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito*: introdução à teoria e metódica estruturantes. Vários tradutores. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2012.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional.* Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile.* 6. ed. Napoli: Jovene Editore, 2014.

POMJÉ, Caroline. *A mitigação da incidência do adágio iura novit curia em virtude das convenções processuais*: breve análise do art. 357, §2º, do novo Código de Processo Civil. Mimeografado, 2017, 16 p. Disponível em: <https://www.academia.edu/36794726/A_mitiga%C3%A7%C3%A3o_da_incid%C3%AAncia_do_ad%C3%A1gio_iura_novit_curia_em_virtude_das_conven%C3%A7%C3%B5es_processuais_breve_an%C3%A1lise_do_art_357_2o_do_novo_C%C3%B3digo_de_Processo_Civil>. Acesso em: 08 out. 2020.

REICHELT, Luis Alberto. *Sobre a fundamentalidade material do direito ao processo justo em perspectiva cível na realidade brasileira*: reflexões sobre uma dinâmica de consolidação histórico-cultural. Revista de Processo online, v. 43, n. 282, p. 67–89, ago., 2018.

SANCHES, Sydney. *Objeto do processo e objeto litigioso do processo*. Revista de processo, v. 4, n. 13, p. 31–47, jan./mar., 1979.

SILVA, Paulo Eduardo da. *Gerenciamento de processos judiciais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

STRUCHINER, Noel. *Direito e Linguagem*: Uma análise da Textura Aberta da Linguagem e sua Aplicação ao Direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. Trad. Daniel Mitidiero; Rafael Abreu; Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil — Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. vol. I. 57. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo justo e contraditório dinâmico.* Revista Magister de direito civil e processual civil, v. 6, n. 33, p. 5–18, nov./dez., 2009.

VIOLA, Francesco; ZACCARIA, Giuseppe. *Diritto e interpretazione*: lineamenti di teoria ermeneutica del diritto. 9. ed. Roma: Laterza, 2016.

VOGT, Fernanda Costa. *Cognição do juiz no processo civil*: flexibilidade e dinamismo dos fenômenos cognitivos. Salvador: Juspodivm, 2021.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite*: legge, diritti, giustizia. Nuova edizione. Torino: Einaudi Contemporanea, 2018.

SEGUNDA PARTE
— Estudos comparados sobre Gestão Processual —

A REFORMA DO PROCESSO CIVIL FRANCÊS DE 2019: análise das mudanças da Lei francesa nº 222/2019 e do Decreto nº 1.333/19 no direito processual civil francês.

Alexandre Rodrigues de Sousa
Mestre em Direito pela UFMG. Advogado. rsousa.alexandre@gmail.com.

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo apresentar as principais reformas operadas no direito processual civil francês pela Lei nº 222, de 23 de março de 2019 e pelo Decreto 1.333, de 11 de dezembro de 2019, realizando, na sequência, uma análise sobre estas mudanças considerando o contexto prévio à elaboração das normas e os objetivos por ela almejados. Por fim, o artigo discute se as mudanças podem ser consideradas modelos de aprendizado para o direito processual civil brasileiro.

Palavras chave: direito processual civil; direito comparado; direito francês; direito processual civil francês, direito processual civil comparado.

Sumário: 1. Introdução: o contexto pré-reforma no direito processual francês; 2. Principais modificações no direito processual civil francês pela Lei nº 222/2019: um gerenciamento fora do processo; 2.1. Reorganização Judiciária; 2.2. Publicidade dos atos decisórios: o polêmico artigo 33 da Lei nº 222/2019; 2.3. Incentivos à modernização; 3. Principais modificações pelo Decreto 1.333/19: aprimoramentos da gestão dentro do processo; 3.1. Fortalecimento dos meios consensuais de resolução de conflitos; 3.2. Fortalecimento do *juge de la mise en état*; 3.3. Princípio da execução provisória; 4. Síntese conclusiva: o que podemos aprender com a recente reforma no direito francês?; Referências.

1. INTRODUÇÃO: O CONTEXTO PRÉ-REFORMA NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL FRANCÊS

Em 23 de março de 2019, foi promulgada a Lei nº 222/2019, norma responsável pela programação do sistema judiciário francês para o quadriênio 2019/2022, e que apresentou reformas relevantes no sistema de justiça francês, incluindo não só o direito processual civil, como também o direito processual penal e a execução da pena.

Embora com abordagem em termos tão amplos, a reforma apresentou como objetivos centrais, nas palavras da Ministra da Justiça Nicole Belloubet, "[s]implificar e tornar mais claros os procedimentos, reorientar o juiz à sua função principal, manter e até fortalecer a proximidade e a qualidade da justiça (...)"[1]. A lei assegurou, ainda, um aumento de orçamento para o sistema de justiça no montante de 25% nos cinco anos subsequentes, contabilizando um total de 1.6 bilhões de euros, majoração que busca assegurar o cumprimento das medidas de inovação proposta pela legislação.

A norma é fruto de um projeto iniciado pelo governo francês em 2017, cujo objetivo cingia-se a "restaurar a confiança dos cidadãos na nossa justiça"[2]. Para consecução deste objetivo, foi designada a elaboração de cinco projetos que organizariam as alterações legislativas, denominados *Chantiers de la justice*, relativos aos seguintes temas: (i) transformação digital; (ii) melhorar e simplificar o processo penal; (iii) melhorar e simplificar o processo civil; (iv) adaptação e organização judiciária e (v) o significado e a eficácia das penas[3].

Ao se analisar o relatório responsável pelo projeto de melhoria e simplificação do processo civil, elaborado pela Presidenta do então

1 "Simplifier et clarifier les procédures, recentrer le juge sur sa fonction première, maintenir et même renforcer la proximité et la qualité de la Justice mieux proteger les victimes, lutter contre la délinquance du quotidien, prévenir la récidive : les ambitions traduites par cette réforme sont réelles.". MINISTÈRE DE LA JUSTICE. *Loi de programmation 2018-2022 et reforme pour le justice.* Doisser de presse, 2019, p. 1.

2 Disponível em: https://www.gouvernement.fr/action/les-cinq-chantiers-de-la-justice. Acesso em 03 de outubro de 2020.

3 Disponível em: https://www.gouvernement.fr/action/les-cinq-chantiers-de-la-justice. Acesso em 03 de outubro de 2020.

Tribunal de Grande Instância Frédérique Agostini e pelo Professor da Université Panthéon, Assas Nicolas Molfessis, nota-se desde já uma similaridade dos problemas identificados no sistema de justiça civil francesa e os problemas vividos no Brasil.

Dentre as dificuldades cujo projeto buscou solucionar, os autores citam a lentidão da atividade jurisdicional, a falta de clareza quanto às formas de acesso pelo jurisdicionado e dificuldade de compreensão das decisões.[4] Além disso, os autores também destacam que a existência de um "empilhamento de reformas [legislativas] impossibilitou, sem dúvida, a possibilidade de se olhar o procedimento na sua totalidade, como se preferíssemos cuidar ocasionalmente de uma doença claramente generalizada"[5].

Não só para resolver problemas existentes, o relatório se propõe a regular questões ainda definidas como incipientes pelos autores, notadamente a transferência dos processos para meio digital e a utilização de métodos online de solução de disputas. O relatório ressalta que a crescente oferta de serviços de soluções de disputa privados tendem a retirar o interesse no sistema de justiça estatal, o qual correria o risco de perder seu protagonismo e sua importância na pacificação social.[6]

4 "Lenteurs, dysfonctionnements, moyens insuffisants, inaccessibilité des tribunaux, voire, selon certains, inintelligibilité des décisions, mal-être des personnels, les critiques sont nombreuses et avec elles des maux dont la permanence marque l'impuissance des pouvoirs publics à trouver les solutions adaptées. AGOSTINI, Frédérique; MOLFESSIS, Nicolas. *Amélioration et simplification de la procédure civile*. França: Ministério da Justiça, 2018, p. 6.

5 Un mode d'emploi qui ne permet pas le fonctionnement harmonieux des rouages en place. L'empilement des réformes a d'ailleurs sans doute empêché de regarder la procédure dans sa globalité, comme si l'on préférait apporter des soins ponctuels à un mal clairement généralisé.". *Ibidem*, p. 7.

6 "Se résigner serait d'ailleurs abdiquer. La justice, du moins celle que l'on connaît encore aujourd'hui, doit désormais faire face à des évolutions qui pourraient bien, si elle n'y prenait garde, conduire à sa perte. Elle va rapidement être confrontée, si ce n'est déjà le cas, à une offre croissante de services d'origine privée visant au règlement des litiges. Nombre de sites internet commencent déjà à lui faire concurrence, sous des formes diverses. Il n'est d'ailleurs plus besoin d'être visionnaire pour comprendre que les différends, de plus en plus, pourront se régler sans tribunaux et sans magistrats, et donc sans l'État.". *Ibidem*., p. 7.

Conforme se verá adiante, as sugestões deste relatório foram o norte não só para as alterações apresentadas pela Lei nº 222/2019, que se apresentam como direcionadas à estrutura da organização judiciária e aos métodos de acionamento do sistema de justiça civil, como também para o o Decreto 1.333/19, que alterou diversos dispositivos do Código de Processo Civil Francês (CPC francês) e deu concretude às modificações propostas pela lei em questão.

Tendo em vista a similaridade dos problemas vividos entre França e Brasil, o presente artigo pretende apresentar uma análise panorâmica de parte das alterações apresentadas pela Lei nº 222/2019 e pelo Decreto 1.333/19, avaliando a reação da doutrina francesa sobre as mudanças e, ainda, o que pode ser aprendido e aproveitado das opções tomadas pelo legislador francês para o processo civil brasileiro.

A presente pesquisa, portanto, adotará a vertente dogmático-jurídica[7] para relatar e analisar o direito processual francês e as mudanças legislativas citadas, assim como a pesquisa jurídico-comparativa[8] para avaliar eventuais similaridades ou diferenças entre as alterações legislativas ocorridas na França e o direito processual civil brasileiro, notadamente as alterações apresentadas pelo Código de Processo Civil de 2015 (CPC).

2. PRINCIPAIS MODIFICAÇÕES NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL FRANCÊS PELA LEI Nº 222/2019: UM GERENCIAMENTO FORA DO PROCESSO

2.1 Reorganização Judiciária

Uma primeira mudança que merece destaque consiste na reorganização do sistema judiciário cível.

Originalmente, a justiça comum francesa era dividida entre o Tribunal de Instância e o Tribunal de Grande Instância. Em termos

7 GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca; *(Re)Pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 5 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Almedina, 2020, p.66.

8 *Ibid.*, p. 83.

simples, a competência entre os dois tribunais se diferenciava em razão do valor (demandas cujo conteúdo econômico se limitava a 10.000 euros eram direcionados ao Tribunal de Instância, e os processos com valores maiores ao Tribunal de Grande Instância) e da complexidade dos conflitos (ao Tribunal de Instância eram destinados processos da vida cotidiana, como ações de cobrança, conflitos de vizinhança, indenização por ato ilícito, conflitos relacionados ao direito do trabalho e locação residencial, etc., enquanto o Tribunal de Grande Instância recebia conflitos mais complexos, como nacionalidade, estado e capacidade das pessoas, conflitos imobiliários, sucessão, dentre outros).

A Lei nº 222/2019 alterou o artigo 211 do Código de Organização Judiciária (LOJ) francês e criou o chamado *Tribunal Judiciaire*, que cumula a competência dos dois órgãos anteriores em matérias cível e penal. O artigo 211, alínea 3 da LOJ indica que o Tribunal Judiciário possui competência para conhecer de todas as matérias cíveis e comerciais de forma residual, isto é, para aquelas em que não há uma competência específica em razão da matéria prevista em lei[9].

A ideia de unificação dos tribunais para criação um único tribunal com competência residual já era discutida na França. Merece destaque, nesse sentido, breve artigo publicado em 2017 pelo Primeiro Presidente da Corte de CassaçãoBertrand Louvel, no qual define como obsoleta a competência dos tribunais de instância, impedindo que o tribunal assumisse novos conflitos de caráter local, que era sua atividade primordial.[10]

9 Article 211-3. Le tribunal judiciaire connaît de toutes les affaires civiles et commerciales pour lesquelles compétence n'est pas attribuée, en raison de la nature de la demande, à une autre juridiction.

10 "On peut déplorer que le tribunal d'instance, auquel on n'a pas su transmettre les nouveaux contentieux de proximité (famille et délits les moins graves, notamment), et que l'on a dépouillé de plus anciens (départition prud'homale, tutelles des mineurs), soit aujourd'hui devenu ainsi une juridiction largement obsolète. Mais les subtilités fréquentes des affaires souvent difficiles qu'il traite ne justifient pas que celles-ci soient séparées du contentieux général. C'est en réalité la question de l'adaptation des sites judiciaires aux vastes contentieux de proximité de notre époque qui est posée aujourd'hui, à travers la création de sites dédiés à la place des tribunaux d'instance.". LOUVEL, Bertrand. Pour l'unité de Tribunal. *Cour de Cassation*, 2017. Disponível em: https://www.courdecassation.fr/IMG///Tribune_Pour_l_unite_de_tribunal_.pdf. Aces-

A mudança, contudo, não se resume à uma alteração formal na organização judiciária. A lei permite que os tribunais judiciários criem as chamadas *chambres de proximité,* as quais se situam fora da sede do tribunal e terão sua competência definida em decreto, com direito à uma competência suplementar conforme eventuais necessidades (art. 212, alínea 8)[11].

Além disso, a reorganização do Tribunal Judiciário visa a garantir uma maior flexibilização na alocação de servidores e magistrados, significando uma maior abertura na gestão dos recursos humanos do órgão. Por outro lado, a doutrina também reconhece que essa melhoria na gestão não significa, necessariamente, uma ampliação dos julgamentos colegiados em primeira instância. Ao contrário: na medida em que é possível a instauração de procedimento para julgamento em juiz único, salvo nos casos de estado de pessoas, direito família e proteção de incapazes (art. 212-2), o que se verifica é um risco de redução nos julgamentos colegiados.[12]

Outra novidade apresentada pela reforma diz respeito à criação de departamentos especializados em determinados tipos de conflitos, sobretudo de natureza técnica. Na nova redação do art. 211, alínea 9 do

---

so em 04 de outubro de 2020.

11 Art. 211-8. Le tribunal judiciaire peut comprendre, en dehors de son siège, des chambres de proximité dénommées "tribunaux de proximité", dont le siège et le ressort ainsi que les compétences matérielles sont fixées par décret.
Ces chambres peuvent se voir attribuer, dans les limites de leur ressort, des compétences matérielles supplémentaires, par une décision conjointe du premier président de la cour d'appel et du procureur général près cette cour, après avis des chefs de juridiction et consultation du conseil de juridiction concernés.

12 "La réorganisation de la juridiction du premier degré doit permettre une mutualisation des effectifs de magistrats et des personnels de greffe. Il est attendu une plus grande souplesse de gestion des ressources humaines (6). Il n'est pas certain que la mutualisation des effectifs favorise le jugement des affaires en collégialité. En effet, la collégialité ne sera imposée que « dans les matières disciplinaires ou relatives à l'état des personnes, sous réserve des dispositions particulières aux matières de la compétence du juge aux affaires familiales et du juge des contentieux de la protection mentionné à l'art. L. 213-4-1 » (COJ, art. L. 212-1, al. 2). En outre, lorsque le juge statuera à juge unique, le renvoi à la formation collégiale ne pourra être décidé que « dans les cas prévus par décret en Conseil d'État » (COJ, art. L. 212-2). Une restriction du domaine de la collégialité est donc à craindre.". EUDIER, Frédérique. Les dispositions de procédure civile de la loi du 23 mars 2019. *AJ Famille.* Paris: Dalloz, 2019, p. 323.

COJ[13], é possível que, quando existam mais de um tribunal judiciário dentro de um mesmo departamento (ou em departamentos diferentes mas com proximidade geográfica), os dois tribunais se organizem para um deles assuma competência exclusiva, pensada inclusive para destinar um tribunal ao julgamento de conflitos que tenham maior complexidade, ainda que um menor volume[14].

Esta ideia também é percebida no relatório apresentado por Frédérique Agostini e Nicolas Molfessis, no qual a ideia de unificação

13 Art. 211-9-3. I. - Lorsqu'il existe plusieurs tribunaux judiciaires dans un même département, ils peuvent être spécialement désignés par décret pour connaître seuls, dans l'ensemble de ce département :
1° De certaines des matières civiles dont la liste est déterminée par décret en Conseil d'Etat, en tenant compte du volume des affaires concernées et de la technicité de ces matières ;
2° De certains délits et contraventions dont la liste est déterminée par décret en Conseil d'Etat, en tenant compte du volume des affaires concernées et de la technicité de ces matières. Cette liste ne peut comporter les délits mentionnés à l'article 398-1 du code de procédure pénale, à l'exception des délits prévus par le code du travail, le code de l'action sociale et des familles, le code de la sécurité sociale, la législation sociale des transports, le code de l'environnement, le code rural et de la pêche maritime, le code forestier, le code minier, le code de l'urbanisme, le code de la consommation, le code de la propriété intellectuelle, le code de la construction et de l'habitation et l'article L. 1337-4 du code de la santé publique.
Il peut être saisi des infractions connexes aux délits et contraventions mentionnés au 2° du présent I.
II. - Pour la mise en œuvre du I, le premier président de la cour d'appel et le procureur général près cette cour peuvent proposer la désignation de tribunaux de leur ressort après avis des chefs de juridiction et consultation des conseils de juridiction concernés.
III. - A titre exceptionnel, le I peut s'appliquer à des tribunaux judiciaires situés dans deux départements différents lorsque leur proximité géographique et les spécificités territoriales le justifient.
IV. - Pour la mise en œuvre du III, le premier président de la cour d'appel et le procureur général près cette cour peuvent proposer la désignation de tribunaux de leur ressort situés dans deux départements différents, en identifiant les spécificités territoriales mentionnées au même III, après avis des chefs de juridiction et consultation des conseils de juridiction concernés.

14 Nesse sentido é o Relatório da Assembleia Nacional sobre o texto da lei, de 9 de novembro de 2018: "Cette spécialisation revêt un caractère facultatif et implique le consensus des chefs de cours et de juridiction. Elle concernerait notamment les contentieux civils techniques présentant un faible volume d'affaires et une certaine complexité. Il s'agit d'un levier d'action qui permettra d'effectuer des regroupements de contentieux pertinents à l'initiative des acteurs de terrain, afin d'améliorer le traitement de certains litiges selon les réalités judiciaires afférentes à chaque département." (p. 522). FRANÇA, Assemblé Nationale. *Rapport nº 1396 et 1397, enrigestré 9 novembre 2018.* Disponível em: http://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/rapports/cion_lois/l15b1396-t1_rapport-fond.pdf. Acesso em 04 de outubro de 2020.

do tribunal é garantir os recursos existentes em ambos os tribunais e redistribuí-los conforme a necessidade específica de cada região e a natureza dos conflitos apresentados, com atenção inclusive aos litígios que apresentem maior complexidade e que exigem alguma especialização, ainda que em menor número.[15] Não há dúvidas quanto a validade desta ideia, que busca ir além de uma distribuição numérica de processos em diferentes juízos como forma de garantir a qualidade na prestação jurisdicional. Ao permitir a concentração de processos de ordem mais complexa em determinados órgãos do Tribunal Judiciário, a França apresenta uma forma mais inteligente de tratar a litigiosidade apresentada a seu sistema de justiça civil. O desafio é, contudo, saber como definir e rotular a complexidade dos conflitos, bem como assegurar uma distribuição equânime de trabalho entre os magistrados sem se utilizar apenas do critério da quantidade de processos.

Em uma análise panorâmica, depreende-se da reforma operada na organização judiciária francesa uma ideia de unificação não no sentido de padronização dos procedimentos, mas na vertente de aplicação harmônica dos recursos disponíveis pelo Judiciário aos contornos atuais de litigiosidade enfrentados na esfera cível – medida que se alicerça em uma visão mais moderna sobre a gestão eficiente do processo civil e do que se considera duração razoável do processo[16].

15 "Le regroupement de juridictions permettrait à cellesci d'atteindre une taille critique, et ainsi de répondre aux difficultés de traitement de contentieux appelant une certaine spécialisation, et de bénéficier de essources matérielles et humaines suffisantes. La taille des juridictions ainsi créées rendra possible l'organisation de la collégialité, et la création d'équipes de greffiers et de juristes assistants autour du juge, renforçant ainsi leur attractivité. Elle permettra d'affecter des magistrats d'expérience, juristes de qualité, à même d'animer des services civils ainsi revalorisés.". AGOSTINI, Frédérique; MOLFESSIS, Nicolas. *Op. cit.,* p. 15.

16 "Noutras palavras, considerada a massa de processos em curso perante o sistema, a duração razoável vai incidir sobre a forma de gerir a melhor distribuição dos recursos, considerando a aplicação a partir de cada processo, mas sempre relacionada ao conjunto de processos em curso, a fim de se buscar a obtenção da melhor da gestão possível da distribuição dos finitos recursos judiciais. Com isso, a duração razoável também se coliga com o chamado princípio de proporcionalidade na aplicação dos recursos estatais, extraído da matriz europeia, e se encarta na nova compreensão da justiça como serviço público, atuando diretamente em prol da maior eficiência do sistema justiça.". ANDRADE, Érico. Gestão processual flexível, colaborativa e

Ao invés de simplesmente reformar a competência do Tribunal de Instância, a legislação buscou a unificação justamente para ampliar a liberdade de gestão de cada Tribunal Judiciário, até mesmo para permitir uma separação em departamentos que cuidem de casos complexos, mesmo que assumam um número de processos menor que o de outra áreas.

Trata-se, portanto, de uma mudança que tende a buscar os objetivos da chamada boa administração da justiça, reconhecida no direito francês e que busca o constante equilíbrio entre a eficiência da justiça e o princípio da equidade, que se baseia na pressuposição do sistema de justiça como um serviço público, cujo funcionamento depende de um volume limitado de recursos de natureza estatal. O importante, todavia, é assegurar que a gestão não se sobreponha à justiça, isto é, não se torne a única forma de avaliar a qualidade da justiça, tornando-a numérica e distante do jurisdicionado. Nesse sentido, leciona Loïc Cadiet:

> Deve-se mesmo afirmar que a gestão dos meios de justiça, como a gestão dos meios de todo serviço público, deve ser eficaz, uma vez que os meios da justiça vêm do orçamento da nação, isto é, dos impostos pagos pelos cidadãos, o que significa duas coisas: primeiro, que o orçamento da justiça não é extensível, sobretudo em período de austeridade; segundo, que se deve prestar contas da boa utilização dos recursos públicos, o que participa da declaração dos direitos do homem e do cidadão, especialmente dos artigos 14 e 15 (...). O problema aparece quando a busca da efetividade se torna a referência exclusiva a partir da qual se mede a qualidade da justiça – de meio, a eficácia torna-

proporcional: cenários para implementação das novas tendências no CPC/2015. *Rev. Fac. Direito UFMG*, n. 76, jan/jun 2020, pp. 190-191.

> se então finalidade. E exatamente isso que não é admissível.[17]

Não há dúvidas de que a reforma de organização judiciária aparenta atender à ideia de uma gestão eficiente dos recursos, permitindo uma maior flexibilização dentro do órgão judiciário e garantindo, assim, uma maior efetividade na tutela da prestação jurisdicional. O desafio francês será avaliar se essas mudanças asseguraram esse resultado e garantir, sobretudo, que uma análise apenas numérica seja considerada para avaliar a melhoria na qualidade da prestação jurisdicional – problema comumente apresentado no Brasil.

2.2 Publicidade dos atos decisórios: o polêmico artigo 33 da Lei nº 222/2019

Outra relevante inserção na reforma processual realizada pela Lei nº 222/2019 diz respeito à publicidade das decisões judiciais, através de seu polêmico artigo 33.

Dotado de diversas alíneas e uma redação relativamente confusa, o dispositivo altera diversas leis francesas, de modo que se dará foco aqui apenas à inserção do art. 111, alínea 13 do Código de Organização Judiciária[18]. Neste, tem-se a criação de três regras básicas

17 CADIET, Loïc. *Perspectivas sobre o Sistema da Justiça Civil Francesa – Seis Lições Brasileiras*. 1ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 72.

18 Article 111-13. Sous réserve des dispositions particulières qui régissent l'accès aux décisions de justice et leur publicité, les décisions rendues par les juridictions judiciaires sont mises à la disposition du public à titre gratuit sous forme électronique. Les nom et prénoms des personnes physiques mentionnées dans la décision, lorsqu'elles sont parties ou tiers, sont occultés préalablement à la mise à la disposition du public. Lorsque sa divulgation est de nature à porter atteinte à la sécurité ou au respect de la vie privée de ces personnes ou de leur entourage, est également occulté tout élément permettant d'identifier les parties, les tiers, les magistrats et les membres du greffe. Les données d'identité des magistrats et des membres du greffe ne peuvent faire l'objet d'une réutilisation ayant pour objet ou pour effet d'évaluer, d'analyser, de comparer ou de prédire leurs pratiques professionnelles réelles ou supposées. La violation de cette interdiction est punie des peines prévues aux articles 226-18,226-24 et 226-31 du code pénal, sans préjudice des mesures et sanctions prévues par la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

sobre a publicidade das decisões judiciais e sua relação com o direito à privacidade.

Primeiro, assegura-se ao jurisdicionado a publicidade das decisões judiciais e seu acesso eletrônico de forma gratuita, "sob reserva de disposições específicas que regulem o acesso e a publicidade das decisões".

Na sequência, o artigo apresenta limites ao acesso das informações das decisões judiciais, consignando que serão retirados o nome das pessoas físicas, partes ou terceiros, que tenham sido citadas na decisão antes de sua divulgação, bem como o nome magistrados e outros membros do Judiciário quando sua divulgação "for suscetível de comprometer a segurança ou o respeito à vida privada ou das pessoas com as quais elas convivem".

Por fim, o dispositivo também apresenta uma limitação ao uso das informações publicadas, destacando que "os dados de identidade dos magistrados e membros do cartório não podem ser reutilizados com o objetivo ou efeito de avaliar, analisar, comparar ou prever as suas reais ou supostas práticas profissionais". A pena para eventual utilização dos dados das decisões judiciais consiste em pena de prisão de até cinco anos, conforme artigos do Código Penal citados pelo dispositivo.

A primeira crítica, mais simples, consiste na possibilidade de limitação das informações de magistrados, partes ou terceiros quando há risco à segurança ou à privacidade dos magistrados ou interessados. Embora bem intencionado, o texto legislativo utiliza de conceitos assaz amplos (segurança e privacidade) para limitar o acesso público de informações de decisões judiciais, permitindo uma restrição exagerada e de pouco avaliação prática – afinal, como questionar a omissão de informações calcadas nesses conceitos? A lei não oferece resposta para esse tipo de informação.

Les articles L. 321-1 à L. 326-1 du code des relations entre le public et l'administration sont également applicables à la réutilisation des informations publiques figurant dans ces décisions.
Un décret en Conseil d'Etat fixe, pour les décisions de premier ressort, d'appel ou de cassation, les conditions d'application du présent article.

No entanto, o problema mais grave consiste em impedir e criminalizar o uso das informações de magistrados e/ou servidores para avaliar, analisar, comparar ou prever as práticas profissionais do órgão. Em suma, o que a lei fez foi a criminalização da chamada jurimetria, que pode ser definida como "a disciplina do conhecimento que utiliza a metodologia estatística para investigar o funcionamento de uma ordem jurídica"[19].

Em suma, a jurimetria utiliza de análise estatística para avaliar o comportamento dos reguladores na aplicação de uma norma jurídica, permitindo a investigação de diversos fatores (sociais, econômicos, geográficos, éticos, etc.) que embora fujam ao escopo jurídico de um conflito sob julgamento, podem influenciar a tomada de decisão pelos órgãos de controle. Assim, a jurimetria permite que se analise o comportamento de um órgão judicial em diferentes processos de forma estatística, permitindo uma compreensão ampla de possíveis fatores externos que influenciam o julgamento e prejudicam a qualidade ou a neutralidade da atividade jurisdicional.

Por outro lado, a jurimetria também permite uma análise preditiva, que tem sido objeto de ampla discussão, uma vez que permite aos litigantes (sobretudo litigantes habituais e com grande poder econômico) de analisar os dados de atuação de diferentes magistrados e anteceder suas chances na vitória de uma demanda, nas chances de realização de um acordo ou os limites de proposta, dentre outros. Ao se fazer uso desta ferramenta tecnológica, estes litigantes são claramente privilegiados na compreensão do conflito e na sua condução para defender seus interesses.[20]

19 NUNES, Marcelo Guedes. *Jurimetria: como a estatística pode reinventar o direito.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 103.

20 "Entretanto, é fato que o uso de tal técnica aumenta a disparidade entre os litigantes, sobretudo quanto aos habituais. Em suporte ao afirmado, percebe-se que alguns escritórios de advocacia que lidam com massivo, e que já contam com uma quantidade considerável de casos de processos passados, já utilizam tais técnicas como modo de obterem decisões em seu favor ou mesmo criarem mecanismos de ODR, com os dados parametrizados, de modo a obter acordos vantajosos a seus constituintes pelo simples fato de saberem os limites ótimos de valores de potenciais futuras sentenças. Basta se pensar que ao saber que um juiz em média fixa uma indenização por dano moral no valor de R$ 11.000,00 (como na pesquisa acima realizada), poder-se-ia programar

O receio desta utilização estratégica da jurimetria parece ter sido a motivação por trás de uma legislação tão restritiva no direito francês. O Conselho Constitucional Francês, em decisão proferida em 17 de março de 2019, avaliou o dispositivo como constitucional e reconheceu sua função de evitar a utilização dos dados pessoais para perfilamento dos profissionais ou das decisões, gerando pressão para a escolha de um tribunal ou distorcer o funcionamento da justiça:

> Ao prever que os dados de identidade dos magistrados e dos membros do cartório fossem apresentados nas decisões em acesso público de forma eletrônica não possam ser reutilizadas no intuito ou com o efeito de analisar, comparar ou prever suas práticas profissionais realizadas ou supostas, o legislador pretendia impedir que tal reutilização permitisse, através do processamento de dados pessoais, a criação de perfis de profissionais do direito e das decisões proferidas, que podem levar a pressões ou estratégias para a escolha de um tribunal e distorcer o funcionamento da justiça. [21]

uma ODR para que ofertasse até 70% de tal valor eletronicamente (via bots), e se reduziria de forma sensível os gastos com tais pagamentos indenizatórios." NUNES, Dierle; DUARTE, Fernanda Amaral. Jurimetria, Tecnologia e Direito Processual. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro (Org.). *Inteligência Artificial e Direito Processual: os impactos da virada tecnológica no direito processual*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020 p. 413.

21 "En prévoyant que les données d'identité des magistrats et des membres du greffe figurant dans les décisions de justice mises à disposition du public par voie électronique ne peuvent faire l'objet d'une réutilisation ayant pour objet ou pour effet d'évaluer, d'analyser, de comparer ou de prédire leurs pratiques professionnelles réelles ou supposées, le législateur a entendu éviter qu'une telle réutilisation permette, par des traitements de données à caractère personnel, de réaliser un profilage des professionnels de justice à partir des décisions rendues, pouvant conduire à des pressions ou des stratégies de choix de juridiction de nature à altérer le fonctionnement de la justice.". Disponível em: https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2019/2019778DC.htm. Acesso em 04 de outubro de 2020.

Conquanto almeje um objetivo válido e necessário perante a virada tecnológica que vive o processo civil, não há dúvidas de que a solução francesa queda em excesso. A utilização da jurimetria não se restringe à análise preditiva de decisões, nem sequer na utilização desta predição para defender interesses privados. Como já afirmado, a jurimetria auxilia na compreensão do funcionamento dos órgãos do Poder Judiciário, podendo compreender como eventuais fatores externos ao litígio sob exame podem influenciar no resultado final. Além disso, a jurimetria pode auxiliar inclusive no descongestionamento do sistema de justiça, visto que permite identificar conflitos que possuem maior chance de composição, ou criar elementos que favoreçam a autorregulação pelas partes.

Como já dito em por Dierle Nunes e Fernanda Amaral Duarte, a lei francesa soa como contraditória ao garantir o acesso público das decisões e, mais tarde, impedir o uso dessa informação pública.[22]

Daniel Becker e João Pedro Brígido, por sua vez, comentam que o artigo apresenta um equívoco ao relacionar a atividade de perfilamento com um vilipêndio à vida privada do juiz. Suas decisões constituem atos públicos e o resultado de caso anteriores não vincula sua atuação em casos futuros. O perfilamento serve apenas para uma informação que as partes podem considerar útil – e negar-lhes essa utilização de imediato desconsidera como estas informações podem influenciar a atuação de litigantes, inclusive para evitar ações aventureiras ou aceitar o caminho da conciliação.[23] De fato, a decisão

22 NUNES, Dierle; DUARTE, Fernanda Amaral. *Op. cit*, p. 414.

23 "Isso porque, diferente do que faz parecer o artigo 33, perfilar um magistrado não é vilipendiar sua vida pessoal. Na verdade, trata-se apenas de se valer de dados públicos sobre sua pessoa e acerca de suas decisões para traçar um perfil médio capaz de ajudar as partes a projetar as decisões que ele proferirá. Não há nada de errado nessa atividade, uma vez que o juiz não está legal ou contratualmente vinculado ao perfil que lhe foi traçado. Trata-se apenas de informação que as partes interessadas podem, eventualmente, considerar útil, haja vista que o resultado de um processo não é decorrência direta da lei, mas de uma soma de fatores muito mais complexa que envolve, dentre outros, a norma e as preferências pessoais dos juízes, conforme nos ensina a escola do Legal Realism, de Yale." BECKER, Daniel; BRÍGIDO, João Pedro. *Ne le laisser pas profiler: a França e seu 'coup de grâce' na jurimetria*. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/regulacao-e-novas-tecnologias/ne-le-laisse-z-pas-profiler-a-franca-e-o-seu-coup-de-grace-na-jurimetria-16062019. Acesso em 04

francesa de proibir qualquer prática de jurimetria se afigura exagerada e até mesmo inadequada para solução dos problemas decorrentes da atividade preditiva utilizada de forma estratégica por litigantes habituais, em prejuízo do sistema de justiça como um todo. Isso porque, além de perder as boas oportunidades provenientes da jurimetria, notadamente reconhecidas, a criminalização do perfilamento pode ser inócua, visto se tratar de uma conduta de difícil identificação e investigação, havendo risco de que a criminalização seja ineficaz em impedir de fato a análise preditiva. Logo, a decisão traz duas perdas: impede que se utilize os avanços positivos da tecnologia e não é útil para impedir a utilização inadequada da mesma tecnologia.

No Brasil, reconhece-se que a jurimetria pode ser usada para agravar a desigualdade entre os grandes litigantes e os litigantes eventuais[24], que são compostos na sua maioria por pessoas com algum nível de vulnerabilidade. Trata-se de um fenômeno já verificado, tendo em vista a prestação de serviços tecnológicos baseados na jurimetria por grandes bancas de advocacia pelo país.

Não é razoável, todavia, entender que o risco trazido pela jurimetria justifique uma proibição *de plano* de utilização da técnica. Ao contrário: é uma questão de ordem trazer o uso dessas tecnologias para aprimorar os sistemas utilizados pelo próprio Judiciário, como também as instituições que defendem grupos vulneráveis, como o Ministério Público, a Defensoria Pública e ações coletivas.[25]

---

de outubro de 2020.

24 "Os mecanismos de automação da advocacia, sem sombra de dúvidas, alteram a condição de paridade de forças entre o grande litigante e o litigante habitual. Em verdade, a automação da advocacia apenas acentuou as diferenças que antes já existiam. A atuação estratégica do grande litigante nos casos repetitivos apenas tende a se fortalecer com a jurimetria e a inteligência artificial, tal qual utilizada no escritório JBM.". RAVAGNANI, Giovani dos Santos. Automação da advocacia, gestão de contencioso de massa e a atuação estratégica do grande litigante. *Revista de Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, vol. 265, 2017 [versão eletrônica].

25 "A tecnologia e a automação são fatos inafastáveis. O sistema jurisdicional terá de aprender a conviver com tais técnicas. Não será possível proibir a utilização de tais artifícios pelas bancas advocatícias (uma eventual proibição seria uma forma indevida de intervenção do estado nos trabalhos dos agentes econômicos). Também são fatos inquestionáveis as vantagens estratégicas que os grandes litigantes conseguem pela utilização de tais mecanismos, o que os coloca em situação de superioridade

A Associação Brasileira de Jurimetria (ABJ) é um exemplo de instituição que tenta repensar a organização do sistema de justiça brasileiro sob a ótica da jurimetria, apresentando textos que indicam discussões que até então não ganham muito destaque no gerenciamento processual, como a unificação de serventias, abolindo a separação de servidores por vara[26].

Diante deste contexto, a lei francesa não parece ser um modelo a ser seguido neste ponto. Há muito o que se (auto)descobrir no sistema de justiça civil através da jurimetria, descobertas que podem prover aprimoramentos bastante relevantes no sistema. Negar sua utilização significa negar esta evolução ou, no mínimo, atrasá-la.

2.3 Incentivos à modernização

A despeito da solução conservadora adotada pela reforma processual francesa no caso da jurimetria, outras mudanças apresentadas pela Lei 222/2019 no âmbito de modernização do da justiça civil se mostraram interessantes e com potencial de melhoria no funcionamento do sistema.

A primeira que merece destaque diz respeito à criação de um tribunal único, de jurisdição nacional e com tramitação eletrônica, para tratar exclusivamente das chamadas *injonction de payer*.

Prevista nos artigos 1405 a 1424 do Código de Proceso Civil francês, as *injonction de payer* constituem um procedimento especial bastante parecido com a ação monitória prevista no direito brasileiro, visto que utilizado pela parte credora no intuito de obter um título executivo judicial para cobrança de seu crédito (*ordonnance de payer*), quando

estratégica perante os litigantes eventuais.
A única maneira que se vislumbra para combater a disparidade de armas entre o grande litigante e o litigante ocasional é utilizando a arma da tecnologia e da inteligência artificial também em favor daqueles que são processualmente vulneráveis, incorporando tais mecanismos no Ministério Público, na Defensoria Pública, no bojo das ações coletivas, nos Tribunais Superiores, na utilização do recém-nascido sistema de precedentes brasileiros e no âmbito do microssistema de casos repetitivos.". *Ibid.*.

26 Disponível em: https://abj.org.br/o-impacto-da-unificacao-de-serventias-na-eficiencia-da-gestao-judicial-no-brasil/. Acesso em 14 de outubro de 2020.

este tem origem contratual ou em outros casos previstos na lei[27] Ao receber a referida *ordonnance,* o réu poderá realizar o pagamento ou apresentar uma oposição, na qual demonstrará as razões pelas quais o pagamento não é devido[28].

Segundo o relatório do *Chantier de la Justice*, as injonction de payer constituem um procedimento bastante utilizado no país, porém com baixíssima apresentação de oposições: das cerca de 500.000 injonction apresentadas na justiça comum, apenas cerca de 23000 são objeto de oposição, o que representa um percentual de apenas 4% (quatro por cento).[29]

Frente à baixa apresentação de oposições, a Lei nº 222/2019 alterou o Código de Organização Judiciária para permitir a criação de um tribunal nacional, a princípio de tramitação eletrônica, que concentrará o processamento de todas os procedimentos de *injonction de payer* destinados aos tribunais judiciários. Caso haja oposição

27 Art. 1405. Le recouvrement d'une créance peut être demandé suivant la procédure d'injonction de payer lorsque:
1° La créance a une cause contractuelle ou résulte d'une obligation de caractère statutaire et s'élève à un montant déterminé ; en matière contractuelle, la détermination est faite en vertu des stipulations du contrat y compris, le cas échéant, la clause pénale ;
2° L'engagement résulte de l'acceptation ou du tirage d'une lettre de change, de la souscription d'un billet à ordre, de l'endossement ou de l'aval de l'un ou l'autre de ces titres ou de l'acceptation de la cession de créances conformément à la loi n° 81-1 du 2 janvier 1981 facilitant le crédit aux entreprises.

28 A peine de nullité, l'acte de signification de l'ordonnance portant injonction de payer contient, outre les mentions prescrites pour les actes d'huissier de justice, sommation d'avoir : - soit à payer au créancier le montant de la somme fixée par l'ordonnance ainsi que les intérêts et frais de greffe dont le montant est précisé ; - soit, si le débiteur a à faire valoir des moyens de défense, à former opposition, celle-ci ayant pour effet de saisir le tribunal de la demande initiale du créancier et de l'ensemble du litige.
Sous la même sanction, l'acte de signification : - indique le délai dans lequel l'opposition doit être formée, le tribunal devant lequel elle doit être portée et les formes selon lesquelles elle doit être faite ; - avertit le débiteur qu'il peut prendre connaissance au greffe des documents produits par le créancier et qu'à défaut d'opposition dans le délai indiqué il ne pourra plus exercer aucun recours et pourra être contraint par toutes voies de droit de payer les sommes réclamées.

29 "Près de 500 000 injonctions de payer nationales sont traitées chaque année (hors tribunal de commerce) pour un taux d'opposition très faible (23 000). Par comparaison, environ 601 injonctions de payer européennes sont traitées. Ce traitement, très efficace, pourrait être rendu encore plus performant par le numérique.". AGOSTINI, Frédérique; MOLFESSIS, Nicolas. *Op. cit.*, p. 14.

à injonction, o procedimento é destinado ao tribunal judiciário territorialmente competente, no qual o procedimento poderá tramitar com ou sem audiência. Em suma, a ideia consistiu em retirar dos tribunais judiciários a gestão de um contencioso de massa e baixa necessidade de tomada de decisões judiciais, sendo, portanto, mais uma medida que atende à boa administração da justiça, nos termos do Conselho Constitucional.[30]

Outra alteração que merece destaque diz respeito à regulação de instituições privadas que ofereçam serviços de mediação e conciliação *on line*, comumente chamadas de *Online Dispute Resolution* (ODR).

O artigo 4º da Lei nº 222/2019 inseriu novas alíneas ao artigo 4º da Lei 1547/2016, responsável por incentivar os modos alternativos de resolução de conflitos, incluindo mediação, conciliação e arbitragem.

Os dispositivos reconhecem a possibilidade de utilização de métodos alternativos de solução de conflitos de forma *on line*, remunerada ou não, e determinam uma série de deveres às entidades responsáveis pela prestação destes serviços. De início, preceitua que estas entidades devem se submeter às obrigações relativas à proteção dos dados pessoais de seus usuários, e que deverão apresentar descrição detalhada dos serviços prestados[31]. Reconhece, ainda, que

30 "Un tribunal, « spécialement désigné par décret »(14) (COJ, art. L. 211-17) et saisi, en principe, par voie dématérialisée(15) (COJ, art. L. 211-18, al. 1er), aura vocation à connaître d'une requête en injonction de payer ne relevant pas de la compétence du tribunal de commerce ainsi que d'une demande d'injonction de payer européenne(16). Selon le Conseil constitutionnel, en désignant une seule juridiction compétente, le législateur « a entendu décharger les autres juridictions d'un contentieux de masse et en faciliter le traitement » ; il a ainsi poursuivi « un objectif de bonne administration de la justice »(17). L'opposition à une ordonnance d'injonction de payer sera formée devant le tribunal national désigné (COJ, art. L. 211-18, al. 2) mais examinée par le tribunal judiciaire territorialement compétent auquel l'opposition sera transmise (COJ, art. L. 211-18, al. 3)(18). Le justiciable aura alors accès à une juridiction géographiquement proche mais le processus de transmission de sa demande risque de retarder le prononcé de la décision.". EUDIER, Frédérique. *Op. cit.*, p. 324.

31 Article 4.2. Les personnes physiques ou morales proposant, de manière rémunérée ou non, un service en ligne d'arbitrage sont soumises aux obligations relatives à la protection des données à caractère personnel et, sauf accord des parties, de confidentialité. Le service en ligne délivre une information détaillée sur les modalités selon lesquelles l'arbitrage est rendu. La sentence arbitrale peut être rendue sous forme électronique, sauf opposition de l'une des parties.

apenas advogados poderão prestar os serviços em questão[32], e que as entidades ou pessoas físicas que prestem o serviço em questão devem fazê-lo com imparcialidade, independência, competência e diligência.[33]

Por fim, a lei também proíbe que os serviços sejam prestados unicamente por meio de algoritmos ou sistemas automatizados. Além disso, caso o serviço utilize de forma parcial deste tipo de tecnologia, é imprescindível que o prestador informe as partes sobre esta utilização, as quais devem concordar expressamente e lhes é garantido o acesso das informações e regras utilizadas no processamento de dados pelo algoritmo, caso solicitem essa informação.[34]

A regulamentação dos serviços de conciliação e mediação online se coaduna, ainda, com a inovação apresentada pelo Decreto 1.333/19, exigindo uma tentativa prévia de conciliação ou mediação como condição de procedibilidade no ajuizamento de ações de valores mais baixos. Esta é, inclusive, uma crítica apresentada por Emmanuel Jeuland, que vê nas ODR um risco de que a justiça virtual se torne uma justiça iníqua, argumentando no sentido de que entidades privadas para resolução de disputas costumam não ser eficazes, a não ser em casos nos quais existe um incentivo ou um risco quando o serviço

32 Article 4.5. Les personnes physiques ou morales mentionnées aux articles 4-1, 4-2 et 4-4 ne peuvent réaliser des actes d'assistance ou de représentation que dans les conditions prévues à l'article 4 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques. Elles ne peuvent donner des consultations juridiques ou rédiger des actes sous seing privé qu'à la condition de respecter les obligations résultant de l'article 54 de la même loi.

33 Article 4.6. Les personnes physiques ou morales qui concourent à la fourniture ou au fonctionnement des services en ligne mentionnés aux articles 4-1 et 4-2 accomplissent leur mission avec impartialité, indépendance, compétence et diligence. L'article 226-13 du code pénal leur est applicable.

34 Article 4-3. Les services en ligne mentionnés aux articles 4-1 et 4-2 ne peuvent avoir pour seul fondement un traitement algorithmique ou automatisé de données à caractère personnel. Lorsque ce service est proposé à l'aide d'un tel traitement, les parties doivent en être informées par une mention explicite et doivent expressément y consentir. Les règles définissant ce traitement ainsi que les principales caractéristiques de sa mise en œuvre sont communiquées par le responsable de traitement à toute partie qui en fait la demande. Le responsable de traitement s'assure de la maîtrise du traitement et de ses évolutions afin de pouvoir expliquer, en détail et sous une forme intelligible, à la partie qui en fait la demande la manière dont le traitement a été mis en œuvre à son égard.

não é utilizado, como é o caso do sistema de ODR do site americano *Ebay*, cujo sucesso pode ser atribuído ao fato de que os usuários do site tinham receio de serem excluídas quando não usavam do sistema de resolução de conflitos do site. Assim, conclui que as ODR's só têm efetividade quando apoiadas por autoridades públicas.[35]

Nesse sentido, o autor identifica que a Lei nº 222/2019 desenha a utilização de ODR's privadas, as quais certamente assumirão a demanda de tentativas prévias de conciliação exigidas pelo Decreto nº 1933/2019, de modo que se terá uma atividade que terá um custo ao jurisdicionado e que dificilmente garantirá uma resolução efetiva.[36]

Por fim, o autor apresenta interessante comparação entre a criação do tribunal nacional para as *injonction de payer* e a criação das ODR's e a tentativa prévia de conciliação em pequenos litígios. Em suma, a nova lei facilita a cobrança por instituições financeiras e outros litigantes habituais ao criar o tribunal nacional das *injonction*

35 "La gestion privée est préférable à la gestion publique lorsque des intérêts publics ne sont pas en jeu. Or, toutes les plateformes d'ODR ont échoué en Amérique du Nord et ont fini par fermer sauf le traitement des litiges de noms de domaine (Icann) et le site de règlement des litiges d'Ebay. Cependant, selon Nicolas Vermeys, spécialiste québécois de Cyberjustice, Ebay a mis en place une forme de garantie qui devrait progressivement vider de son intérêt la plateforme d'ODR. Les plateformes privées d'ODR échouent pour deux raisons : on ne peut forcer une partie à l'utiliser si elle ne le veut pas et, même si elle accepte de participer à un tel règlement, on ne peut la contraindre à exécuter. Le site Ebay a réglé 60 millions de litiges car les parties ne voulant pas utiliser sa plateforme de règlement en ligne risquaient d'être exclues de la communauté Ebay, ce qui s'est montré suffisamment incitatif étant donné la taille de cette communauté. En fin de compte, ce sont des plateformes ODR adossées à la puissance publique qui se développent au Canada (par exemple, CAT pour les copropriétés, et PARLE pour les litiges de consommation, v. séminaire à l'université Paris 1 le 1er mars 2019, à paraître). Les parties peuvent être obligées de négocier et de médier sur ces plateformes. (...) L'expérience nord-américaine laisse penser que le succès de ces plateformes ne pourra être assuré que par un adossement à la puissance publique non seulement à l'entrée du système (ce que fait l'obligation préalable de médiation à la saisine d'un juge), mais aussi à la sortie du système au moment de l'exécution.". JEULAND, Emmanuel. Justice numérique, justice inique? *Les Cahiers de la Justice*. Paris: Dalloz, 2019/2, Nº 2, p. 196.

36 "Or, ce qui paraît se dessiner en France ce sont des ODR privées (dont les recherches sont pourtant actuellement financées par l'État français) rendues obligatoires pour des petits litiges avant d'avoir la possibilité de saisir un juge. L'accréditation des Legaltechs afin qu'elles soient certifiées pour rendre ce service au public sera sans doute difficile à mettre en place et aboutira à faire payer des justiciables qui disposent pourtant d'um droit d'accès au juge étatique.". *Ibidem.*

de payer, porém dificulta o acesso à justiça do consumidor que, antes de apresentar sua demanda perante um juiz, deverá tentar uma conciliação ou mediação em uma entidade privada, certamente sobre um custo específico.

> A criação de um tribunal nacional virtual para processos de injunção de pagamento mostra os dois padrões do sistema. Quando o consumidor tiver que passar por uma plataforma paga de ODR para pequenas ações, o profissional não remunerado poderá obter um título executório sem qualquer audiência e sem a possibilidade de o devedor, geralmente um consumidor, se defender.[37]

Não se parece que a crítica é pertinente. Ao invés de se presumir que as mudanças em questão significam um afastamento entre a justiça civil francesa e o cidadão, deve-se pensar em propostas de aprimoramento do uso dessas novas ferramentas, bem como o objetivo por trás da instauração de cada uma. A jurisdição nacional e eletrônica das *injonction de payer* visa a otimizar a tramitação destes processos, baseando-se primordialmente no baixíssimo índice de oposição às cobranças em questão. A regulação das ORD's, por outro lado, trazem à tona a importância de se tornar os métodos de solução de conflitos mais interessantes ao jurisdicionado, e o aumento deste interesse também pressupõe um mecanismo rápido e *online*¸ no qual a demanda possa ser tratada sem a burocracia tradicional do Judiciário, que muitas vezes é reproduzida nos centros de conciliação.

Não há dúvida de que reformas processuais não são fáceis. O movimento reacionário é inevitável, e se acostumar à nova legislação exige um movimento de ordem cultural que vai além da letra da lei. Nós, brasileiros, estamos acostumados com esse fenômeno desde as

37 "La création d'un tribunal national virtuel en matière de procédure d'injonction de payer montre les deux poids deux mesures du système. Quand le consommateur devra passer par une plateforme d'ODR payante pour les petits litiges, le professionnel non payé pourra obtenir un titre exécutoire sans aucune audience et sans possibilité pour le débiteur, souvent un consommateur, de se défendre véritablement.". *Ibidem.*

primeiras reformas ao CPC de 1973, iniciada pela reforma ocorrida pela Lei nº 8.952/1994. Existem, contudo, duas formas de enxergar a nova legislação: rejeitando-a *de plano* ou buscando orientar sua aplicação em um sentido de aprimorar o eterno balanceamento entre efetividade e observância do modelo constitucional de processo. Espera-se que a doutrina francesa veja a reforma processual de 2019 pela segunda lente.

3. PRINCIPAIS MODIFICAÇÕES PELO DECRETO 1.333/19: APRIMORAMENTOS DA GESTÃO DENTRO DO PROCESSO

Avançando nos desdobramentos realizados pela Lei nº 222/2019, o presente tópico apresentará mudanças concretizadas pelo Decreto 1.333/19, editado em 11 de dezembro de 2019, e que alterou diversas regras do CPC francês.

A própria Lei nº 222/2019 previu, em diversos dispositivos[38], possibilidade de que estas alterações fossem feitas mediante decreto presidencial, apesar de alterarem matéria de lei, atraindo a incidência do artigo 38 da Constituição francesa[39] esta edição normativa pelo Executivo.

Conforme se verá adiante, enquanto a Lei nº 222/2019 apresentou mudanças no que pode ser definido como uma gestão *fora do processo*, isto é, ligada à organização das estruturas que compõem o sistema de justiça no intuito de aprimorar a efetividade da prestação jurisdicional, as modificações apresentadas pelo Decreto 1.333/19, por sua vez, buscam aprimorar a gestão *dentro do processo*, com foco nas regras de

38 Conferir artigos 9º, 13, 16, 28, 93, 107 da Lei em questão.

39 Article 38. Le Gouvernement peut, pour l'exécution de son programme, demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnances, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi.
Les ordonnances sont prises en conseil des ministres après avis du Conseil d'État. Elles entrent en vigueur dès leur publication mais deviennent caduques si le projet de loi de ratification n'est pas déposé devant le Parlement avant la date fixée par la loi d'habilitation. Elles ne peuvent être ratifiées que de manière expresse.
A l'expiration du délai mentionné au premier alinéa du présent article, les ordonnances ne peuvent plus être modifiées que par la loi dans les matières qui sont du domaine législatif.

funcionamento do procedimento, também no sentido de aprimorar sua efetividade e de "aproximar" o cidadão do sistema de justiça.

Ressalva-se que, assim como no caso da Lei nº 222/2019, não será possível uma análise completa das modificações apresentadas pelo Decreto nº 1933/2019 no presente artigo, de modo que serão apresentadas apenas modificações de caráter mais relevante e que se mostram interessante para avaliar e aprimorar o direito processual civil brasileiro.

3.1 Fortalecimento dos meios consensuais de resolução de conflitos

Uma primeira alteração de destaque pode ser verificada no artigo 750-1 do CPC francês, o qual criou um dever das partes de tentarem uma conciliação prévia antes do ajuizamento de uma demanda, nos casos em que esta (i) não ultrapasse o valor de cinco mil euros ou (ii) que tratem de conflitos relacionados ao direito de vizinhança, previstos em artigos do código de organização judiciária francês, sob pena de não recebimento da demanda.[40]

O dispositivo apresenta hipóteses nas quais a parte demandante é eximida de apresentar uma tentativa prévia de conciliação. Dentre eles, merece destaque hipóteses em que se verifique urgência, impossibilidade de conciliação em razão das circunstâncias do caso, bem como em situações nas quais não foi possível ter acesso a um centro de mediação ou no caso de indisponibilidade de mediadores num prazo razoável.[41]

40 Art. 750-1.-A peine d'irrecevabilité que le juge peut prononcer d'office, la demande en justice doit être précédée, au choix des parties, d'une tentative de conciliation menée par un conciliateur de justice, d'une tentative de médiation ou d'une tentative de procédure participative, lorsqu'elle tend au paiement d'une somme n'excédant pas 5 000 euros ou lorsqu'elle est relative à l'une des actions mentionnées aux articles R. 211-3-4 et R. 211-3-8 du code de l'organisation judiciaire.

41 Art. 750-1. (...) Les parties sont dispensées de l'obligation mentionnée au premier alinéa dans les cas suivants: (...) 3° Si l'absence de recours à l'un des modes de résolution amiable mentionnés au premier alinéa est justifiée par un motif légitime tenant soit à l'urgence manifeste soit aux circonstances de l'espèce rendant impossible une telle tentative ou nécessitant qu'une décision soit rendue non contradictoirement soit à

Analisando a inserção, Natalie Fricero destaca que as hipóteses de aplicação da obrigação prévia são restritas, visto que uma demanda com pedido indeterminado (ainda que menor que o valor de cinco mil euros) ou com cumulação de pedidos estaria fora da obrigação de tentativa prévia de mediação. Da mesma forma, afirma que a prova de que a tentativa ocorreu deverá ser concreta e representar uma tentativa efetiva, e não uma mera formalidade. Assim, o autor deverá apresentar uma espécie de certidão de conciliador registrando que a tentativa ocorreu e que foi infrutífera, não sendo hábil apenas apresentar, por exemplo, uma notificação convidando a parte contrária para conciliação. Além disso, a autora entende que as exceções para o dever de tentativa de conciliação são numerosos e podem acabar garantindo o acesso imediato ao juiz, sem incentivar a conciliação como originalmente pretendido pela norma.[42]

A princípio, não se mostra adequada uma comparação com a audiência de conciliação ou mediação prevista no artigo 334 do Código de Processo Civil brasileiro. Embora ambas visem a estimular a autocomposição pelos litigantes, a audiência prevista no artigo 750 do CPC francês se apresenta como uma condição de procedibilidade, que busca garantir que os conflitos sejam resolvidos antes mesmo da

---

l'indisponibilité de conciliateurs de justice entraînant l'organisation de la première réunion de conciliation dans un délai manifestement excessif au regard de la nature et des enjeux du litige ;(...)

42 "Le domaine précis de l'obligation suscite des questionnements. Elle ne concerne que les demandes tendant « au paiement d'une somme n'excédant pas 5 000 € » (ainsi que celles fondées sur les art. R. 211-3-4 et R. 211-3-8 COJ). La tentative amiable est donc exclue lorsque la demande est indéterminée : il en est de même si le demandeur forme une prétention indéterminée et une prétention déterminée connexes (expulsion et paiement de loyers d'un montant inférieur à 5 000 €). Pour justifier qu'une tentative a été faite, le demandeur devra obtenir du conciliateur de justice ou du médiateur un document attestant qu'une réunion a eu lieu sans que la conciliation ou la médiation ait pu aboutir. Il ne peut pas se contenter d'une invitation adressée à la partie adverse de mettre en oeuvre une conciliation ou médiation ou procédure participative. Les exceptions prévues au 3° de l'article 750-1 du code de procédure civile sont nombreuses et permettent de ménager le droit d'accès au juge du demandeur : urgence manifeste, circonstances de l'espèce rendant impossible une telle tentative (éloignement du défendeur, impossibilité de prendre contact avec lui...), nécessité d'une décision non contradictoire (ce qui concerne la requête en injonction de payer), et indisponibilité des conciliateurs de justice dans un délai raisonnable (attestée par un conciliateur de justice)." FRICERO, Natalie. Procédure Civile. *Recueil Dalloz*. Paris: Dalloz, 2020, p. 580.

instauração de um processo judicial. É uma medida similar, portanto, à solução italiana para incentivar a mediação e desafogar seu sistema de justiça civil.

Ocorre que a medida não solucionou o problema italiano, sendo uma incerteza de a obrigatoriedade da mediação de fato é um incentivo à sua utilização, sobretudo em países que possuem uma cultura de maior litigiosidade.[43]

De fato, o relatório de Frédérique Agostini e Nicolas Molfessis consignaram ressalvas quanto à ideia de uma conciliação prévia obrigatória antes do acesso ao Judiciário, por entenderem que a medida poderia se tornar uma formalidade, mormente em razão da incapacidade dos conciliadores e mediadores existentes de receberem toda uma nova demanda. Concluem, assim, que o juiz deve conservar o papel de buscar medidas alternativas de solução do conflito quando verificar adequado.[44]

Pode-se dizer, a princípio, que o problema vivido na França é similar ao da Itália e ao do Brasil. Em uma cultura marcada pela

43 "Em destaque trazido por Maia e Barbosa quanto a obrigatoriedade da mediação na Itália, por exemplo, apesar da obrigatoriedade da mediação como meio alternativo de resolução de litígios, ainda levanta-se inúmeros debates, principalmente no que concerne numa possível perda do monopólio jurisdicional do Estado e o ataque ao princípio constitucional do acesso ao Judiciário.34 Mesmo tendo a mediação, consistindo num meio promissor para a deflação dos processos judiciais e pelos esforços da lei na sua aplicabilidade, as partes interessadas ainda olham com insegurança e desmotivação quanto à eficácia do instituto, em virtude da cultura ainda enraizada na sociedade italiana de levar o debate à fase judicial mais complexa e intensa.". ZAGANELLI, Margareth Vetis; JUNIOR, Jamiro Campos dos. A mediação em matéria civil e comercial como método alternativo de solução de litígios no ordenamento italiano. *Rev. Fac. Direito UFMG*. Belo Horizonte: UFMG, n. 70, 2017, p. 480-481.

44 "Toutefois, le Groupe est sensible à certaines réserves exprimées. Il est nécessaire d'éviter que le caractere préalable obligatoire du recours à un mode amiable ne se transforme en une simple formalité, dont les parties justifieraient par une attestation. Le Groupe prend en outre en considération l'absence d'évaluation des dispositifs en vigueur51, et l'incertitude quant à la capacité des médiateurs, conciliateurs et avocats à prendre en charge un volume considérable d'affaires52, bien qu'il pourrait être envisagé de confier aux greffiers d'accomplir, sur délégation, des missions de conciliation judiciaire dévolues au juge mais très peu exercées aujourd'hui53. Enfin, le Groupe de travail est convaincu, à la suite des auditions effectuées, que le juge doit conserver un rôle actif pour consolider l'émergence du recours aux modes alternatifs.". AGOSTINI, Frédérique; MOLFESSIS, Nicolas. *Op. cit.*, p. 25.

litigiosidade – e a França possui essa cultura de forma menor que a dos dois países, vale ressalvar -, qual a medida mais eficaz para *incentivar* sem *impor* os métodos alternativos de solução de conflitos? A solução vai além da área jurídica, avançando sobre um contexto histórico e cultural. Independente do desenho apresentado pela legislação, o obstáculo cultural ainda se apresentará como um desafio que, para ser perpassado, será necessário tempo.

3.2 Fortalecimento do juge de la mise em état

Uma alteração que tem como objetivo organizar de forma mais producente o processo civil francês diz respeito ao aprimoramento das funções do chamado *juge de la mise en état*, figura importante no processo civil francês.

Originalmente, o *juge de la mise en état* (JME) é um juiz que compõe o julgamento colegiado em primeira instância e possui a função de organizar o procedimento para que este julgamento colegiado ocorra Nesse sentido, sua função tem um caráter aparentemente administrativo, no sentido de organizar a produção das provas, averiguar o cumprimento dos prazos pelas partes, permitir eventual conciliação se for o caso e preparar o processo para seu julgamento de mérito[45].

Com a reforma apresentada pelo Decreto 1.333/19, nota-se um aprimoramento da função do JME em duas frentes: extensão dos poderes deste juízo para conhecer de questões processuais e o incentivo da realização de convenções processuais concernentes às atividades do JME, notadamente a fase instrutória.

45 "Tout d'abord, le juge de la mise en état, qui jouit d'attributions purement « administratives », reste un gestionnaire de l'instance. Il procède à des jonctions et disjonctions d'instance (C. pr. civ., art. 783 nouv.), constate l'extinction de l'instance (C. pr. civ., art. 787 nouv.) ou encore la conciliation des parties (C. pr. civ., art. 785, nouv). Il est aussi chargé de déclarer l'instruction close lorsqu'il lui apparaît qu'elle est en état d'être jugée. Sur ce point, il est à noter que le juge de la mise en état peut désormais déclarer l'instruction close dès que l'état de celle-ci le permet, lorsque les parties souhaitent bénéficier de la procédure sans audience (C. pr. civ., art. 799 nouv.).". KEBIR, Mehdi. Réforme de la procédure civile: promotion dela mise em état conventionelle et extension des pouvoirs du JME. *Dalloz Actualités*. Paris: Dalloz, 2019.

Quanto ao primeiro ponto, a nova redação do artigo 789 do CPC francês concede os poderes como o de decidir sobre exceções processuais, tais como competência, definir eventuais medidas relacionadas à tutela provisória e decidir eventuais argumentos preliminares ou prejudiciais de mérito que possam impedir o julgamento final do litígio.[46]

Este último ponto é considerado uma mudança marcante na legislação, uma vez que a Corte de Cassação Francesa possui antigo precedente que impede o JME de avaliar questões definidas como preliminares ou prejudiciais de mérito (definidas com argumentos que impedem o recebimento da demanda, ou *fins de non-recevoir*).[47]

Segundo Medhi Kebir, a finalidade da ampliação é bastante clara: otimizar o tempo do processo, permitindo que o sistema de

46 Article 789. Lorsque la demande est présentée postérieurement à sa désignation, le juge de la mise en état est, jusqu'à son dessaisissement, seul compétent, à l'exclusion de toute autre formation du tribunal, pour : 1° Statuer sur les exceptions de procédure, les demandes formées en application de l'article 47 et les incidents mettant fin à l'instance; Les parties ne sont plus recevables à soulever ces exceptions et incidents ultérieurement à moins qu'ils ne surviennent ou soient révélés postérieurement au dessaisissement du juge ;2° Allouer une provision pour le procès; 3° Accorder une provision au créancier lorsque l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable. Le juge de la mise en état peut subordonner l'exécution de sa décision à la constitution d'une garantie dans les conditions prévues aux articles 514-5,517 et 518 à 522 ; 4° Ordonner toutes autres mesures provisoires, même conservatoires, à l'exception des saisies conservatoires et des hypothèques et nantissements provisoires, ainsi que modifier ou compléter, en cas de survenance d'un fait nouveau, les mesures qui auraient déjà été ordonnées ; 5° Ordonner, même d'office, toute mesure d'instruction ; 6° Statuer sur les fins de non-recevoir.

47 PROCEDURE CIVILE - Procédure de la mise en état - Juge de la mise en état - Compétence - Etendue - Incidents mettant fin à l'instance - Définition. Les incidents mettant fin à l'instance visés par le deuxième alinéa de l'article 771 du nouveau code de procédure civile sont ceux mentionnés par les articles 384 et 385 du même code et n'incluent pas les fins de non-recevoir. PROCEDURE CIVILE - Instance - Incidents - Incidents mettant fin à l'instance - Définition – Portée. Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007053311/. Acesso em 05 de outubro de 2020. Sobre o tema: "Innovation majeure, le nouvel article 789 du code de procédure civile ajoute que le juge de la mise en état est compétent pour connaître « des fins de non-recevoir ». Annoncé lors de la restitution des chantiers de la justice, cet ajout marque une évolution importante dans la mesure où la Cour de cassation a refusé d'étendre la compétence du magistrat instructeur à ce moyen de défense (Cass., avis, 13 nov. 2006, n° 06-00.012, D. 2006. 2949 ; ibid. 2007. 1380, obs. P. Julien ; RTD civ. 2007. 177, obs. R. Perrot) sur la base d'une lecture stricte de l'ancien article 771 du code de procédure civile.". KEBIR, Mehdi. *Op. cit.*.

justiça lide com determinadas defesas de forma mais rápida possível, evitando que uma fase instrutória se prolongue para ser finalizada sem julgamento de mérito.[48] No mesmo sentido, o relatório apresentado por Frédérique Agostini e Nicolas Molfessis concluem no sentido de estender este poder de decisão ao JME, sob pena de se permitir uma instrução em casos de não recebimento flagrante.[49]

No Brasil, o tema é superado do ponto de vista legal em razão da concentração das atividades de instrução e julgamento num mesmo juízo em primeira instância, somada à fase de saneamento, consagrada no artigo 357 CPC e que determina ao juiz, em seu inciso I[50], a análise de questões processuais pendentes antes de se avançar na fase instrutória e no julgamento. Embora, evidentemente, o juiz possa (e deva) tomar providências para regularizar o procedimento durante toda a sua tramitação, não há dúvidas de que o inciso I em questão tem como função precípua evitar o desenvolvimento de uma fase instrutória em um processo no qual não será possível atingir uma sentença de mérito.

A despeito da norma bem redigida e eficaz na busca deste objetivo, não há dúvidas quanto à sua falha aplicação na atividade forense brasileira, sendo ainda comum verificar processos nos quais tem-se uma sentença terminativa mesmo após anos de tramitação processual, apresentação de alegações pelas partes e até mesmo fase instrutória, num desenho claramente contraproducente e contrária aos princípios da efetividade e da economia processual.[51]

48 "L'objectif est très clair : il s'agit de traiter ces moyens de défense dans les meilleurs délais. L'instance susceptible de se conclure par une irrecevabilité peut ainsi prendre fin « sans que l'affaire soit mise en état d'être jugée sur le fond.". *Ibid.*

49 "Cette compétence, on le sait, n'inclut pas les fins de non-recevoir. Il en résulte non seulement des incohérences dans le traitement des fins de non-recevoir mais aussi souvent des lourdeurs inutiles toutes les fois que l'instruction du dossier se poursuit en présence d'une irrecevabilité flagrante.".

50 Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo: I - resolver as questões processuais pendentes, se houver;

51 " Dessa forma, o saneamento se mostra como instrumento essencial ao Judiciário. Entretanto, mesmo admitindo sua importância, não existe real notoriedade sobre a prática, implicando, muitas vezes, em sua não observância. As práticas saneadoras consistem em atos e provimentos adotados pelo juiz, que, se realizadas da maneira

No caso francês, a concentração desta prerrogativa ao JME se afigura uma boa medida de organização racional do procedimento, evitando situações contraproducentes apenas para se respeitar a competência do colegiado sobre o tema. Aliás, vale também destacar que o Decreto prevê um procedimento adicional bastante interessante: caso a questão processual atinja direta ou indiretamente o mérito da demanda, a regra é que o JME pode julgar os dois temas (questão processual e questão de mérito prejudicial). No entanto, as partes podem se opor a este julgamento – regra que preserva o julgamento colegiado sobre o mérito da demanda, tradicional no processo francês -, hipótese na qual o processo é enviado ao julgamento colegiado sobre o tema de mérito e a questão processual, retornando para a continuidade da fase instrutória, caso esta não tenha sido concluída. Há, ainda, a possibilidade do próprio JME decidir o envio ao colegiado para decisão das questões, decisão que não é passível de recursos pelas partes por ser compreendida como um tema de administração da justiça.[52]

A segunda inovação relevante no âmbito do JME diz respeito ao incentivo para a realização de uma instrução mediante convenção entre as partes. Neste ponto, as modificações são pontuais e de

correta, geram como consequência o desenrolamento satisfatório da demanda, possibilitando que o Judiciário atue na sua forma mais plena sobre a pretensão que lhe foi apresentada.". PEDRON, Flávio Quinaud; COSTA, Jéssica Nayara Duarte. O saneamento no processo civil como instrumento de efetividade da atividade jurisdicional. *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 274, dez./2017, p. 14.

52 "Cette prérogative nouvelle crée cependant une difficulté. On le sait, l'appréciation des fins de non-recevoir exige parfois de s'intéresser au fond du litige, ce qui n'est pas le terrain « naturel » du juge de la mise en état. Sur ce point, le décret n° 2019-1333 prévoit une procédure particulière. « Lorsque la fin de non-recevoir suppose que soit tranchée au préalable une question de fond, le juge de la mise en état statue sur cette question de fond et sur cette fin de non-recevoir. » Toutefois, dans les affaires qui ne relèvent pas du juge unique ou qui ne lui sont pas attribuées, une partie peut s'y opposer. Dans ce cas, et par exception, le juge de la mise en état renvoie l'affaire devant la formation de jugement, le cas échéant sans clore l'instruction, pour qu'elle statue sur cette question de fond et sur cette fin de non-recevoir. Il peut également ordonner ce renvoi s'il l'estime nécessaire. La décision de renvoi est une mesure d'administration judiciaire, qui est en tant que telle insusceptible de recours.". KEBIR, Mehdi. *Op. cit.*

caráter técnico, tendo como escopo principal facilitar a utilização da convenção processual durante esta fase do procedimento.

Nesse sentido, o artigo 776 do CPC francês indica que, durante a audiência de orientação do processo (*l'audience d'orientation*), o juiz deverá propor as partes a realização de uma convenção processual para a fase do *mise em état*.[53] A ideia é justamente trazer às partes a hipótese da convenção processual para a instrução, facilitando à escolha da convenção e tornando-a mais utilizável.[54]

Além disso, o artigo 1546 apresenta inovações relevantes no procedimento participativo, criando hipóteses exemplificativas de temas que podem ser tratados mediante convenção das partes. Nesse sentido, a alínea 3 do referido dispositivo cita como temas objeto de possível negócio processual: (i) listar os fatos ou documentos sobre os quais as partes concordem quanto à existência, conteúdo ou interpretação; (ii) determinar os pontos de direito aos quais pretendem limitar o debate, uma vez que se referem a direitos de livre disposição; (iii) indicar um perito ou ouvir a opinião de um técnico em conjunto; (iv) designar um mediador ou conciliador; (v) registrar o depoimento pessoal das partes, ouvidas sucessivamente na presença de seus advogados e (vi) registrar a oitiva de testemunhas, coletadas em conjunto pelas partes.[55]

53 Article 776. Sous réserve des dispositions de l'article 1108, au jour de l'audience d'orientation, l'affaire est appelée devant le président de la chambre saisie ou à laquelle l'affaire a été distribuée.
Celui-ci confère de l'état de la cause avec les avocats présents en leur demandant notamment s'ils envisagent de conclure une convention de procédure participative aux fins de mise en état dans les conditions du titre II du livre V.

54 "Le décret n° 2019-1333 modifie de façon éparse quelques dispositions purement techniques du code de procédure dans le but de faciliter le recours à la procédure participative. Ainsi désormais, la question sera abordée lors de l'audience d'orientation au cours de laquelle il est traditionnellement débattu de l'état de la cause. Les avocats présents devront indiquer au président de la chambre saisie s'ils concluent ou non une convention de procédure participative aux fins de mise en état". KEBIR, Mehdi. *Op. cit.*.

55 L'acte de procédure contresigné par avocat est établi conjointement par les avocats des parties à un litige ayant ou non donné lieu à la saisine d'une juridiction, en dehors ou dans le cadre d'une procédure participative.
Par actes contresignés par avocats précisés dans la convention de procédure participative, les parties peuvent notamment : 1° Enumérer les faits ou les pièces qui

Na França, as inovações foram vistas com bons olhos, na medida em que consolidam a possibilidade de retirar a fase instrutória do âmbito interno do judiciário, reforçando às partes sua posição no centro de investigação do litígio. Por outro lado, as mudanças também foram vistas como meramente técnicas, e que não resolvem os problemas principais da contratualização e externalização da prova, quais sejam, seu peso excessivo para as partes (que devem conduzir o procedimento) e a dificuldade de compreender todas as consequências de sua utilização.[56]

Em comparação, não há dúvidas de que a redação dada pelo Decreto 1.333/19 vai muito além do saneamento compartilhado previsto no CPC brasileiro, que prevê tão somente a possibilidade de delimitação consensual dos pontos de fato e direito a serem objeto de atividade probatória e futuro julgamento (art. 357, §2º). Mesmo que se

ne l'auraient pas été dans la convention, sur l'existence, le contenu ou l'interprétation desquels les parties s'accordent ; 2° Déterminer les points de droit auxquels elles entendent limiter le débat, dès lors qu'ils portent sur des droits dont elles ont la libre disposition ; 3° Convenir des modalités de communication de leurs écritures ; 4° Recourir à un technicien selon les modalités des articles 1547 à 1554 ; 5° Désigner un conciliateur de justice ou un médiateur ayant pour mission de concourir à la résolution du litige. L'acte fixe la mission de la personne désignée, le cas échéant, le montant de sa rémunération et ses modalités de paiement ; 6° Consigner les auditions des parties, entendues successivement en présence de leurs conseils, comportant leur présentation du litige, leurs prétentions, les questions de leurs avocats ainsi que leurs réponses et les observations qu'elles souhaitent présenter ; 7° Consigner les déclarations de toute personne acceptant de fournir son témoignage sur les faits auxquels il a assisté ou qu'il a personnellement constatés, recueillies ensemble par les avocats, spontanément ou sur leur interrogation. L'acte contient les mentions prévues au deuxième alinéa de l'article 202. Le témoin fait précéder sa signature de la mention prévue au troisième alinéa du même article ; 8° Consigner les constatations ou avis donnés par un technicien recueillies ensemble par les avocats.

56 "À l'analyse, la nouvelle procédure participative conduit à renforcer la logique d'externalisation de l'instance et tend en cela à redonner du sens au principe dispositif à ce stade de la procédure. Le décret a le mérite de respecter l'économie de cette procédure participative qui consiste à replacer les parties au cœur de l'instruction de leur propre affaire. Mais il fait clairement le choix d'instaurer des mesures incitatives, purement techniques, ce qui constitue à la fois l'intérêt de la réforme et sa limite. Il semble que les changements, ponctuels, ne soient pas suffisants pour combler les lacunes classiquement attribuées à la procédure participative, notamment sa lourdeur et l'illisibilité de son régime. Elle est avant tout dépendante de son appropriation par les parties et leurs conseils. Ces derniers pourront utilement consulter le modèle de convention proposé par le CNB qui intègre les nouvelles dispositions."; KEBIR, Mehdi. *Op. cit.*

possa considerar a produção extrajudicial da prova seja uma realidade juridicamente possível no Brasil[1], uma legislação mais expressa quanto ao tema poderia permitir a maior utilização das convenções probatórias no direito brasileiro, assim como facilitar o incentivo, pelo juiz, de sua utilização pelas partes.

3.3 Princípio da execução provisória

Por fim, merece alguns comentários a alteração do regime de exequibilidade das decisões de primeira instância pelo Decreto 1.333/19 A normativa alterou os artigos 514 a 524 do Código de Processo Civil francês, estabelecendo a regra geral de que as decisões de primeira instância são exequíveis de imediato através de execução provisória, salvo casos contrários expressamente previstos em lei[2], e determinou regras concernentes a esse novo regime.

A regra, entretanto, apresenta suas exceções. A primeira encontra-se no artigo 514-1[3], que prevê a possibilidade de que a execução provisória seja afastada pelo juiz de primeira instância, de ofício ou a requerimento da parte, conforme a natureza do caso, desde que o faça em decisão devidamente fundamentada. Esta regra, todavia, não permite afastar a execução provisória concedida em sede de *référé*[4].

1 Sobre o tema, cf. MAFFESSONI, Behlua Ina Amaral. *Convenções processuais em matéria probatória e poderes instrutórios do juiz.* Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 2020.

2 Article 514. Les décisions de première instance sont de droit exécutoires à titre provisoire à moins que la loi ou la décision rendue n'en dispose autrement.

3 Article 514-1 Le juge peut écarter l'exécution provisoire de droit, en tout ou partie, s'il estime qu'elle est incompatible avec la nature de l'affaire.
Il statue, d'office ou à la demande d'une partie, par décision spécialement motivée.
Par exception, le juge ne peut écarter l'exécution provisoire de droit lorsqu'il statue en référé, qu'il prescrit des mesures provisoires pour le cours de l'instance, qu'il ordonne des mesures conservatoires ainsi que lorsqu'il accorde une provision au créancier en qualité de juge de la mise en état.

4 Instituto similar à tutela provisória. Para um estudo detalhado sobre o tema, cf. CHAINAIS, Cécile. *La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil em droits français et italien*. Paris: Dalloz, 2007.

Da mesma forma, no caso de eventual recurso de apelação, o Primeiro Presidente do Tribunal poderá também afastar a execução provisória quando verificar a existência de alta probabilidade de anulação da decisão ou quando entender que a execução imediata poderá gerar consequências excessivas à parte executada, nos termos do artigo 514-3. O mesmo pode ser feito pelo juízo de primeira instância, caso haja requerimento pela parte executada e exista riscos de consequências excessivas à parte executada, também segundo o mesmo artigo.[5]

A medida não foi recebida como positiva. François de La Vassière afirma que ampla a recorribilidade da decisões de primeira instância, somadas a uma aparente queda na qualidade das decisões proferidas – causada, sobretudo, pelo estagnação do número de juízes no Judiciário francês, mesmo com o aumento da população e dos processos – fará com que a execução provisória geral implique apenas um aumento de litigiosidade junto ao Primeiro Presidente do Tribunal, que certamente lidará com inúmeros pedidos de suspensão desta exequibilidade. Nesse sentido, o autor afirma ainda que a regra da execução provisória deveria estar acompanhada de um incentivo na melhoria da qualidade das decisões de primeira instância, o que não se vê na realidade, visto que as reformas francesas mais recentes tendem a diminuir o julgamento colegiado em primeira instância – elemento considerado relevante na justiça francesa.[6]

5 Article 514-3 En cas d'appel, le premier président peut être saisi afin d'arrêter l'exécution provisoire de la décision lorsqu'il existe un moyen sérieux d'annulation ou de réformation et que l'exécution risque d'entraîner des conséquences manifestement excessives.
La demande de la partie qui a comparu en première instance sans faire valoir d'observations sur l'exécution provisoire n'est recevable que si, outre l'existence d'un moyen sérieux d'annulation ou de réformation, l'exécution provisoire risque d'entraîner des conséquences manifestement excessives qui se sont révélées postérieurement à la décision de première instance.
En cas d'opposition, le juge qui a rendu la décision peut, d'office ou à la demande d'une partie, arrêter l'exécution provisoire de droit lorsqu'elle risque d'entraîner des conséquences manifestement excessives.

6 "On peut douter que le nouveau régime de l'exécution provisoire apporte une amélioration à un mécanisme rodé et qui fonctionnait plutôt bien jusqu'alors, car il n'a aucune influence sur la calamité que constitue le taux élevé de recours en appel, notamment en matière sociale, avec des délais de traitement insensés en certains

As críticas são similares às motivações do retorno do efeito suspensivo à apelação no projeto de novo Código de Processo Civil brasileiro junto à Câmara dos Deputados. Não há dúvidas, contudo, que a retirada do efeito suspensivo à apelação é uma decisão que busca garantir maior efetividade ao sistema de justiça, sendo capaz de diminuir bastante o hiato entre a sentença de mérito favorável e a efetiva satisfação do direito nela consignado. Ademais, não há dúvidas de que o efeito suspensivo da apelação *ope legis* se afigura no mínimo contraditório com a eficácia imediata das tutelas provisórias, que são fundadas em cognição sumária.[7]

Ampla recorribilidade das decisões, risco de aumento da litigiosidade no Presidente do Tribunal ou a suposta má qualidade

lieux. Bien au contraire, il va augmenter certainement le contentieux du premier président, devant lequel on retrouvera tous les justiciables qui s'estiment victimes d'un « mal jugé » et qui, dès lors, n'accepteront pas d'être placés dans l'impasse de l'exécution immédiate systématique. Pourquoi ne pas faire confiance au juge qui, jusqu'à présent, faisait la part des choses au cas par cas, en dehors de tout automatisme, puisqu'en laissant subsister les deux soupapes de sécurité antérieures de l'arrêt ou de l'octroi de l'exécution provisoire, on pose un principe fonctionnel qu'il sera tentant - puisque possible - de contourner ? En toute honnêteté, chacun sait que l'exécution provisoire de plein droit ne peut se justifier que par une amélioration sensible de la qualité des décisions de première instance, ce que ne favorise guère l'abandon de la collégialité pour des raisons budgétaires. Le nombre de magistrats en France est resté sensiblement le même par rapport à l'époque où la population était deux fois moindre ! Dès lors, dans le contexte d'un droit positif d'une complexité effarante, les justiciables entretiennent un cercle vicieux en surchargeant les cours d'appel de recours dont ils imputent la nécessité à la médiocrité des décisions déférées, sans que les règles de procédure ne puissent constituer un frein efficace (sauf si elles venaient à interdire les recours, ce qui s'observe déjà dans certaines matières, mais qui est profondément contraire à notre culture juridique).". VASSIÈRE, François de la. Réforme de la justice: tour d'horizon des mesures réglementaires. *AJDI*. Paris: Dalloz, 2020.

7 Assim ressaltava a doutrina ao analisar o projeto inicial do novo CPC, que previa a retirada do efeito suspensivo imediato da apelação: "A mudança, pela qual já propugnava de forma unânime a doutrina, segue tendência universal; coaduna-se com os ideais de uma execução célere, ainda que provisória; serve de instrumento para o combate aos recursos protelatórios; e contribui para a valorização do juízo de 1.ª instância. Elide, ainda, uma grave incoerência da legislação vigente, eis que, por força da antecipação dos efeitos da tutela, o juízo de verossimilhança, sob cognição sumária, conduz à execução provisória do provimento antecipatório; já a sentença, embora emitida com base em juízo de certeza e após cognição exauriente, não autoriza, em regra, à execução provisória, ex vi do efeito suspensivo de que a apelação normalmente se reveste.". PANTOJA, Fernanda Medina. Reflexões iniciais sobre os possíveis formatos da apelação no projeto do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, vol. 216, fev. 2013.

das decisões judiciais não se apresentam, inicialmente, como impedimentos reais para essa mudança de paradigma. Consistem em receios cuja causa tem raiz cultural, a depender do alto nível de litigiosidade, e cuja solução não advêm da letra da lei, mas de anos de prática forense sem uma mudança de mentalidade quanto ao tema.

4. SÍNTESE CONCLUSIVA: O QUE PODEMOS APRENDER COM A RECENTE REFORMA NO DIREITO FRANCÊS?

Toda a reforma apresentada pela Lei nº 222/2019 foi apresentada na França como uma tentativa de tornar a justiça francesa mais confiável ao cidadão, tornando-a simples e mais próxima do jurisdicionado e competitiva perante os novos modos de resolução de conflito, sobretudo advindos das reformas tecnológicas e de serviços específicos apresentados por grandes empresas.

Parte desse objetivo parece ter sido alcançado mediante as reformas analisadas. No plano extraprocessual, a unificação dos tribunais de instância e grande instância podem significar uma modificação que tornará o sistema de justiça civil mais acessível e simplificado ao jurisdicionado, além de permitir a alocação de recursos de forma mais eficaz em casos especializados. Da mesma forma, a unificação dos procedimentos de *injonction de payer* indica um avanço na gestão dos recursos e na adequabilidade da organização judiciária ao desenho das demandas que são apresentadas ao sistema, o que se afigura uma saída inteligente.

No plano intraprocessual, também se apresentam valiosas as reformas que buscam ampliar os poderes do *juge dela mise em état*, tanto na resolução de questões processuais quanto no incentivo de realizar convenções processuais sobre a fase instrutória, mudanças que poderão desafogar o julgamento colegiado de assuntos não ligados ao mérito da demanda, no primeiro caso, e desjudicializar a instrução processual, no segundo caso. Similarmente, a regra geral de execução provisória em decisões de primeira instância pode gerar grandes efeitos práticos em termos de efetividade, na esteira do que se

esperou no Brasil durante a tramitação inicial do então novo Código de Processo Civil.

Por outro lado, algumas alterações parecem ir de encontro às premissas que se buscavam alcançar na dita reforma. A proibição da jurimetria e a amplitude das exceções à publicidade de dados das decisões judiciais acaba por afastar o Judiciário do cidadão, tornando-o menos transparente e, por consequência, menos aberto a críticas e melhorias, inclusive estruturais. A regulamentação das ODR's, embora consista num inequívoco avanço para aproximação do sistema de justiça à virada tecnológica, parece ter sido elaborada incentivando uma prestação privada do serviço, o que foi criticado pela doutrina francesa numa posição à qual ressalva-se certa discordância. A exigência de uma audiência prévia em casos de menor envergadura, por fim, pode se tornar uma formalidade que não incentiva o uso da autocomposição pelo litigante – ao contrário, cria uma imagem negativa dos métodos alternativos de solução de conflitos, na medida em que os impõe às partes.

Em suma, algumas mudanças do direito processual Francês podem apresentar modelos de interessante reflexão no direito brasileiro. Identificar procedimentos repetitivos e criar estruturas próprias do Judiciário para lidar com estas demandas, fugido das regras tradicionais de competência, talvez seja uma interessante saída para a litigiosidade repetitiva e serial que se vive no país. A regulamentação e o incentivo das ODR's, da mesma forma, podem significar passo importante para levar parte da litigiosidade em direção aos métodos autônomos de solução – não obstante a exigência de uma conciliação prévia não seja, a princípio, a solução mais eficaz para este objetivo. Por fim, o estímulo à realização de uma convenção processual referente à fase do *mise en état* é um excelente exemplo de como a norma processual pode trazer novas ideias de convenções processuais para os litigantes que retiram do âmbito judicial a fase instrutória e contribuem para uma gestão mais eficaz do processo pelas próprios litigantes, aliviando o dever de duração razoável do impulso oficial.

De outro lado, algumas mudanças não devem ser vistas infelizmente, como um modelo de referência. Destas mudanças, destaca-se a proibição e a criminalização da jurimetria, medida que desconsidera as possibilidades de aprimoramento do sistema de justiça a partir deste tipo de tecnologia.

5. REFERÊNCIAS

ANDRADE, Érico. Gestão processual flexível, colaborativa e proporcional: cenários para implementação das novas tendências no CPC/2015. Rev. Fac. Direito UFMG, n. 76, jan/jun 2020, pp. 183-212.

BECKER, Daniel; BRÍGIDO, João Pedro. Ne le laisser pas profiler: a França e seu 'coup de grâce' na jurimetria. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/regulacao-e-novas-tecnologias/ne-le-laissez-pas-profiler-a-franca-e-o-seu-coup-de-grace-na-jurimetria-16062019.

CADIET, Loïc. Perspectivas sobre o Sistema da Justiça Civil Francesa – Seis Lições Brasileiras. 1ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

CHAINAIS, Cécile. *La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil em droits français et italien*. Paris: Dalloz, 2007.

EUDIER, Frédérique. Les dispositions de procédure civile de la loi du 23 mars 2019. AJ Famille. Paris: Dalloz, 2019.

FRANÇA, Assemblé Nationale. *Rapport nº 1396 et 1397, enrigestré 9 novembre 2018*. Disponível em: http://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/rapports/cion_lois/l15b1396-t1_rapport-fond.pdf. Acesso em 04 de outubro de 2020.

FRANÇA, Ministère de la Jusice. *Loi de programmation 2018-2022 et reforme pour le justice*. Doisser de presse, 2019.

FRICERO, Natalie. Procédure Civile. Recueil Dalloz. Paris: Dalloz, 2020.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca; (Re)Pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática. 5 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Almedina, 2020.

JEULAND, Emmanuel. Justice numérique, justice inique? Les Cahiers de la Justice. Paris: Dalloz, 2019/2, Nº 2.

KEBIR, Mehdi. Réforme de la procédure civile: promotion dela mise em état conventionelle et extension des pouvoirs du JME. *Dalloz Actualités*. Paris: Dalloz, 2019.

LOUVEL, Bertrand. Pour l'unité de Tribunal. Cour de Cassation, 2017. Disponível em: https://www.courdecassation.fr/IMG///Tribune_Pour_l_unite_de_tribunal_.pdf. Acesso em 04 de outubro de 2020.

MAFFESSONI, Behlua Ina Amaral. *Convenções processuais em matéria probatória e poderes instrutórios do juiz*. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 2020.

MOLFESSIS, Nicolas. Amélioration et simplification de la procédure civile. França: Ministério da Justiça, 2018.

NUNES, Dierle; DUARTE, Fernanda Amaral. Jurimetria, Tecnologia e Direito Processual. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro (Org.). Inteligência Artificial e Direito Processual: os impactos da virada tecnológica no direito processual. Salvador: JusPodivm, 2020.

NUNES, Marcelo Guedes. Jurimetria: como a estatística pode reinventar o direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

PANTOJA, Fernanda Medina. Reflexões iniciais sobre os possíveis formatos da apelação no projeto do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 216, fev. 2013.

PEDRON, Flávio Quinaud; COSTA, Jéssica Nayara Duarte. O saneamento no processo civil como instrumento de efetividade da atividade jurisdicional. *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 274, dez./2017.

RAVAGNANI, Giovani dos Santos. Automação da advocacia, gestão de contencioso de massa e a atuação estratégica do grande litigante. *Revista de Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, vol. 265, 2017 [versão eletrônica].

VASSIÈRE, François de la. Réforme de la justice: tour d'horizon des mesures réglementaires. AJDI. Paris: Dalloz, 2020.

ZAGANELLI, Margareth Vetis; JUNIOR, Jamiro Campos dos. A mediação em matéria civil e comercial como método alternativo de solução de litígios no ordenamento italiano. Rev. Fac. Direito UFMG. Belo Horizonte: UFMG, n. 70, 2017.

A REAÇÃO AO INADIMPLEMENTO DOS NEGÓCIOS PROCESSUAIS:
As propostas atuais da literatura jurídica portuguesa e brasileira

Carolina Paim Silva
Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais.
Advogada. carolinapaim@outlook.com.

RESUMO

O presente artigo tem o objetivo de apresentar posicionamento da literatura jurídica quanto ao inadimplemento dos negócios processuais, e mais precisamente, das formas de reação do credor diante dele, a partir de uma perspectiva comparada luso-brasileira. Para tanto, parte-se, primeiramente, das premissas já consolidadas e sistematizadas no estudo da Teoria Geral dos Negócios Processuais, tanto no Direito Civil português quanto no Direito Civil brasileiro. Na sequência, expõe-se o posicionamento da portuguesa Paula Costa e Silva, especificamente sobre as perturbações no cumprimento dos negócios jurídicos processuais e, também, o atual panorama traçado literatura processualista brasileira. Ao final, pôde-se concluir que muitas das premissas necessárias à construção de um Sistema de Perturbações dos Negócios Processuais já estão lançadas, devendo, agora, ser confrontadas e aprofundadas.

Palavras-chave: Perturbações no cumprimento das obrigações. Negócios processuais. Inadimplemento. Responsabilidade negocial.

Sumário: 1 Introdução; 2 Teoria Geral das Perturbações na Execução das Obrigações: a reação ao inadimplemento no Direito brasileiro e no Direito português; 3 As perturbações no cumprimento dos negócios processuais e a reação ao incumprimento para a literatura portuguesa: a proposta apresentada por Paula Costa e Silva; 4 As

perturbações no adimplemento dos negócios processuais e a reação ao inadimplemento para a literatura brasileira; 5 Considerações finais; 6 Referências

1. INTRODUÇÃO

No Brasil, o estudo dos negócios jurídicos processuais – cada vez mais explorado pela literatura jurídica, com a consolidação do instituto pelo Código de Processo Civil de 2015[8] – tem partido da conjugação dos sistemas normativos do Direito Processual Civil e do Direito Civil, considerando-se que "se submetem a regime jurídico *misto*, em que se entrelaçam normas de direito processual e de direito material"[9].

Diante da premissa acima, entende-se que, assim como nos negócios jurídicos em geral, os acordos processuais também merecem ser analisados a partir dos efeitos do inadimplemento e da atuação desconforme de uma das partes contratantes. O tema, vinculado ao estudo das perturbações no cumprimento dos negócios processuais, apesar de ainda timidamente explorado[10], tanto no Brasil quanto no exterior, tem enorme relevância para a construção de uma teoria geral e completa dos negócios processuais.

Isso porque, como qualquer relação contratual, o vínculo estabelecido entre as partes com a celebração de negócios processuais está sujeito a ser perturbado no curso de sua execução. Assim, impõe-se a necessidade de estudar soluções de gestão da crise contratual.

O estudo ora proposto envolve a análise preliminar do posicionamento da literatura quanto à matéria, partindo, primeiramente, das premissas já consolidadas e sistematizadas no estudo da Teoria Geral dos Negócios Jurídicos, tanto no Direito Civil

8 NOGUEIRA, Pedro Henrique. Prefácio. In: DIDIER JR., Fredie. *Ensaios sobre os negócios jurídicos processuais*. Salvador: JusPodivm, 2018 p. 8

9 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Convenções das partes sobre matéria processual*. In: Temas de Direito Processual – 3ª série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 93.

10 Nesse sentido, registra Paula Costa e Silva (*Perturbações no cumprimento dos negócios processuais: Convenções de arbitragem, pactos de jurisdição, cláusulas escalonadas e outras tantas Novelas pouco exemplares, mas que desejam muito entretenimento*. Coimbra: AAFDL Editora, 2020, p. 11).

português quanto no Direito Civil brasileiro. Na sequência, expõe-se o posicionamento da portuguesa Paula Costa e Silva, especificamente sobre as perturbações no cumprimento dos negócios jurídicos processuais e, ainda, da literatura jurídica brasileira.

2. TEORIA GERAL DAS PERTURBAÇÕES NA EXECUÇÃO DAS OBRIGAÇÕES: a reação ao inadimplemento no Direito brasileiro e no Direito português

Preliminarmente, na busca da construção de uma teoria geral adequada dos negócios processuais, deve-se voltar às premissas já consolidadas pela literatura civilista. Isso porque, como já enunciado, a Teoria Geral, já amplamente desenvolvida pelos civilistas, tem a pretensão de ser ampla e sistemática, aplicável a toda espécie de obrigação e negócio jurídico, inclusive os processuais. Nesse sentido, a lição de António Menezes Cordeiro:

> "Pelas suas características, pela sua generalidade e pelas suas tradições, o Direito civil não é apenas o Direito comum do privatismo: ele opera como Direito comum a toda a ordem jurídica. Quando, nas mais diversas situações, falhem conceitos ou quadros de referência, o Direito civil, enquanto repositório mais geral da instrumentação jurídica, pode acorrer, sendo utilizável, no mínimo, como referência ordenadora"[11]/[12].

11 MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil Português*. I Parte Geral. Tomo I. 2ª. Ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2000, p. 33.

12 Igualmente, esclarece Filipe José Medon Affonso: "À luz dessa unificação normativa, convém também ressaltar a necessidade de um estreitamento no diálogo entre a doutrina dos processualistas e dos civilistas, na medida em que tal intercâmbio serve para o alicerçamento seguro do edifício de um ordenamento unitário, cujos traços arquitetônicos foram traçados pelas linhas mestras da tábua axiológica de valores da Constituição da República" (*Diálogos entre Direito Civil e Processual Civil em matéria de negócios jurídicos. In:* Negócios processuais. CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). Tomo 2. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 89)

Assim, para que se compreenda qual a resposta para as perturbações dos negócios processuais, é mister que se retorne às bases do Direito Civil quanto ao tema.

A relação obrigacional, compreendida modernamente a partir da obra de Clóvis do Couto e Silva, é percebida em duas fases: (*a*) o nascimento e desenvolvimento a partir de fontes negociais e não-negociais e (*b*) o seu adimplemento, concebido como a "realização das actuações nela previstas" pela "satisfação do interesse do credor, através da prestação do devedor, de modo a obter a realização do seu escopo"[13]. Nesse sentido, Judith Martins-Costa ensina que "estas fases são desenvolvidas no tempo como um *processo*, no senso hegeliano do termo, polarizado por sua finalidade, que é o adimplemento satisfativo"[14].

Assim, as perturbações na execução das obrigações[15], em sentido amplo, abrangem todas as hipóteses de embaraço deste fim, alcançando "todas as hipóteses de incumprimento definitivo, mora, cumprimento defeituoso, impossibilidade, *culpa in contrahendo*, a alteração das circunstâncias, dentre outros institutos"[16] de frustração do adimplemento da relação obrigacional.

No Direito português, Catarina Monteiro Pires[17] enuncia como as principais espécies de perturbação: a impossibilidade (temporária e definitiva); o incumprimento; o cumprimento defeituoso; a mora

13 MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil Português*. II Direito das Obrigações. Tomo IV Cumprimento e não cumprimento, transmissão, modificação e extinção, garantias. Coimbra: Livraria Almedina, 2010, p. 21.

14 MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código civil*, volume V, tomo II: do inadimplemento das obrigações (Artigos 389 a 420), Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 43.

15 O direito das perturbações é a tradução literal de *Recht der Leistungsstörungen*, previsto no BGB, e remonta à monografia de Heinrich Stoll, *Die Lehre von den Leistungsstörungen* (A Teoria das Perturbações, tradução livre), de 1936.

16 MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil Português*. II Direito das Obrigações. Tomo IV Cumprimento e não cumprimento, transmissão, modificação e extinção, garantias. Coimbra: Livraria Almedina, 2010, p. 111.

17 PIRES, Catarina Monteiro. *Perturbações típicas no cumprimento dos contratos comerciais*. I Jornadas de Contratos Comerciais. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2016. Disponível em < http://www.catarinamonteiropires.com/Archive/Docs/f438896855968.pdf > Consultado em 17/10/2020. p. 2.

(do credor e do devedor)[18]; e a alteração das circunstâncias[19]. Para Antônio Menezes Cordeiro

> "Temos não cumprimento, também dito incumprimento ou inadimplemento, sempre que o devedor não realize, de acordo com as regras aplicáveis, a prestação devida [...] enquanto devida"[20]

Sendo o incumprimento imputável a quem lhe deu causa, nasce a responsabilidade obrigacional: todos os prejuízos decorrentes devem ser ressarcidos, aliado à possibilidade de exigir-se a prestação, caso ainda seja possível e subsista interesse do credor.

Transpondo-se a noção de perturbações para o Direito brasileiro, pode-se citar como principais formas de perturbação do adimplemento das obrigações[21]: o inadimplemento em sentido amplo; a força maior e o caso fortuito; a onerosidade excessiva e a teoria da base objetiva do contrato ou teoria da imprevisão.

Veja-se que há, de um lado, as hipóteses de alteração superveniente das circunstâncias[22]: a força maior e o caso fortuito (art.

18 A mora no Direito português é concebida classicamente: é o "retardo culposo na prestação" (MARTINS-COSTA, Judith; COSTA E SILVA, Paula. *Crise e Perturbações no Cumprimento da Prestação*. São Paulo: Quartier Latin, 2020, p. 152).

19 Por alteração das circunstâncias, em sentido amplo, compreende-se "[...] uma modificação objecctiva seja na posição do credor, seja na do devedor, seja no vínculo" (MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil Português*. II Direito das Obrigações. Tomo IV Cumprimento e não cumprimento, transmissão, modificação e extinção, garantias. Coimbra: Livraria Almedina, 2010, p 259).

20 MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil Português*. II Direito das Obrigações. Tomo IV Cumprimento e não cumprimento, transmissão, modificação e extinção, garantias. Coimbra: Livraria Almedina, 2010, p. 103.

21 Além dos institutos citados, há também aqueles que incidem no momento de formação dos negócios jurídicos: o estado de perigo (art. 156 do Código Civil), a lesão (art. 157 do Código Civil); a cláusula geral de ilicitude (art. 187 do Código Civil); a função social do contrato (art. 421 do Código Civil) e a boa-fé (art. 422 do Código Civil) (MARTINS-COSTA, Judith; COSTA E SILVA, Paula. *Op. cit.,* p. 143-144).

22 Em uma noção normativa (ampla) de inadimplemento, estas hipóteses destacadas também podem ser concebidas como hipóteses de inadimplemento, vejamos: "Em sentido amplo se pode dizer que o inadimplemento é a situação objetiva de não-realização da prestação devida e de insatisfação do interesse do credor, independentemente da causa da qual a falta procede"(MARTINS-COSTA, Judith. *Op. cit*. p. 128)

393 do Código Civil); a onerosidade excessiva (arts. 478 a 480 do Código Civil)[23] e a teoria da base objetiva do contrato ou teoria da imprevisão (art. 317 do Código Civil)[24], Em breve síntese, entende-se por alteração superveniente das circunstâncias "a modificação do condicionalismo que rodeie a celebração dos contratos" a qual "pode ser reconhecida eficácia jurídica" com a admissão de "modificações no contrato atingido, ou a sua própria resolução"[25]. Compõem situações em que fatos alheios à vontade das partes contratantes alteram o contexto fático que permeia a relação obrigacional, a partir dos quais o Direito é convocado a alocar entre credor e devedor a responsabilidade pelas consequências adversas deles decorrentes.

De outro lado, o inadimplemento é "a não-realização da prestação devida, *enquanto devida*"[26] e na medida em que devida[27]. Abrange,

23 "A Teoria da Excessiva Onerosidade Superveniente, de matriz italiana, foi acolhida nos arts. 478 a 480 do Código Civil. Embora destinada a equacionar problemas suscitados pela alteração das circunstâncias, as regras nucleadas na *eccessiva onerosità* têm um raio de abrangência mais exíguo do que as fundadas em outras concepções teóricas que visam a dar resposta aos mesmos problemas. [...] Ademais, limita-se a solucionar desequilíbrios verificados em relação ao sinalagma, mas não outro tipo de perturbações, como a frustração do fim que serão passíveis de recepção quando postas regras mais flexíveis para o solucionamento de outros problemas advindos de perturbações na prestação" (MARTINS-COSTA, Judith; COSTA E SILVA, Paula. *Op. cit*. p. 213-214).

24 Aqui não se pretende debruçar-se sobre o real significado da positivação do art. 317 no Código Civil, no entanto, é oportuno registrar que Judith Martins-Costa e Paula Costa e Silva entendem que sua aplicação "tem como limites, o fato de (i) cingir-se às obrigações pecuniárias, como indica sua topografia no Código Civil, e (ii) reger o desequilíbrio que vem a atingir uma mesma prestação considerada em dois momentos temporalmente distintos, a saber: o momento de sua pactuação e o da execução; e ter como requisito a existência de motivos imprevisíveis que causem desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução" (*op. cit.,* p. 204). De outro lado, há quem considere, com base neste dispositivo, uma possibilidade ampla e geral de revisão judicial dos contratos, como Ricardo Pereira Lira (*Da onerosidade excessiva nos contratos - a especificidade do art. 317 do Código Civil*. In: Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, n. 30, 2007. p. 117. Disponível em: <http://www.ablj.org.br/revistas/revista30.asp>).

25 MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de direito civil português. Tratado de Direito Civil Português*. II Direito das Obrigações. Tomo IV Cumprimento e não cumprimento, transmissão, modificação e extinção, garantias. Coimbra: Livraria Almedina, 2010, p. 263.

26 MARTINS-COSTA, Judith, *Op. cit*, p. 129, grifo nosso.

27 "O inadimplemento não é, pois, nem a simples ausência de cumprimento nem a mera não-realização da prestação devida: constitui especificamente, a não-realização da prestação devida, como devida, e na medida em que essa não realização corresponda

portanto, a mora[28], o inadimplemento definitivo (ou absoluto)[29] e a violação positiva do contrato (ou "cumprimento defeituoso")[30]. Em outras palavras, o inadimplemento é concebido como a perturbação imputável[31] a uma das partes da relação obrigacional[32].

à violação da norma (legal, convencional, imposta pelos usos ou derivada de modelo jurisprudencial) que era especificamente dirigida ao devedor (cominando no dever de prestar) ou ao credor (cominando o dever de receber)" (MARTINS-COSTA, Judith, *Op. cit*, p. 130).

28 A mora, no Direito brasileiro, é caracterizada pelo incumprimento não-definitivo da obrigação. Nesse sentido, explica Agostinho Alvim: "O conceito clássico de mora não foi adotado pelo Código Civil, como não é adotado pelo Projeto. O conceito clássico de mora vem a ser: a dilação, é a tardança, em que há carência e culpa. Portanto, onde há culpa no solver o débito ou então receber o que é devido. Mas o Código Civil não seguiu este postulado. Para o Código Civil mora é a *imperfeição no cumprimento da obrigação*. Aquele que não pagar no tempo, lugar e forma convencionados está em mora. Portanto, não é só a tardança. É também a imperfeição no cumprimento da obrigação" (*In*: MENCK, José Theodoro Mascarenhas. *Código Civil no debate parlamentar*. Elementos históricos da elaboração da Lei n. 10.406, de 2002. Vol. 1. Biblioteca Digital, Câmara dos Deputados, 2012, p. 983)

29 O inadimplemento definitivo ou absoluto ocorre quando a prestação devida não é cumprida, nem pode mais sê-la. Configura-se pela inutilidade da prestação, diante da mora, que já não pode mais ser purgada (MARTINS-COSTA, Judith; COSTA E SILVA, Paula. *Op. cit.*, p. 153)

30 A violação positiva do contrato é qualquer ato positivo de violação do interesse de proteção do crédito, também comumente definida como o inadimplemento das obrigações decorrentes dos deveres anexos da boa-fé. Nesse sentido, Judith Martins-Costa: "há ainda outas forma de comportamento do devedor que podem ocasionar inadimplemento, sendo distintas da mora e do inadimplemento absoluto porque não violam interesses de prestação, mas atingem, positivamente, interesse de proteção. Essas formas recaem na esfera da violação positiva do crédito que é espécie de adimplemento ruim" (*Op. cit.* p. 226-227).

31 "Porém, a situação de mora (e, igualmente, a de inadimplemento definitivo) só se concretiza havendo fato ou omissão imputável ao devedor. Imputar não é inculpar; é atribuir responsabilidade. A culpa poderá ser fatos de imputação de responsabilidade, mas não é a imputação em si. [...] O inadimplemento imputável é aquele atribuível ao devedor (ou ao credor, na hipótese de *mora accipiendi*), tendo esclarecido Pontes de Miranda ser a mora, em nosso sistema, resultado do princípio da imputabilidade pois '[p]ara que haja mora é preciso que possa ser imputada, isto é, que possa a qualquer pessoa ser possível a prestação tempestiva'. Assim, se não houver fato imputável – isto é, atribuível – ao devedor (ou ao credor, na *mora creditoris*), não se poderá falar, em bom rigor técnico, em inadimplemento. A questão é lógica: se não houver imputabilidade, então a conduta que seria devida, segundo o contrato, não mais será devida e, consequentemente, o resultado da conduta não se verificará, não sendo essa ausência de resultado atribuível ao obrigado" (MARTINS-COSTA, Judith; COSTA E SILVA, Paula. *Crise e Perturbações no Cumprimento da Prestação*, 2020, p. 153-155).

32 Cumpre aqui lembrar que, em que pese o inadimplemento do devedor ser mais comumente tratado, não há que se excluir a possibilidade de que haja mora por parte

Havido o inadimplemento, imputável ao devedor ou ao credor, o Código Civil privilegia a conservação das obrigações exatamente como acertadas entre as partes, como forma de prestígio do interesse no adimplemento da prestação. O cumprimento (ainda que forçado) da obrigação é a regra de reação ao inadimplemento, conforme enunciam os arts. 411[33] e 475 do Código Civil[34] e espelha o Código de Processo Civil pelo art. 499[35]. Assim, para obter a satisfação daquela obrigação específica acertada entre as partes, o legislador previu medidas executivas específicas para cada espécie de prestação: a penhora, para as obrigações de pagar; a busca e apreensão, para obrigação de dar coisa móvel; a imissão na posse, para a obrigação de dar coisa imóvel; e a determinação de pagamento de terceiro às expensas do devedor, para as obrigações fungíveis de fazer.

Somadas às medidas listadas acima, há medidas coercitivas estipuladas como técnicas de execução indireta da obrigação, para

do credor. Nesse sentido, "Há mora do credor quando, ilicitamente, este provoque o atraso do cumprimento. Também se fala em mora do credor para traduzir o atraso causado por ele, independentemente da existência de juízo de ilicitude" (*Tratado de Direito Civil Português*. II Direito das Obrigações. Tomo IV Cumprimento e não cumprimento, transmissão, modificação e extinção, garantias. Coimbra: Livraria Almedina, 2010, p. 127)."A falta de colaboração do credor traduz-se, concretamente, em diversas ocorrências. Assim, o credor pode, pura e simplesmente, ter recusado a prestação. A recusa, aliás, é susceptível de derivar de simples passividade: tal sucede, por exemplo, na dívida que, ao credor, competia cobrar, quando ele não o faça. O credor pode, ainda, não praticar determinados actos necessários à efectivação da prestação. Esses actos são materiais ou jurídicos: tanto provoca atraso no cumprimento, por exemplo, o credor que não abre a porta ao canalizador, obrigado a determinada prestação, como o credo que recusa a quitação que o devedor tem direito" (*Tratado de Direito Civil Português*. II Direito das Obrigações. Tomo IV Cumprimento e não cumprimento, transmissão, modificação e extinção, garantias. Coimbra: Livraria Almedina, 2010, p. 128)

33 Art. 411, CC. Quando se estipular a cláusula penal para o caso de mora, ou em segurança especial de outra cláusula determinada, terá o credor o arbítrio de exigir a satisfação da pena cominada, juntamente com o desempenho da obrigação principal.

34 Art. 475, CC. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.

35 Art. 499, CPC. A obrigação somente será convertida em perdas e danos se o autor requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.

as hipóteses em que não é possível a satisfação forçada direta da prestação devida.

Aliado ao direito de haver a prestação tal como contratada, surge, ainda, a responsabilidade negocial, cuja principal eficácia é a de natureza indenizatória: a parte responsável tem o dever de reparar o prejuízo causado à parte prejudicada. A extensão da reparação devida dependerá da espécie de inadimplemento identificada. No caso da mora, o credor poderá exigir a execução específica da obrigação devida (eis que, ainda, possível), somada às perdas e danos suplementares decorrentes da conduta do devedor[36].

Já no caso do inadimplemento absoluto, o credor terá de recorrer diretamente à execução substitutiva da obrigação, que abrangerá tanto o valor pecuniário a ela correspondente quanto às perdas e danos decorrentes da conduta do devedor.

Veja-se que, qualquer que seja a espécie de inadimplemento, a resposta que o Direito brasileiro confere à parte prejudicada é a possibilidade de execução diretamente a prestação devida, quando ainda possível, e/ou de ver convertida as consequências danosas da conduta da parte responsável em prestação pecuniária.

Todo o exposto acima é essencial para a adequada compreensão da conveniência de se adotar a resposta conferida pelo Direito Civil ao inadimplemento das obrigações de natureza material também ao inadimplemento daquelas nascidas de negócios processuais.

36 "Em regra, incumbe ao credor perseguir a execução direta da obrigação inadimplida, para tanto convocando o Estado para compelir o devedor a cumprir o prometido. Porém, na impossibilidade da execução específica, ou na sua falta de utilidade para o credor (se essa falta de utilidade resultou do inadimplemento) ou quanto o título preveja a transformação automática da prestação em indenização, a obrigação original se converte no dever de indenizar. Assim sendo, é efeito geral do inadimplemento imputável o dever de reparar o prejuízo causado" (MARTINS-COSTA, Judith. *Op. cit.*, p. 224)

3. AS PERTURBAÇÕES NO CUMPRIMENTO DOS NEGÓCIOS PROCESSUAIS E A REAÇÃO AO INCUMPRIMENTO PARA A LITERATURA PORTUGUESA: a proposta apresentada por Paula Costa e Silva

Paula Costa e Silva, em obra publicada em 2020[37], expõe panorama inovador no estudo das perturbações no cumprimento dos negócios processuais. A autora cogita que o silêncio da literatura jurídica sobre o tema se justifique pela juventude dos estudos sobre os negócios processuais, o que fez com que, em um primeiro momento, a preocupação fosse com a sua admissibilidade, em enfrentamento das visões publicísticas[38].

A professora portuguesa se propôs a enfrentar os seguintes questionamentos:

(a) Qual a natureza das situações jurídicas fundadas em negócio processual?

(b) Os negócios processuais se sujeitam a perturbações?

(c) Caso as perturbações possam ocorrer, o que se sucede?

Para tanto, parte de duas premissas teóricas. A primeira delas é a teoria das atribuições de Pedro Múrias[39], que propôs uma revisão da teoria da obrigação para uma realidade diversa, enunciando que,

37 COSTA E SILVA, Paula. *Perturbações no cumprimento dos negócios processuais: Convenções de arbitragem, pactos de jurisdição, cláusulas escalonadas e outras tantas Novelas pouco exemplares, mas que desejam muito entretenimento.* Coimbra: AAFDL Editora, 2020.

38 COSTA E SILVA, Paula. *Op. cit*. p. 14.

39 "Neste contexto, recordem-se as observações de PEDRO MÚRIAS, quando, já em 2008, escreve: 'Este modo de ver serve ainda para as atribuições 'de' direito probatório, resultantes (...) de uma confissão ou de uma convenção sobre o ónus da prova. Na verdade, as atribuições são ainda e sempre do direito da satisfação e da não satisfação; os acontecimentos que levam à satisfação é que dizem respeito ao direito probatório: a prova de certa proposição relevante num caso, a chamada 'inversão' do ônus da prova no outro. Quanto a eles, não compete dizer nada aqui'. Será exatamente quanto a estes tipos de atribuições que tentaremos, aqui, dizer alguma coisa. [...] A chamada de atenção de PEDRO MÚRIAS está na recondução de certas atribuições ligadas ao processo – aqui, a forma de expressão é, ainda, propositadamente, pouco precisa – à categoria das atribuições negociais não obrigacionais" (MÚRIAS, Pedro. *Um conceito de atribuição para o direito do não cumprimento*, p. 85. *apud* COSTA E SILVA, Paula. *Op. cit.*, p. 121-122).

para além de prestações, as partes podem negociar atribuições não obrigacionais. Ancorada nesse raciocínio, Paula Costa e Silva assenta que da celebração do negócio processual, diferentemente do que ocorre com os negócios de natureza material, não resulta para a parte nenhuma obrigação, nem prestação[40]. Surgem, assim, três posições na negociação processual: o titular da atribuição, o beneficiário da atribuição e o atribuinte[41].

A noção de satisfação, então, se amolda à ocorrência de certo acontecimento imputável ao atribuinte.

A segunda premissa teórica deriva da obra de James Goldschmidt[42], para quem a análise do processo perpassa a compreensão de seu fim, do fim dos atos processuais e dos níveis de expectativa das partes quanto à sua possibilidade de ganho de causa. Aliçercada nessa concepção, Paula Costa e Silva concebe que os negócios processuais não têm por função persuadir o juiz (não se destinam à formação de seu convencimento sobre a resolução de mérito da demanda),

40 "Dos negócios não resultam deveres de prestação, mas antes atribuições estritamente jurídicas para a parte que deles é beneficiária" (COSTA E SILVA, Paula. *Op. cit.*, p. 142)

41 A título exemplificativo, em negócio processual que estabelece cláusula de pagamento de honorários periciais, o beneficiário é o perito, o titular da atribuição aquele que arcará com o pagamento da verba honorária e o atribuinte a contraparte.

42 "Na relação entre o fim dos actos processuais que vão sendo praticados, o fim do processo e os níveis de expectativa de cada uma das partes quanto à sua possibilidade de obter ganho de causa. Este tripé é central para se compreender a distinção que GOLDSCHMIDT opera entre os diversos tipos de actos processuais atendendo à respectiva articulação com o fim do processo e a necessidade de persuadir o decisor. Se o processo se destina ao proferimento de uma decisão de mérito que determinará quem tem razão, cada uma das partes tentará convencer o juiz de que o seu caso é o melhor caso; ela deve ser vencedora, a contraparte, vencida. [...] Onde entram, em todo esse sistema, os negócios processuais? Entram na zona dos actos processuais que não têm por função persuadir o juiz e que antes determinam o conteúdo do acto de decisão quanto aos aspectos por eles especificamente regulados. Válido o negócio, não pode o juiz desconsiderar a sua existência e decidir, como se litigiosa fosse, uma questão por aquele superada. Por esta razão, os negócios são qualificados como actos constitutivos: eles criam uma situação de estabilidade quanto à matéria que regem. Também por esta razão os negócios processuais são equiparados aos negócios dispositivos: eles não têm por efeito criar situações jurídicas análogas a obrigações; os negócios não fundam deveres de prestação porque a finalidade pretendida pelo seu autor não requer este meio jurídico de ordenação de posições. O seu efeito – determinação directa do conteúdo da decisão – dispensa a constituição de situações relativas entre as partes processuais" (COSTA E SILVA, Paula. *Op. cit*. p. 125-126).

na medida em que são atos meramente dispositivos, cujos efeitos se limitam à determinação direta do conteúdo da decisão.

Responde, assim, ao primeiro questionamento enumerado anteriormente: os negócios processuais são negócios dispositivos, a partir dos quais a parte pratica um ato que modela uma situação jurídica pré-existente, estabelecendo, para tanto, um padrão de conduta, que não se confunde com uma obrigação, tampouco com um dever de prestar. A autora alerta, no entanto, para o fato de que "da qualificação dos negócios processuais como negócios processuais dispositivos, nada se extrai para os conjuntos de casos em que, apesar de celebrada a convenção, a parte age de modo desconforme"[43]. Disso conclui, ainda, que a subsunção dos negócios processuais ao regime geral das perturbações não depende de sua natureza (dispositiva ou obrigacional), mas da pertinência dos regimes dispostos a oferecer uma forma de reação adequada para a parte fiel.

Registra, na sequência, que os negócios processuais se sujeitam sim a perturbações. Mesmo afastando a natureza obrigacional nas situações reguladas pela negociação processual, Paula Costa e Silva entende que as atribuições processuais são passíveis de atuação desconforme. Isso porque, a parte, ainda que tenha aceitado agir de certa forma dentro do processo, pode agir de modo diverso do acordado, a partir da prática de um ato processual postulativo diverso daquele ao qual se vinculou[44].

Ao enfrentar o último questionamento formulado, a Professora afasta-se da solução proposta pelo Direito Civil. Entende que a possibilidade de veicular pedido de condenação ao cumprimento da situação jurídica estipulada no negócio processual não atende verdadeiramente ao interesse de satisfação da parte fiel[45].

43 COSTA E SILVA, Paula. *Op. cit*. p. 131.

44 "[...] os deveres ancorados em negócios processuais são passíveis de actuação desconforme, quer isto dizer, a parte que aceita agir de certo modo no futuro, pode, se e quando chegado o momento em que se comprometeu, não a agir, mas a, agindo, agir de certo modo, agir de modo diferente"(COSTA E SILVA, Paula. *Op. cit*. p. 123)

45 "Se nunca perdermos de vista que o processo é acto complexo, integrado por actos de persuasão, compreendemos porque não pode a lógica dos deveres de prestar, protegidos primariamente por acções de cumprimento, proteger uma parte fiel. Dito

Via de regra, para a autora, a reação da parte fiel, ante o descumprimento da negociação processual, ocorre pela formulação de uma *exceção processual*[46]. Isto é, identificada conduta desconforme com aquela estabelecida no acordo processual, a parte fiel apresenta ao magistrado a situação de descumprimento, que promoverá a inadmissão da adversa. A solução proposta se amolda perfeitamente ao caso em que o negócio processual veicular uma proibição negocial de fazer (e.g. renúncia a recurso), a inadmissibilidade da conduta reconfigura o *status quo ante*.

---

de outro modo, compreendemos porque seria inadequado atribuir-lhe uma posição creditícia que tivesse como conteúdo o direito a uma prestação da sua contraparte. No caso de prestações de facto positivas, isso parece evidente. Mas, ainda que se trate de prestação de facto negativo, quer como se tenham presentes as obrigações de não fazer, quer as obrigações de suportar ou tolerar (*pati*), apesar de mais ténue fronteira entre os deveres processuais fundados em negócio processual, há uma diferença assinável. Nestes casos, tal como na obrigação de *non facere*, a parte não quer que a situação jurídica processual seja, sequer, exercida, e, como tal, não quer que o acto processual que traduz o exercício de tal situação seja admitido. [...] Mas a parte não se defende requerendo a condenação da sua contraparte a retirar o acto; mais uma vez, a parte não precisa da cooperação da sua contraparte para fazer cessar a situação de desconformidade. Sendo o seu interesse primário e de que não seja exercida certa situação jurídica processual, ocorrendo o inverso, a parte requer ao decisor que profira uma decisão de inadmissibilidade, da instância, ou do acto: a sua atribuição é, uma vez mais, estritamente jurídica e, mais ainda, de natureza processual" (COSTA E SILVA, Paula. *Op. cit.*, p. 143).

46 "Ora, se a violação do dever ancorado em negócio processual depende da adopção de conduta processual diversa daquela a que o autor do acto se vinculou, a eficácia dessa violação na perturbação do interesse primário da contraparte no negócio é medida por uma intervenção judicial. E esta medição é relevante porquanto ela pode paralisar a situação de desconformidade. A intervenção do tribunal, uma vez conhecido o negócio e o incumprimento dos deveres processuais dele decorrentes, permite dar prioridade a uma espécie de reconstituição natural: rejeitando a postulação por desconforme ao dever assumido, o tribunal aniquila os efeitos do incumprimento" (COSTA E SILVA, Paula. *Op. cit.*, p. 134).
"Porém, para que o tribunal reverta os efeitos do incumprimento, é necessário que a parte processual contrária alegue a verificação de uma violação do parâmetro de actuação negocialmente disposto. Se juntarmos os diversos resultados que fomos obtendo na análise das nossas Novelas, podemos enunciar uma regra de frequência: nos casos analisados, quando uma *parte processual* se comporta de modo desconforme, a contraparte pode invocar uma exceção processual. Este aspecto tem grande relevância na determinação da natureza dos deveres processuais autónomos. Se violados, a contraparte tem direito a deduzir uma excepção. Para fazer cessar a desconformidade, a contraparte alega um meio de defesa" (COSTA E SILVA, Paula. *Op. cit.* p. 134-135}.

No entanto, no caso em que o negócio processual veicula uma conformação da atuação processual (e.g. cláusula de eleição de foro), a simples inadmissão da conduta desconforme não é suficiente para que se materialize a conduta conforme. Nessa hipótese, a reconstituição natural ocorre em menor grau.

Há ainda, outras hipóteses que não comportam, nem parcialmente, solução pela exceção, porque não há ato em desconformidade a ser inadmitido. É o que ocorre, por exemplo, nos casos em que o negócio processual veicula um dever de indicação de árbitro, ou de pagamento de preparo ou, ainda, de apresentação de determinados documentos. Não há como inadmitir-se a situação desconforme justamente porque a desconformidade materializa-se pela não realização do ato acordado. Nesses casos, para a Professora, a solução da parte fiel é recorrer às medidas coercitivas, buscando estimular a atuação conforme pela parte infiel.

A autora conclui:

> "Dos negócios [processuais] não resultam deveres de prestação, mas antes atribuições estritamente jurídicas para parte que deles é beneficiária. E esta atribuição tem, como conteúdo, um efeito estritamente jurídico, meio de protecção adequado e bastante à tutela da parte fiel. Confrontada com a conduta desconforme, a parte beneficiada pela atribuição defende-se. Mas esta defesa não se traduz em exigir que a contraparte adopte uma certa conduta que satisfará um qualquer interesse da parte fiel. A tutela primária da parte fiel é obtida através da desconsideração pura e simples, à qual nada mais terá de se seguir, do acto de postulação, tal como praticado. E porque praticado em termos desconformes à vinculação assumida, a parte fiel pede que ele seja desconsiderado na sua eficácia postulava. Recorrendo ao pensamento de Goldschmidt, o que quer a parte fiel é que não possa

> o decisor ser influenciado por uma postulação que viola os parâmetros de um acto constitutivo - o negócio processual - com eficácia mediatamente processual"[47].

Em síntese, a obra de Paula Costa e Silva sugere soluções inovadoras aos questionamentos sugeridos no início de sua pesquisa:

(a) As situações jurídicas fundadas em negócio processual são atribuições processuais (e não de obrigações ou de prestações de deveres);

(b) As situações jurídicas veiculadas em negócios processuais se sujeitam a perturbações e podem ser exercidas em desconformidade com o que foi acordado anteriormente;

(c) Diante do descumprimento, diferentemente da resposta adotada pela Teoria Geral, a parte fiel pode suscitar exceção processual, oportunidade em que o magistrado inadmitirá a atuação desconforme ou, caso não haja ato a ser inadmitido, determinará as medidas coercitivas capazes de induzir a satisfação da atribuição processual estipulada pelas partes.

A Professora buscou, tão somente, "perceber se a execução destes negócios [processuais] não é passível de suscitar problemas como aqueles que se levantam na execução de negócios não processuais"[48]. Assim, tendo apurado resposta positiva, instigou que se persistisse na busca pela construção de uma teoria geral das inexecuções dos negócios processuais.

Identificado o estado da arte quanto ao tema na literatura portuguesa, é necessário verificar a atual situação da produção científica brasileira sobre a questão.

47 COSTA E SILVA, Paula. *Op. cit*. p. 142-143.

48 COSTA E SILVA, Paula. *Op. cit*. p. 148.

4. AS PERTURBAÇÕES NO ADIMPLEMENTO DOS NEGÓCIOS PROCESSUAIS E A REAÇÃO AO INADIMPLEMENTO PARA A LITERATURA BRASILEIRA

No Brasil, Antonio do Passo Cabral foi um dos primeiros a explorar o tema. Diante do apelo prático dos negócios processuais, amplamente explorados após a entrada em vigor do art. 190 do Código de Processo Civil de 2015[49], o autor introduziu o Capítulo 6 ("Modificação e Extinção dos Acordos Processuais"), na 2ª Edição do livro Convenções Processuais.

O autor, antes mesmo da elaboração do referido capítulo, concebia, a partir da tradição doutrinária alemã, duas categorias de convenções processuais: aquelas cujo objeto são "situações jurídicas processuais", denominadas acordos obrigacionais[50]/[51], e aquelas cujo objeto são atos do procedimento, "acordos dispositivos" [52]. Aqui já se

49 CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*, 3. Ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 16.

50 Cumpre, nesta oportunidade, reproduzir o alerta feto pelo Professor em sua obra, no sentido de que o termo "obrigação" não é empregado aqui no sentido exclusivamente patrimonial, abrangendo também situações não patrimoniais (CABRAL, Antonio do Passo. *Op. cit*. p. 90). Nesse sentido, Orlando Gomes ensina que a ausência de natureza patrimonial não descaracteriza o contrato que tanto é "[...] o acordo de vontades para a constituição de relação jurídica patrimonial, como o que se celebra para modificar ou para extinguir vínculos dessa natureza, como o que dá nascimento a relações extrapatrimoniais" (GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*, 10. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 39)

51 "Já os acordos obrigacionais são aqueles que não alteram o procedimento, mas estabelecem um fazer o não fazer para um ou ambos os convenentes. Nos acordos obrigacionais, as partes pretendem criar, modificar ou extinguir obrigações de comportar-se de determinada forma no processo. São negócios jurídicos sobre situações jurídicas (ou sobre sua exercibilidade), como o *pactum de non petendo*, a convenção para desistência da ação (a promessa de desistência), a renúncia convencional ao recurso, o *pactum de non exequendo* dentre outros. [...] É a expressão do protagonismo e autonomia das partes na condução do processo, e, por isso, este tipo de regra convencional, quando aparece no processo, é *funcionalmente equivalente* às regras dispositivas do direito material privado porque fruto da autonomia privada" (CABRAL, Antonio do Passo. *Op. cit.* p. 91-93)

52 "As convenções dispositivas seriam negócios sobe o procedimento, modificam regras processuais ou procedimentais e têm seu protótipo na prorrogação da competência e nos acordos sobre o ônus da prova. São convenções para a derrogação de normas (*Normdisposition*). Havendo regra convencional, não incide a regra legal" (CABRAl, Antonio do Passo. *Op. cit.,* p. 91).

verifica que o autor diverge da concepção adotada por Paula Costa e Silva, ao admitir, expressamente, que os negócios processuais possam veicular conteúdo obrigacional e verdadeiramente prestacional. Nesse sentido, o autor fluminense reforça que "esses negócios [processuais obrigacionais] são de fato prestacionais, pois as partes abdicam de situações processuais e se comprometem a certos comportamentos"[53].

Quanto à extinção dos negócios processuais por inadimplemento voluntário, esclarece que, mais que o direito de ver a obrigação estipulada cumprida, nasce verdadeira responsabilidade negocial, de modo que o credor pode requerer a indenização pelas perdas e danos decorrentes, nos termos do art. 473 do Código Civil:

> "O efeito da resolução é a extinção do negócio jurídico e a supressão de seus efeitos, retornando as partes ao status quo anterior à sua celebração. Quando decorrente de inadimplemento, pode gerar ainda perdas e danos (art. 473 do CC)" (CABRAL, Antonio do Passo)

Adriano C. Cordeiro alcança conclusão semelhante – destoando da obra da Professora portuguesa –, entendendo ser possível a aplicação da Teoria Geral das Inexecuções aos negócios processuais:

> "A regra geral é a que se apliquem as disposições concernentes ao descumprimento dos contratos em geral na esfera privada aos negócios jurídicos processuais [...] a partir do que se verificam direitos e obrigações aos litigantes da causa, na contratualizacão do processo ocorrido a partir do pactuado na convenção processual"[54].

53 CABRAL, Antonio do Passo. *Op. cit*. p. 92.

54 CORDEIRO, Adriano C. *Negócios jurídicos processuais no novo CPC: das consequências do seu descumprimento.* Curitiba: Juruá, 2017, p.202

Assim, por conseguinte, em harmonia com a obra de Antonio do Passo Cabral, Adriano C. Cordeiro admite que é possível ao credor exigir, além do cumprimento específico da prestação pactuada, as perdas e danos decorrentes do inadimplemento:

> "A consequência da inexecução dos acordos obrigacionais implica ao credor do pacto, ou seja, o afetado no negócio, exigir que a obrigação se cumpra, tal como convencionada, admitindo-se que tanto nas convenções típicas como nas atípicas, o descumprimento gere sua execução específica, provocando a sua conversão em perdas e danos" [55].
> "Ocorrendo o inadimplemento da convenção processual pactuada, existirão também as perdas e danos, uma vez que tal impontualidade do contrato causa, em termos gerais, dano ao contraente pontual. Isso pode ocorrer de forma material (patrimonial), por atingir e diminuir o patrimônio do lesado ou também moral (extrapatrimonial), sem repercussão na órbita financeira deste. [...] Na convenção processual, isso se aplica diretamente ao atingido pelo inadimplemento, para que sejam ressarcidos os eventuais prejuízos da não celebração. Toda a extensão, acerca do dano, há de ser abrangida por aquilo que efetivamente se perdeu – e o que se deixou de lucrar. No negócio jurídico processual, isso deve ser plicado de forma a se verificar toda a extensão do prejuízo sofrido pelo interessado, uma vez ocorrido qualquer inadimplemento segundo as bases do pacto estabelecido entre autor e réu"[56].

Fernanda Vogt também adota posição diferente da professora portuguesa, entendendo tanto que os negócios processuais podem ser

55 CORDEIRO, Adriano C. *Op. cit.* p.202
56 CORDEIRO, Adriano C. *Op. cit.* p.230

veículo de obrigações (e não somente de atribuições), quanto que a reação do credor não se limita à suscitação de exceção processual:

> "[...] o dever que nasce da obrigação convencionada atrai, por si só, as sanções cabíveis. [...] Em princípio, não pode o magistrado conhecer de ofício o acordo obrigacional, mas, uma vez tendo sido requerido pela parte prejudicada pelo inadimplemento – então 'credora' da prestação processual -, poderia utilizar os meios indutivos e coercitivos para promover o cumprimento do acordo"[1].

Indo além, Rodrigo Ramino de Lucca estabelece que até mesmo o magistrado pode ser responsabilizado pela inobservância de negociação processual:

> "O descumprimento da convenção processual pelo juiz-pessoa sujeita-o a responsabilização por infração aos seus deveres funcionais (art. 35, I, da LC nº. 35/1979)"[2].

Veja-se que, em suma, se se fosse responder àqueles três questionamentos enunciados anteriormente por Paula Costa e Silva, à luz da literatura brasileira, as respostas não seriam coincidentes:

(a) Qual a natureza das situações jurídicas fundadas em negócio processual? A partir da classificação introduzida na Alemanha por Gehrard Wagner, os negócios processuais podem ser tanto dispositivos quanto obrigacionais, em que se veiculam verdadeiras prestações;

(b) Os negócios processuais se sujeitam a perturbações? Os negócios processuais podem ser inadimplidos;

1 VOGT, Fernanda. *Cessação da relação convencional: um estudo sobre a dissolução do negócio jurídico processual.* In: Negócios processuais. CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). Tomo 2. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 171.

2 DE LUCCA, Rodrigo Ramino. *Liberdade, autonomia e convenções processuais. In*: Negócios processuais. CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). Tomo 2. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 50.

(c) Caso as perturbações possam ocorrer, o que se sucede? Diante do inadimplemento, adota-se, em geral, a Teoria Geral, de modo que o credor tem o direito de exigir tanto o cumprimento específico da prestação avençada, quanto a indenização pelas perdas e danos decorrentes do ato desconforme.

Há que se registrar que, na literatura brasileira, já se cogita do estudo de outras formas de perturbação, para além do inadimplemento.

Antonio do Passo Cabral registra a impossibilidade superveniente da prestação pactuada em negócio processual[3] e o desequilíbrio superveniente por onerosidade excessiva[4]. Fredie Didier Jr. também reconhece que os negócios processuais estão sujeitos a tornarem-se excessivamente onerosos:

> "A onerosidade excessiva superveniente à elaboração de um negócio jurídico de execução diferida pode servir como fundamento para a sua resolução (art. 478, Código Civil) ou revisão (art. 479, Código Civil)"[5].

E diante dessas hipóteses de alteração superveniente das circunstâncias, adotando solução já discutida pela literatura civilista[6],

3 "[...] (b) na convenção que escolhe um determinado indivíduo como perito em razão de sua expertise pessoal, sem previsão de substituto, a morte do perito leva ao término da avença; (c) em um acordo probatório para a exibição de um determinado documento, o perecimento sem culpa (p. ex. por incêndio) do objeto material da avença – o documento – gera automaticamente a extinção do acordo processual" (CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. 3.ª ed. revista, atualizada e ampliada. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 441)

4 "[...] a alteração do negócio jurídico [...] pode também ser operada pelo juiz: a parte que se sentir prejudicada pode solicitar a revisão judicial do acordo. [...] Ao magistrado caberá sopesar se o desequilíbrio convencional existe, e se as circunstâncias que o geraram justificam que a modificação seja operada *ope judicis*" (CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. 3.ª ed. revista, atualizada e ampliada. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 430)

5 DIDIER JR., Fredie. *Negócios processuais atípicos no CPC/15*. *In:* Negócios processuais. MARCATO, Ana; GALINDO, Beatriz; GÓES, Gisele Fernandes; BRAGA, Paula Sarno; APRIGLIANO, Ricardo; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). Negócios Processuais. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 179.

6 Destaca-se, quanto a essa matéria, a obra de Anderson Schreiber (*O equilíbrio contratual e o dever de renegociar*. Saraiva: São Paulo, 2017).

Antonio do Passo Cabral entende ser possível se falar em dever de renegociação das cláusulas processuais:

> "Pensamos que o dever de renegociar, desenvolvido no direito dos contratos, deve ser aplicado também para os negócios processuais. A lógica defendida no direito privado encontra guarida nas normas do sistema processual vigente, especialmente no marco do processo cooperativo (art. 6ª do CPC/2015) e nos cânones de boa-fé processual (art. 5º CPC/2015)"[7].

Fernanda Vogt também enfrentou a matéria, apontando a aplicabilidade do art. 478 do Código Civil para reger a alteração superveniente das circunstâncias dos negócios processuais:

> "A noção de obrigação como processo deve, então, ser estendida às convenções processuais, permitindo que os contratantes venham a alterar seus termos posteriormente. O próprio art. 478 do Código Civil traz diretrizes para tanto. Muito embora o dispositivo fale em 'acontecimentos extraordinários e imprevisíveis', a tônica não deve estar na imprevisibilidade, mas em qualquer desequilíbrio que, ao longo da relação jurídica, se revele objetivamente excessiva'"[8].

Veja-se, portanto, que, em que pese não haver ainda no Brasil obra dedicada exclusivamente ao estudo da matéria, a sistemática das perturbações no adimplemento dos negócios processuais já vendo sendo abordada, ainda que brevemente pela literatura jurídica brasileira. A tônica é a de aproximação do tratamento com aquele já

7 CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. 3.ª ed. revista, atualizada e ampliada. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 432

8 VOGT, Fernanda. *Op. cit.,* p. 180.

apresentado pelo Direito Civil, a partir da natureza obrigacional dos negócios processuais, privilegiando a tutela da convenção e aplicando outras técnicas auxiliares típicas da Teoria Geral.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do breve panorama traçado anteriormente, extrai-se que a construção de uma teoria geral das perturbações dos negócios processuais ainda exigirá unificação das perspectivas diversas apontadas pela literatura jurídica, a partir do aprofundamento e confrontamento das análises já traçadas.

Dentre aqueles questionamentos apresentados nos tópicos anteriores, a nosso ver, são duas[9] as principais controvérsias atuais existentes na literatura jurídica: (i) quanto à natureza das situações jurídicas veiculadas nos negócios processuais; e (ii) quanto à possibilidade de conversão da situação em perdas e danos ou, ainda, de exigir indenização diante da mora.

Quanto à natureza das situações jurídicas veiculadas nos negócios processuais, de um lado, Paula Costa e Silva afasta qualquer natureza obrigacional ou prestacional nestas situações, classificando-as, com amparo nos estudos de Pedro Múrias, como atribuições. De outro, a literatura jurídica brasileira parece assente em transpor a diferenciação enunciada por Gehrard Wagner, admitindo expressamente a possibilidade de veiculação de verdadeiras obrigações pelos acordos processuais.

Já quanto à possibilidade de indenização por perdas e danos (seja correspondente apenas às consequências da mora, seja à integral conversão da obrigação pactuada em prestação pecuniária), a

9 Em nossa análise, parece que: (*i*) é pacífica a posição no sentido de que os negócios processuais se sujeitam a descumprimento (ou, ao menos, a atuação desconforme); e (*ii*) a questão relativa à exigência da execução específica da prestação encontra-se mais uníssona. Isso porque, ainda que feita pela forma de exceção processual, como sugere Paula Costa e Silva, reconhece-se, em ambas as posições, que o credor (ou parte fiel) pode recorrer ao magistrado exigindo a ineficácia do ato desconforme e, quando possível, o retorno ao *status quo ante*.

literatura portuguesa não desenvolve essa possibilidade[10]. A parte fiel limitar-se-ia a requerer, por exceção processual, a inadmissão do ato desconforme e a coerção ao cumprimento da conduta pactuada.

Aqui cumpre adicionar à controvérsia mais um questionamento: quanto à natureza patrimonial[11] destas situações (sejam obrigacionais, prestacionais ou atributivas). A reflexão nos parece essencial para a análise da forma mais adequada de reação diante do inadimplemento, segunda controvérsia destacada. Isso porque, se a resposta clássica dos civilistas para o inadimplemento[12] é – além do direito à própria prestação – a indenização pelas perdas e danos decorrentes, é indispensável compreender como seria apurada a extensão do dano[13].

O escopo deste trabalho não é exaurir o tema, mas evidenciar que, com base em premissas já fixadas pela literatura jurídica luso-brasileira, há muito a ser trabalhado na construção de uma Teoria Geral das Perturbações dos Negócios Processuais, tanto a partir da verificação aprofundada das proposições já apresentadas

10 Paula Costa e Silva registra brevemente que "não significa que se esteja sustentar que, neste universo de casos, não seja admissível a dedução de pretensão indemnizatória por danos provocados pela parte infiel com a violação do dever de não exercer certa situação jurídica processual" (COSTA E SILVA, Paula. *Op. cit*. p. 144)

11 Pontes de Miranda (*Tratado de Direito Privado*. Tomo XXII. Direito das Obrigações: Obrigações e suas espécies. Fontes e espécies de obrigações. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954-1969, p. 22) e Werner Flume (*El negócio jurídico*. Traduzido por: José Maria Miguel González e Esther Gomez Calle. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1998. Título original: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Zweiter Band, Das Rechtsgeschäft. Vierte, unveränderte Auflage. Enzyklopädie der Rechts – und Staatwissenschaft. Berlin Heidelberg New York, 1992, p. 83) já registram que a patrimonialidade não é elemento essencial à caracterização da obrigação como tal.

12 Nesse sentido, Rodrigo Ramino de Lucca esclarece que "O art. 190 do NCPC omitiu-se quanto às consequências do descumprimento da convenção processual pelas partes ou pelo juiz. A resposta a esse problema deve ser extraída da Teoria Geral do Direito e das normas que refém o descumprimento dos negócios jurídicos em geral" (*op. cit.* p. 49).

13 Clóvis do Couto e Silva, a esse respeito, pondera que é possível que o descumprimento de deveres jurídicos não gere efeito patrimonial: "O conceito de dever não depende do resultado do seu descumprimento. Deveres, também, sem conteúdo patrimonial e cujo descumprimento não enseja, ou, pelo menos, pode não ensejar consequências patrimoniais ou econômicas, encontram-se também nos direitos resultantes de contrato de trabalho. Para certas omissões, pode, quem tem o poder de impô-la, usar pena de advertência. O dever teria sido descumprido, existiria, portanto. Mas desse descumprimento não resultou nenhum efeito patrimonial" (*A obrigação como processo*. 1. Ed., 14ª Reimpressão, Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006 p. 131).

quando ao inadimplemento dos negócios processuais, quanto pelo aprofundamentos de temas ainda pouco explorados, como as demais formas de perturbação que podem atingir a relação entre os contraentes em acordos processuais.

6. REFERÊNCIAS

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Convenções das partes sobre matéria processual. In*: Temas de Direito Processual – 3ª série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 87-98.

CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. 3.ª ed. revista, atualizada e ampliada. Salvador: JusPodivm, 2020.

CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). *Negócios processuais*. Tomo 2. Salvador: JusPodivm, 2020.

CORDEIRO, Adriano C. *Negócios jurídicos processuais no novo CPC*: das consequências de seu descumprimento. Juruá Editora: Curitiba, 2017.

COSTA E SILVA, Paula. *Perturbações no cumprimento dos negócios jurídicos processu*ais. Lisboa: AAFDL Editora, 2020.

COSTA E SILVA, Paula. xi. In: I Congresso Online Mulheres no Processo – 08/06. 08 de junho de 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=TTLO7liA78Y> Consultado em 08 de junho de 2020.

COUTO E SILVA, Clóvis V.. *A obrigação como processo*. 1. Ed., 14ª Reimpressão, Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006 p. 131

FLUME, Werner. *El negócio jurídico*. Traduzido por: José Maria Miguel González e Esther Gomez Calle. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1998. Título original: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Zweiter Band, Das Rechtsgeschäft. Vierte, unveränderte Auflage. Enzyklopädie der Rechts – und Staatwissenschaft. Berlin Heidelberg New York, 1992.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil,* 10. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993

LIRA, Ricardo Pereira Lira. *Da onerosidade excessiva nos contratos* - a especificidade do art. 317 do Código Civil. *In:* Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, n. 30, 2007.

MARCATO, Ana; GALINDO, Beatriz; GÓES, Gisele Fernandes; BRAGA, Paula Sarno; APRIGLIANO, Ricardo; NOLASCO, Rita Dias. *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2017.

MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código civil*, volume V, tomo II: do inadimplemento das obrigações (Artigos 389 a 420), Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MARTINS-COSTA, Judith; COSTA E SILVA, Paula. *Crise e Perturbações no Cumprimento da Prestação*. Estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2020.

MENCK, José Theodoro Mascarenhas. *Código Civil no debate parlamentar*. Elementos históricos da elaboração da Lei n. 10.406, de 2002. Vol. 1. Biblioteca Digital, Câmara dos Deputados, 2012

MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de direito civil português*. 1º v.: Parte Geral, 1º t.:. 2.ª Ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2000

MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de direito civil português*. 2º v.: Direito das obrigações, 4º t.: cumprimento e não cumprimento, transmissão, modificação e extinção, garantias. Coimbra: Livraria Almedina, 2010

NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Prefácio*. *In*: DIDIER JR., Fredie. Ensaios sobre os negócios jurídicos processuais. Salvador: JusPodivm, 2018

PIRES, Catarina Monteiro. *Contratos, I, Perturbações na Execução*. Almedina: Coimbra, 2019.

PIRES, Catarina Monteiro. *Perturbações típicas no cumprimento dos contratos comerciais*. I Jornadas de Contratos Comerciais. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2016. Disponível em <http://www.catarinamonteiropires.com/Archive/Docs/f438896855968.pdf> Consultado em 17/10/2020.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XXII. Direito das Obrigações: Obrigações e suas espécies. Fontes e espécies de obrigações. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954-1969.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Parte Especial. Tomo XXVI. Direito das Obrigações: Consequências do inadimplemento. Exceções de contrato não adimplido, ou adimplido insatisfatoriamente, e de inseguridade. Enriquecimento injustificado. Estipulação a favor de terceiro. Eficácia protetiva de terceiro. Mudanças de circunstâncias. Compromisso. Rio de Janeiro: Borsói, 1954.

DA GESTÃO JUDICIÁRIA À GESTÃO PROCESSUAL: alguns apontamentos sobre os métodos consensuais de solução dos conflitos no Brasil e no Uruguai

Clarice Souza Zaidan
Mestranda em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Minas Gerais. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Advogada. zaidanclarice@gmail.com.

RESUMO

O presente artigo tem o objetivo de traçar alguns apontamentos sobre os dados estatísticos relativos à implementação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania no Brasil e ao número de acordos obtidos a partir das audiências de conciliação e mediação judiciais, traçando reflexões acerca da gestão judiciária e da gestão processual no que toca aos métodos consensuais de solução dos conflitos. Além disso, a fim de ampliar a compreensão do tema, são apresentados alguns aspectos da questão na perspectiva do direito processual uruguaio.

Palavras-chave: Gestão judiciária. Gestão processual. Métodos consensuais de solução dos conflitos.

Sumário: 1 Introdução; 2 Os métodos consensuais de resolução de conflitos analisados à luz da gestão judiciária; 3 Alguns aspectos da gestão processual; 4 Os métodos consensuais de solução de conflitos enquanto uma das facetas da gestão processual; 5 Os métodos consensuais de solução de conflitos à luz da legislação processual uruguaia; 6 Conclusão; 7 Referências.

1. INTRODUÇÃO

Contemporaneamente, muitas discussões têm sido travadas em torno do tema da gestão do processo e da figura do magistrado enquanto gestor da sequência de atos processuais realizados no bojo do processo judicial[14]. Nesse panorama, e pensando na relação existente entre a gestão do Poder Judiciário e o gerenciamento de processos a partir dos métodos consensuais de resolução de conflitos, o presente trabalho tem o objetivo de analisar tal relação e estabelecer algumas reflexões acerca desses métodos no atual procedimento judicial brasileiro.

Além disso, com o fim de ampliar os debates sobre o tema, também são apresentados alguns aspectos do procedimento judicial uruguaio, especialmente no que diz respeito à tentativa de conciliação conduzida pelo magistrado na audiência preliminar.

Assim, a pesquisa ora realizada pertence à vertente jurídico-dogmática pois busca analisar aspectos internos do ordenamento jurídico uruguaio e do ordenamento jurídico brasileiro[15]. Ainda, quanto ao tipo de pesquisa, o presente trabalho se filia ao tipo jurídico-comparativo[16]. Por fim, quanto à estratégia metodológica, além da análise de dados primários como a legislação, buscou-se analisar dados secundários, notadamente obras bibliográficas nacionais e estrangeiras[17].

14 Sobre o tema, ver: ANDRADE, Érico. Gestão Processual Flexível, Colaborativa e Proporcional: Cenários para implementação das novas tendências no CPC/15 - DOI: 10.12818/P.0304-2340.2020v76p183. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, [S.l.], n. 76, p. 183-212, jan. 2020. ISSN 1984-1841. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/2065>. Acesso em: 30 set. 2020.

15 GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. DIAS, Maria Tereza Fonseca. NICÁCIO, Camila Silva. *(Re)pensando a pesquisa jurídica.* 5ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Almedina, 2020. p. 66.

16 GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. DIAS, Maria Tereza Fonseca. NICÁCIO, Camila Silva. *(Re)pensando a pesquisa jurídica.* 5ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Almedina, 2020. p. 83.

17 GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. DIAS, Maria Tereza Fonseca. NICÁCIO, Camila Silva. *(Re)pensando a pesquisa jurídica.* 5ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Almedina, 2020. p. 136-137.

2. OS MÉTODOS CONSENSUAIS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS ANALISADOS À LUZ DA GESTÃO JUDICIÁRIA

Como é sabido, a partir da vigência do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15) consagrou-se como norma fundamental do processo civil brasileiro o incentivo aos métodos consensuais de resolução dos conflitos. Assim, para além do estímulo estatal aos métodos autocompositivos (art. 3º, §2º do CPC/15), juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público deverão também incentivar a adoção da conciliação, da mediação e de outros métodos capazes de viabilizar a solução do conflito a partir da consensualidade (art. 3º, §3º do CPC/15).

O incentivo aos métodos autocompositivos enquanto norma fundamental do CPC/15 representa uma longa caminhada percorrida no Brasil no sentido de valorizar os métodos adequados de solução de conflitos enquanto vias legítimas para garantia do fim de pacificação social. Portanto, antes mesmo da vigência do CPC/15, o Brasil já havia adotado a chamada "Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário", instituída pela Resolução n. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Em linhas gerais, a partir da adoção da Política Judiciária Nacional de tratamento adequado de conflitos, coube ao CNJ atuar junto aos órgãos públicos, à Ordem de Advogados do Brasil e às Faculdades de Direito estimulando a utilização e o estudo dos chamados métodos adequados. Lado outro, ficou a cargo dos Tribunais a instalação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs) nos quais seriam realizadas as sessões de conciliação e mediação.

Desde meados de 2010, portanto, o Brasil vem empreendendo esforços no sentido de ampliar o uso de métodos como a mediação e a conciliação e construir uma estrutura capaz de receber adequadamente os sujeitos envolvidos em conflitos que serão submetidos à tentativa de conciliação ou mediação. A partir de 2015, no entanto, a política de incentivo aos métodos autocompositivos se tornou ainda mais maciça

– o que refletiu diretamente no crescimento do número de CEJUSCs implantados na estrutura do judiciário brasileiro.

O relatório Justiça em Números 2020, produzido pelo CNJ, revela o significativo aumento no número de Centros Judiciários: em 2014 o Brasil possuía 362 CEJUSCs, em 2015 o número cresceu mais de 80%, totalizando 654 CEJUSCs. Em 2016, foram 808 unidades; em 2017 alcançou-se o número de 982 CEJUSCs e, em 2018, chegou-se à marca de 1.088 unidades. No fim de 2019, por sua vez, a Justiça Estadual já contava com 1.284 CEJUSCs instalados em todo o território nacional[18].

A expansão do número de CEJUSCs no Brasil evidencia a efetiva adoção da Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos e serve como exemplo de implementação de uma estrutura institucional que estimule a busca pelos métodos autocompositivos de solução de conflitos.

Tal objetivo, inclusive, consta de modo expresso no relatório de Estratégia Nacional do Poder Judiciário 2015-2020, que foi instituído pela Resolução n. 198/2014 do CNJ. Sendo assim, um dos Macrodesafios do Poder Judiciário definidos pelo CNJ consiste justamente no *"fomento de meios extrajudiciais para resolução negociada de conflitos, com a participação ativa do cidadão"*[19].

Nesse sentido, do ponto de vista da gestão administrativa do Poder Judiciário (ou da "gestão judiciária"), isto é, da definição de estratégias e planos para o judiciário, o CNJ tem empenhado inúmeros recursos (financeiros, de pessoal, institucionais e outros) para o fomento e incentivo aos métodos autocompositivos considerando, para tanto, que *"programas já implementados no país tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças"*[20].

18 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Justiça em Números 2020. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf Acesso em: 23 set. 2020. p. 171.

19 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 198, de 1º de Julho de 2014. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2017/05/resol_gp_198_2014_copiar.pdf Acesso em: 24 set. 2020.

20 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156 Acesso em: 24 set. 2020.

Essa postura assumida pelo CNJ no que diz respeito aos métodos consensuais, por sua vez, está inserida num contexto ainda mais amplo de atribuições do Conselho. Isso porque, o CNJ, criado pela Emenda Constitucional n. 45/2004, tem o objetivo de controlar a *"atuação administrativa e financeira do Judiciário"* e, para tanto, *"assume o dever jurídico de diagnosticar problemas, planejar políticas e formular projetos, com vistas ao aprimoramento da organização judiciária e da prestação jurisdicional"*[21].

Em uma perspectiva macro, portanto, o CNJ atua diretamente na gestão da estrutura judicial brasileira e, a partir de diagnósticos realizados junto aos órgãos da justiça, define as estratégias para melhoria do Poder Judiciário e para garantia da efetividade da prestação jurisdicional. Em outras palavras, o Conselho é órgão de controle interno do Poder Judiciário[22] que possui função de planejamento e gestão do Poder Judiciário[23], destinando, inclusive, recursos financeiros capazes de viabilizar a implementação de planos de gestão do judiciário.

Um desses planos estratégicos é representado pelo incentivo aos métodos adequados de resolução de conflitos enquanto ferramenta que teria a potencialidade de reduzir o elevado número de conflitos submetidos à apreciação do Poder Judiciário. Ocorre que, no entanto, os resultados do relatório Justiça em Números 2020 evidenciam que o fomento aos métodos autocompositivos encampado pelo Poder Judiciário e pelo CNJ não refletiram no almejado aumento do número de acordos celebrados nas sessões de conciliação e mediação conduzidas no âmbito dos CEJUSCs.

---

21 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3-367-1 DF. Relator Min. Cezar Peluso. DJ 17 mar. 2006. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363371 Acesso em: 24 set. 2020.

22 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3-367-1 DF. Relator Min. Cezar Peluso. DJ 17 mar. 2006. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363371 Acesso em: 24 set. 2020.

23 Nos termos do art. 103-B, §4º e incisos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

A partir da série história do índice de conciliação apresentada no Relatório Justiça em Números 2020[24], que cobre os anos de 2015 a 2019, nota-se que a média total do índice de conciliação no Brasil apresenta queda pelo terceiro ano consecutivo, atingindo o patamar de 12,5% em 2019. Esse percentual revela que considerando um grupo de cem sentenças proferidas pela justiça brasileira no ano de 2019, apenas 12 delas são sentenças homologatórias de acordo – isto é, as outras 88 sentenças ainda poderão ser objeto de recurso ou de eventual cumprimento de sentença que, sabidamente, contribuem para a alta taxa de congestionamento do judiciário brasileiro.

Ainda, considerando o ano de 2016, no qual o CPC/15 entrou em vigor, em comparação com ano de 2019 observou-se um aumento de 5,6% no número de sentenças homologatórias. No mesmo período, no entanto, o número de CEJUSCs cresceu 58,90% – percentual mais de dez vezes superior ao crescimento do número de acordos homologados pelo Poder Judiciário.

Dentre os tribunais estaduais, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) é o que apresenta o maior índice de conciliação, atingindo o percentual de 16,1% de acordos celebrados. Em que pese o bom desempenho do TJMG, a análise dos dados estatísticos produzidos pelo próprio tribunal sobre a mediação e a conciliação revela também outra disparidade. Considerando a mediação e a conciliação (pré-processuais e processuais), verifica-se que do total de sessões agendadas apenas 64% delas chegam a ser efetivamente realizadas – isto é, em cada dez audiências agendadas pelo menos três delas mobilizam uma estrutura física e de pessoal que sequer chega a ser utilizada[25].

Além disso, entre as audiências de mediação e conciliação realizadas pelos CEJUSCs mineiros, o índice total de acordos atinge o

24 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Justiça em Números 2020. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf Acesso em: 23 set. 2020. p. 171.

25 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Total CEJUSC Minas Gerais, 2019. Disponível em: https://www.tjmg.jus.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A80BCE6708B988F01708CD7942353AC Acesso em: 04 out. 2020.

patamar de 53,06% de acordos. Evidentemente, considerando a média brasileira, não se pode dizer que o percentual seja baixo. No entanto, o índice de acordos obtidos em Minas Gerais apresenta redução desde 2017, quando a taxa total de acordos atingiu 71,76%[26]. Em 2018 o percentual também já apresentava queda em relação a 2017, quando se atingiu o patamar de 66,64% de acordos[27].

Embora a análise desses dados não forneça uma visão global do cenário de incentivo aos métodos autocompositivos no Poder Judiciário brasileiro, é possível afirmar com algum grau de certeza que existe uma diferença sensível entre os investimentos feitos na implementação desses métodos autocompositivos e o número de acordos celebrados no bojo das sessões de conciliação e mediação judiciais.

Tal constatação, no entanto, não é aqui utilizada para questionar a importância do métodos autocompositivos enquanto mecanismos de pacificação social. Em verdade, busca-se analisar criticamente as escolhas tomadas pelo CNJ e pelos tribunais brasileiros no que diz respeito à gestão judiciária e à implementação de estratégias que visam a garantir o fim de efetividade da prestação jurisdicional.

Os dados ora apresentados revelam que os fins objetivados a partir da adoção da Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos, dos investimentos feitos na estrutura dos CEJUSCs e da própria adoção da audiência de conciliação obrigatória do art. 334, do CPC/15, não estão sendo atingidos de modo satisfatório – pelo contrário, o índice de conciliação segue praticamente constante desde o ano de 2016.

Esse dado, analisado à luz dos princípios da administração pública e dos preceitos de gestão judiciária estratégica e efetiva, revela verdadeira disparidade entre o resultado pretendido e o

26 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Total CEJUSC Minas Gerais, 2017. Disponível em: https://www.tjmg.jus.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A80BCE6708B988F01708CD7937451AF Acesso em: 04 out. 2020.

27 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Total CEJUSC Minas Gerais, 2018. Disponível em: https://www.tjmg.jus.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A80BCE6708B988F01708CD7917550FD Acesso em: 04 out. 2020.

resultado alcançado. Há, portanto, premente necessidade de que o Conselho Nacional de Justiça, a partir do seu papel de controle e gestão do Poder Judiciário, reveja os investimentos e os resultados observados notadamente no que diz respeito ao fomento dos métodos autocompositivos.

Não se trata de abandonar os métodos autocompositivos, tampouco deixar de fomentar a adoção desses métodos nos casos em que há possibilidade de acordo entre os sujeitos envolvidos no conflito. No entanto, é necessário racionalizar os investimentos feitos nesta seara, priorizando os gastos dedicados à correção de um dos principais problemas diagnosticados pelo relatório Justiça em Números 2020, qual seja, a diminuição do número de acordos celebrados nas sessões de mediação e conciliação judiciais.

Assim, antes de definir soluções apriorísticas para a questão, é necessário investigar as razões que impedem o aumento do índice de conciliação no Brasil. É necessário, sobretudo, que se realize essa investigação de modo cuidadoso a fim de que as respostas obtidas sirvam de indicativo para a distribuição racional dos recursos públicos destinados ao Poder Judiciário. Nas palavras do recém empossado Presidente do Supremo Tribunal Federal e Presidente do Conselho Nacional de Justiça, Min. Luiz Fux, *"em tempos de restrições orçamentárias, soluções criativas, de baixo custo, porém com alto impacto estrutural, precisam ser estimuladas"*[28].

3. ALGUNS ASPECTOS DA GESTÃO PROCESSUAL

Como apresentado anteriormente, o relatório Justiça em Números permite identificar e analisar uma série de dados e informações que servem de base para a definição da chamada gestão judiciária. Até aqui, buscou-se destacar algumas das disparidades observadas na referida gestão, chamando atenção para as discrepâncias observadas

28 FUX, Luiz. Discurso do Excelentíssimo Senhor Ministro Luiz Fux por ocasião da posse no cargo de Presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça. Brasília, 10 de setembro de 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/discurso-posse-fux-stf.pdf Acesso em: 24 set. 2020. p. 17.

especialmente na comparação entre os índices de conciliação no Brasil e o número de CEJUSCs instalados no judiciário brasileiro.

No entanto, indo além, a análise dos mecanismos de incentivo às soluções adequadas de solução dos conflitos pode também ser feita a partir da perspectiva da gestão do processo. Nesse sentido, Érico Andrade, amparado pela doutrina italiana, destaca a correlação existente entre a gestão da "massa de processos" e a gestão processual aplicada a cada demanda. Segundo o professor, a duração razoável do processo incide sobre o modo de distribuição dos recursos públicos destinados ao Poder Judiciário, *"considerando a aplicação a partir de cada processo, mas sempre relacionada ao conjunto de processos em curso, a fim de se buscar a obtenção da melhor da gestão possível da distribuição dos finitos recursos judiciais"*[29][30].

Desse modo, entende-se ser possível trazer à baila os aspectos da gestão processual relacionados aos métodos consensuais de resolução dos conflitos, analisando-os à luz da gestão do conjunto de causas que tramitam perante o judiciário brasileiro.

Para tanto, primeiramente tratar-se-á do tema da gestão processual e das definições doutrinárias acerca do instituto como forma de assentar as bases da compreensão dos métodos autocompositivos enquanto uma das facetas da chamada gestão do processo.

O professor Érico Andrade anuncia o movimento de valorização da gestão processual a partir das tendências atuais observadas no processo civil dos países europeus. Nesse sentido, a referida gestão se manifesta a partir dos atos de gerência do juiz que se voltam à organização do procedimento e das atividades das partes. Ainda

29 ANDRADE, Érico. Gestão Processual Flexível, Colaborativa e Proporcional: Cenários para implementação das novas tendências no CPC/15 - DOI: 10.12818/P.0304-2340.2020v76p183. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, [S.l.], n. 76, p. 183-212, jan. 2020. ISSN 1984-1841. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/2065>. Acesso em: 30 set. 2020. p. 8.

30 No mesmo sentido, Fredie Didier afirma que: *"O princípio [da eficiência] repercute sobre a atuação do Poder Judiciário em duas dimensões: a) Administração Judiciária e b) a gestão de um determinado processo".* DIDIER JÚNIOR, Fredie. Apontamentos para a concretização do princípio da eficiência do processo. In. FREIRE, Alexandre *et al.* (Org.). Novas tendências do processo civil: Estudos sobre o projeto do Novo Código de Processo Civil. Salvador: Editora JusPodivm, 2013. p. 432.

segundo o autor, tal gestão processual contemporaneamente passou a ser informada também pelo princípio da cooperação entre o juiz e as partes[31].

Ao lado desse aspecto colaborativo, o gerenciamento do processo é informado pelo princípio da flexibilidade procedimental e da proporcionalidade. Assim, na linha do que preceitua Érico Andrade, a efetividade da prestação jurisdicional perseguida pela gestão processual implica *"recepção explícita dos princípios de flexibilidade e de proporcionalidade"*[32].

Paulo Eduardo Alves da Silva, por sua vez, define outro elemento fundamental do gerenciamento de processos. Segundo o autor, a referida gestão pode ser compreendida enquanto *"planejamento da condução de demandas judiciais em direção à resolução mais adequada do conflito, com o menor dispêndio de tempo e custos"*[33].

Nesse sentido, para além dos princípios orientadores do gerenciamento de processos, importa ressaltar os fins almejados por esta gestão, quais sejam, a gestão adequada do processo, a garantia da razoável duração do processo e o uso racional dos custos envolvidos na demanda.

Gláucio Maciel e Thiago Brito também traçam outra importante perspectiva da gestão processual, os autores destacam que o gerenciamento não se aplica a momento processual restrito, isto é, os atos de gerência do juiz devem guiar todas as fases do procedimento. Além disso, destacam que a gestão processual extrapola a mera

31 ANDRADE, Érico. Gestão Processual Flexível, Colaborativa e Proporcional: Cenários para implementação das novas tendências no CPC/15 - DOI: 10.12818/P.0304-2340.2020v76p183. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, [S.l.], n. 76, p. 183-212, jan. 2020. ISSN 1984-1841. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/2065>. Acesso em: 30 set. 2020. p. 186.

32 ANDRADE, Érico. Gestão Processual Flexível, Colaborativa e Proporcional: Cenários para implementação das novas tendências no CPC/15 - DOI: 10.12818/P.0304-2340.2020v76p183. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, [S.l.], n. 76, p. 183-212, jan. 2020. ISSN 1984-1841. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/2065>. Acesso em: 30 set. 2020. p. 187.

33 SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Gerenciamento de Processos Judiciais. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 35.

correção de erros procedimentais, sendo possível o emprego de técnicas diversas para sua realização[34].

Quanto às referidas técnicas de gestão do processo, Tatiana Machado Alves aponta a existência de "técnicas e mecanismos de natureza procedimental e de natureza substancial", sendo que as primeiras impactam na forma de desenvolvimento do feito e as de caráter substancial influenciam no "*próprio conteúdo que será debatido no processo*"[35].

Nesse sentido, apresenta-se alguns exemplos de técnicas e mecanismos de gestão processual previstos pelo CPC/15:

(a) Possibilidade de determinação de "*todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais, ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial*", nos termos do art. 139, IV, do CPC/15;

(b) Possibilidade de dilação dos prazos processuais e alteração da ordem de produção dos meios de prova "*adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito*", conforme previsto no art. 139, VI, do CPC/15;

(c) Possibilidade de determinar o comparecimento pessoal das partes em juízo, "*para inquiri-las sobre os fatos da causa*", nos termos do art. 139, VIII, do CPC/15.

As técnicas ora apresentadas, ao lado das demais previstas pelo CPC/15, possuem o objetivo claro de garantir que o juiz disponha de ferramentas específicas que deverão ser acionadas quando se mostrarem úteis no caso concreto. A utilidade ora mencionada se relaciona diretamente à efetividade da tutela do direito material deduzido em juízo, sendo certo, portanto, que as técnicas supramencionadas devem ser aplicadas pelo magistrado com o fim de

34 GONÇALVES, Gláucio Ferreira Maciel; BRITO, Thiago Carlos de Souza. GERENCIAMENTO DOS PROCESSOS JUDICIAIS: NOTAS SOBRE A EXPERIÊNCIA PROCESSUAL CIVIL NA INGLATERRA PÓS-CODIFICAÇÃO - DOI: 10.12818/P.0304-2340.2015v66p291. **REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UFMG**, [S.l.], n. 66, p. 291-326, set. 2015. ISSN 1984-1841. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1697>. Acesso em: 06 out. 2020. p. 7-8.

35 ALVES, Tatiana Machado. Gerenciamento processual no Novo CPC. Salvador: Editora JusPodivm, 2019. P. 235.

velar pela razoável duração do processo e pela efetividade da prestação jurisdicional.

Evidenciados todos esses aspectos do gerenciamento de processos e tendo em conta os exemplos de técnicas de gestão do processo previstos pelo CPC/15, há que se destacar o importante papel desempenhado pelo juiz na efetivação da adequada gestão processual – é certo que o princípio da cooperação lança luz sobre a importância das partes e dos advogados, no entanto, a gestão processual ainda assim tem como tônica as atividades de gerência exercidas pelo próprio magistrado[36].

Há que se observar que a valorização da gestão do processo e o consequente destaque para as atividades de gestão desempenhadas pelo magistrado, embora se apresentem como elementos marcantes das atuais tendências do processo civil, também são observados nos estudos relacionados ao processo civil produzidos no final do século XX.

Assim é que, trazendo o exemplo levantado por Gláucio Maciel e Thiago Brito, pode-se citar o movimento vivido nas últimas décadas pelos países integrantes do sistema *common law* – nesses países, em especial na Inglaterra, no País de Gales e nos Estados Unidos da América, se observou a revisão do procedimento judicial e da organização judiciária interna. Assim, ainda segundo os autores, nos referidos sistemas buscou-se sistematizar as práticas de condução do processo em torno do chamado *"case management"*[37].

36 Sobre esse ponto, Érico Andrade aponta distinção muito relevante: *"(...) Entretanto, registre-se, o aumento dos poderes do juiz na gestão processual não importa, por si só, aumento dos poderes instrutórios do juiz, já que as duas perspectivas são diversas e uma pode caminhar separada da outra: na gestão processual é necessário reforçar e aumentar os poderes do juiz na condução e gerenciamento processual, sem necessariamente ampliar os poderes do juiz para determinar, de ofício, a produção de prova."* ANDRADE, Érico. Gestão Processual Flexível, Colaborativa e Proporcional: Cenários para implementação das novas tendências no CPC/15 - DOI: 10.12818/P.0304-2340.2020v76p183. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, [S.l.], n. 76, p. 183-212, jan. 2020. ISSN 1984-1841. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/2065>. Acesso em: 30 set. 2020. p. 196.

37 GONÇALVES, Gláucio Ferreira Maciel; BRITO, Thiago Carlos de Souza. GERENCIAMENTO DOS PROCESSOS JUDICIAIS: NOTAS SOBRE A EXPERIÊNCIA PROCESSUAL CIVIL NA INGLATERRA PÓS-CODIFICAÇÃO - DOI: 10.12818/P.0304-

Maciel e Brito destacam, portanto, que o *"case management"* constitui uma das fontes principais para o que no Brasil foi traduzido como gestão processual ou gerenciamento processual. O instituto tem origem justamente nos países anglo-saxônicos e desde sua adoção é acompanhado por *"discussões sobre a ampliação dos poderes dos juízes para condução dos processos e os riscos inerentes à essa escolha"*[38].

Saindo do terreno do *common law,* cumpre trazer à baila algumas notas sobre os aspectos da gestão processual que foram também incorporados pelo Código de Processo Civil Modelo para a Iberoamérica. Para além da inquestionável importância do Código Modelo para os países ibero-americanos, a menção ao Código Tipo também permite introduzir neste trabalho alguns dos aspectos fundamentais do processo civil uruguaio, que permitirão traçar algumas reflexões sobre a gestão processual e judiciária conduzida no âmbito da justiça brasileira.

O Código Modelo, ou Código Tipo, foi redigido a partir dos trabalhos conduzidos pelo Instituto Iberoamericano de Direito Processual. Entre os anos de 1967 e 1988, o referido Instituto conduziu uma série de estudos sobre as leis processuais e a doutrina e a jurisprudência relacionadas ao processo civil nos países membros da Iberoamérica. Os resultados da pesquisa revelaram que a justiça ibero-americana, na segunda metade do século XX, se encontrava deteriorada e não servia de maneira eficiente às demandas da comunidade[39].

Nesse sentido, fundado no objetivo de fornecer balizas para a melhoria do sistema judiciário, o Instituto Iberoamericano iniciou os trabalhos de redação do Código Modelo. A introdução do documento

2340.2015v66p291. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, [S.l.], n. 66, p. 291-326, set. 2015. ISSN 1984-1841. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1697>. Acesso em: 06 out. 2020. p. 295.

38 GONÇALVES, Gláucio Ferreira Maciel; BRITO, Thiago Carlos de Souza. GERENCIAMENTO DOS PROCESSOS JUDICIAIS: NOTAS SOBRE A EXPERIÊNCIA PROCESSUAL CIVIL NA INGLATERRA PÓS-CODIFICAÇÃO - DOI: 10.12818/P.0304-2340.2015v66p291. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, [S.l.], n. 66, p. 291-326, set. 2015. ISSN 1984-1841. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1697>. Acesso em: 06 out. 2020. p. 298-299.

39 INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO PROCESAL. El Codigo Procesal Civil Modelo para Iberoamerica. Montevideo, 1988. p. 10.

destaca, assim, os principais desígnios do Código Tipo: a busca por melhorias nos sistemas de justiça ibero-americanos e a tentativa de fornecer bases comuns para as reformas processuais pelas quais os referidos Estados atravessariam[40].

A partir do diagnóstico dos principais males dos sistemas judiciários da Iberoamérica, o Instituto Iberoamericano dedicou-se a definir as bases para o Código Modelo, isto é, os princípios orientadores de todos os dispositivos do documento produzido – nesse sentido é que o Código Tipo, de acordo com sua Exposição de Motivos, se filia ao princípio da oralidade[41] e entende a figura do juiz enquanto diretor do processo[42].

Acerca deste segundo ponto, o Código Tipo transcreve um trecho da Exposição de Motivos de um dos últimos projetos de reforma à *"Ley de Enjuiciamiento Civil española"* que serve para explicar em que medida se reconhece o magistrado como diretor do processo judicial. De acordo com referida Exposição, a realização da justiça reclama a intervenção do juiz na direção do processo, prezando pela economia processual e pela efetividade da prestação jurisdicional[43].

Diante do exposto, e apresentados alguns entendimentos doutrinários sobre o tema, é possível afirmar que a gestão do processo passa pelo exercício dos atos de direção do processo pelo magistrado e visa à realização da adequada prestação jurisdicional no caso concreto. Para tanto, é possível o emprego de técnicas diversas pelo magistrado que devem ser balizadas pelos princípios da proporcionalidade, da cooperação e da flexibilidade procedimental.

40 INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO PROCESAL. El Codigo Procesal Civil Modelo para Iberoamerica. Montevideo, 1988. p. 2.

41 INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO PROCESAL. El Codigo Procesal Civil Modelo para Iberoamerica. Montevideo, 1988. p. 23.

42 INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO PROCESAL. El Codigo Procesal Civil Modelo para Iberoamerica. Montevideo, 1988. p. 27.

43 INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO PROCESAL. El Codigo Procesal Civil Modelo para Iberoamerica. Montevideo, 1988. p. 27.

4. OS MÉTODOS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS ENQUANTO UMA DAS FACETAS DA GESTÃO PROCESSUAL.

Após a apresentação dos aspectos gerais do gerenciamento processual, cumpre agora traçar algumas considerações sobre o incentivo aos métodos consensuais de resolução de conflitos enquanto uma das facetas da referida gestão do processo.

Como destacado anteriormente, um dos princípios orientadores da gestão processual é a possibilidade de flexibilização procedimental de acordo com as especificidades do conflito – nesse sentido, inclusive, o professor Érico Andrade afirma que, a exemplo do que ocorre no processo judicial francês[44], também no sistema processual brasileiro seria possível pensar em circuitos procedimentais cabíveis para demandas judiciais com características distintas.

Nesse sentido, para além do incentivo à autocomposição como norma fundamental do CPC/15, referidos métodos podem ser entendidos a partir da noção de gestão do processo – isso porque concretizam a possibilidade de flexibilização do procedimento, uma vez que, nos termos do art. 139, V, do CPC/15, o juiz pode promover a autocomposição em qualquer fase do processo.

Com efeito, a partir de seus poderes de direção do processo, o magistrado têm a possibilidade de designar a audiência de conciliação ou mediação nas demandas em que entender ser possível a celebração de acordo entre as partes envolvidas no conflito – não se nega, portanto, que este poder constitui uma das técnicas de gestão do processo, uma vez que a resolução do conflito a partir da eventual celebração do acordo atenderá aos fins de duração razoável do processo, efetividade da prestação jurisdicional e pacificação social.

Nesse sentido, conforme ensina Érico Andrade, a adoção dos mecanismos consensuais de solução de conflitos no curso do processo

44 ANDRADE, Érico. Gestão Processual Flexível, Colaborativa e Proporcional: Cenários para implementação das novas tendências no CPC/15 - DOI: 10.12818/P.0304-2340.2020v76p183. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, [S.l.], n. 76, p. 183-212, jan. 2020. ISSN 1984-1841. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/2065>. Acesso em: 30 set. 2020. p. 188.

se mostra relevante para evitar gastos de recursos judiciais "*quando possível buscar outras formas de solução do litígio, permitindo, com isso, a utilização destes chamados meios alternativos de solução de conflito como mais uma ferramenta de gestão processual*"[45].

Tatiana Machado Alves, por seu turno, destaca que existem dois princípios fundamentais na base da valorização dos métodos consensuais de solução de conflitos, quais sejam, a adequação e a celeridade[46]. A possibilidade de adoção desses métodos no curso do procedimento judicial *"promove a busca de formas alternativas de solução de conflitos que se mostrem mais adequadas do que a adjudicação"*[47]. Lado outro, *"o incentivo à autocomposição também contribui para dar uma resolução mais célere ao litígio"*[48].

A autora ainda pontua outro aspecto relevante acerca dos métodos consensuais de resolução dos conflitos. Segundo Alves, quando as partes optam pelo uso desses métodos em caráter antecedente ou incidental à instauração do processo judicial *"elas também estão exercendo uma função gerencial do seu próprio conflito, determinando a forma que entendem ser mais adequada para resolvê-lo"*[49]

Ampliando a compreensão acerca dos métodos autocompositivos, Paulo Eduardo Alves da Silva pontua que o gerenciamento mediante o uso das técnicas conciliatórias *"num primeiro momento, reduz a pauta e, num segundo momento, essa redução de pauta diminui o tempo*

45 ANDRADE, Érico. Gestão Processual Flexível, Colaborativa e Proporcional: Cenários para implementação das novas tendências no CPC/15 - DOI: 10.12818/P.0304-2340.2020v76p183. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, [S.l.], n. 76, p. 183-212, jan. 2020. ISSN 1984-1841. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/2065>. Acesso em: 30 set. 2020. p. 191.

46 ALVES, Tatiana Machado. Gerenciamento processual no Novo CPC. Salvador: Editora JusPodivm, 2019. p. 253.

47 ALVES, Tatiana Machado. Gerenciamento processual no Novo CPC. Salvador: Editora JusPodivm, 2019. p. 253.

48 ALVES, Tatiana Machado. Gerenciamento processual no Novo CPC. Salvador: Editora JusPodivm, 2019. p. 253.

49 ALVES, Tatiana Machado. Gerenciamento processual no Novo CPC. Salvador: Editora JusPodivm, 2019. p. 254.

de processamento dos feitos restantes que, em tese, têm maior atenção do juiz"[1].

A constatação apresentada por Paulo Eduardo Alves da Silva permite, novamente, relacionar as noções de gestão judiciária e gestão do processo. Com efeito, não há dúvidas de que a possibilidade de adoção dos métodos consensuais no curso do processo judicial tem o condão de promover o fim da demanda judicial naqueles casos em que for possível a celebração do acordo.

Desse modo, quando o magistrado designa a audiência de mediação e conciliação a partir de seus poderes de direção do processo e esta audiência resulta na celebração do acordo, a solução desse conflito em específico possui também impactos no universo de processos que tramitam perante o juízo.

Em larga escala, a adequada adoção da técnica de designação da audiência de conciliação e mediação no curso do processo judicial tem relação direta com a gestão judiciária como um todo, uma vez que, se bem utilizada pelo magistrado, pode reduzir o número de demandas em curso e aumentar a disponibilidade de recursos (financeiros, de pessoal e de estrutura judiciária) que poderão ser destinados para o trâmite dos processos judiciais para os quais a mediação e a conciliação não são adequados.

Nesse sentido, a gestão judiciária e a gestão do processo constituem via de mão dupla no que diz respeito aos métodos consensuais de resolução de conflitos – de um lado, a gestão judiciária que tem como plano o incentivo à mediação e a conciliação permite o estabelecimento de uma estrutura judicial adequada à adoção desses métodos no caso concreto e, portanto, garante que essas técnicas possam ser utilizadas perante os processos judiciais individualmente considerados. De outro lado, a adoção dos métodos consensuais enquanto técnica de gerenciamento do processo impacta diretamente na gestão judiciária, pois pode garantir a redução do número de demandas em curso e viabilizar a maior disponibilidade de recursos

1 SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Gerenciamento de Processos Judiciais. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 60-61.

para as demandas nas quais os métodos consensuais não serão adequados para a obtenção da solução do conflito.

Considerando a relação existente entre gestão judiciária e gestão do processo na perspectiva dos métodos consensuais de resolução de conflitos, é possível retornar às disparidades observadas nos dados colhidos do relatório Justiça em Números 2020 e dos números da conciliação e mediação no bojo do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Conforme apresentado, a análise do relatório Justiça em Números e dos planos estratégicos definidos pelo Conselho Nacional de Justiça revela que o Brasil tem destinado verbas públicas à implementação dos CEJUSCs nos estados brasileiros. Esses investimentos, por sua vez, representam um dos enfoques atuais da gestão judiciária no Brasil – isto é, os órgãos de gestão do Poder Judiciário brasileiro tem empenhado esforços em garantir a existência de uma estrutura específica para as audiências de conciliação e mediação judiciais.

Ocorre que, quando se analisa o número de acordos celebrados na justiça brasileira, é possível verificar que a estrutura dedicada aos métodos consensuais não tem servido para viabilizar um maior de acordos celebrados, tampouco para representar uma saída para o elevado número de demandas judiciais represadas na justiça brasileira.

O problema ora diagnosticado, qual seja, a disparidade entre os investimentos feitos na construção dos CEJUSCs e o baixo número de acordos, confirma que a gestão judiciária e a gestão processual, pelo menos no que diz respeito aos métodos consensuais de solução de conflitos, estão em constante tensão. Desse modo, se entende que o incentivo aos referidos métodos na justiça brasileira carece agora de uma análise mais cuidadosa acerca do papel da mediação e da conciliação como ferramenta de gestão do processo.

Isto é, se de um lado são visíveis os investimentos realizados na construção dos CEJUSCs, de outro lado é necessário que os magistrados sejam treinados a compreender a mediação e a conciliação enquanto técnicas de gestão processual e que, em última análise, podem representar a própria solução para o conflito objeto do processo judicial.

A referida constatação, por seu turno, pode ser pensada também a partir da comparação entre as normas procedimentais brasileiras e o procedimento judicial definido pelo Uruguai – no qual o Código Geral de Processo, além de ter colhido inspirações diretas no já mencionado Código Modelo para a Iberoamérica, adotou um procedimento que dá destaque para a audiência preliminar e para a compreensão da figura do juiz a partir de seus poderes de direção do processo.

5. OS MÉTODOS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS À LUZ DA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL URUGUAIA

Conforme mencionado, o Código Geral de Processo do Uruguai, aprovado em 1988, colheu inspirações diretas no Código Modelo para a Iberoamérica[2]. Nesse sentido, de modo semelhante ao Código Tipo, o Código uruguaio adota princípios gerais que auxiliam no entendimento amplo desse sistema processual estrangeiro. Em primeiro lugar, cumpre destacar que o art. 2º do Código uruguaio consagra como princípio a direção do processo pelo tribunal, isto é, o protagonismo do juiz na condução da marcha processual.

Além disso, os arts. 8º e 10º ainda definem dois outros importantes comandos – o princípio da imediação e o princípio da concentração dos atos processuais. O art. 10º consagra o princípio da concentração e ainda impõe que os atos processuais devem ser realizados "sem demora", na tentativa de eliminar aquilo que a doutrina denomina de tempos mortos do processo. Ao lado dos três princípios ora destacados, o Código Geral também consagra o princípio da economia processual, da boa-fé e lealdade, o princípio dispositivo, o princípio da publicidade, o princípio da igualdade material e o princípio do devido processo legal.

Passando à análise do procedimento judicial definido pelo Código processual uruguaio, é importante pontuar que o processo uruguaio viveu verdadeira transformação de sua estrutura procedimental a

2 CAMPOS, Santiago Pereira. *Alguna Lecciones Aprendidas en la Aplicación del Código Procesal Modelo para Iberoamérica en Uruguay*. In. MAIA, Renata C. Vieira *et al* (Orgs.). A oralidade, processo do Séc. XXI. Porto Alegre: Editora Fi, 2020. p. 148-149.

partir do Código de 1989. Santiago Pereira, ao tratar do sistema anterior, descreve um processo exageradamente burocrático, lento, marcado pela escrita e no qual o juiz e as partes encontravam-se distantes dos atos processuais e da própria solução do caso concreto[3].

O Código Geral de Processo, por seu turno, inaugura um movimento de simplificação procedimental[4] e define uma estrutura procedimental que tem como núcleo a audiência preliminar, na qual são realizados diversos atos processuais atendendo ao princípio da concentração dos atos, previsto no art. 10º do Código uruguaio.

Conforme disposto pelo art. 341 do Código processual uruguaio, a audiência preliminar se inicia com o reforço oral das pretensões iniciais pelo autor e com a exposição, também oral, das teses de defesa e reconvenção (se houver) pela parte ré.

Em seguida, o juiz conduz a tentativa de conciliação entre as partes a respeito de todo o objeto da demanda ou apenas de alguns dos pontos controvertidos. Interessante notar que no sistema uruguaio, nos termos do art. 293 do Código, os juízos ordinários cíveis exigem o cumprimento de uma fase de conciliação prévia ao ajuizamento da ação, que se desenrola perante juízes distintos daqueles que dirigem o processo judicial ordinário. Em outras palavras, o procedimento uruguaio prevê a realização de duas tentativas de conciliação: a primeira que se dá antes da propositura da ação e a segunda que ocorre dentro do processo judicial, na audiência preliminar.

Caso a tentativa de conciliação realizada na audiência preliminar não culmine na celebração do acordo, o juiz deve ditar a chamada *"sentencia interlocutoria"* na qual são decididas todas as questões processuais e que obstam a efetiva análise do mérito – referida decisão cumpre a finalidade de sanear o processo e permite avançar para as

3 CAMPOS, Santiago Pereira. *Alguna Lecciones Aprendidas en la Aplicación del Código Procesal Modelo para Iberoamérica en Uruguay.* In. MAIA, Renata C. Vieira *et al* (Orgs.). A oralidade, processo do Séc. XXI. Porto Alegre: Editora Fi, 2020. p. 150-151.

4 CAMPOS, Santiago Pereira. *Alguna Lecciones Aprendidas en la Aplicación del Código Procesal Modelo para Iberoamérica en Uruguay.* In. MAIA, Renata C. Vieira *et al* (Orgs.). A oralidade, processo do Séc. XXI. Porto Alegre: Editora Fi, 2020. p. 156.

questões estritamente de mérito[5]. Em seguida, também por meio da *"sentencia interlocutoria"* o juiz deve fixar o objeto do processo e o objeto das provas a serem produzidas no caso concreto.

O quadro ora apresentado, em comparação ao que ocorre no Brasil, revela que o procedimento judicial uruguaio dá tratamento distinto aos métodos consensuais. Nesse sentido, em que pese a necessidade de realização de duas tentativas de conciliação (uma prévia ao processo judicial e outra que é realizada na própria audiência preliminar), é certo que o processo judicial uruguaio não possui um momento processual dedicado exclusivamente à celebração do acordo.

Explica-se: no Brasil, há a previsão de um momento processual específico para a realização da audiência de conciliação ou mediação, que é conduzida por conciliadores e mediadores judiciais (art. 334, CPC/15). No Uruguai, por sua vez, a tentativa de conciliação ocorrida após o ajuizamento da ação se dá em audiência preliminar que é destinada à realização de outros atos processuais que sequer se relacionam à conciliação. Além disso, nesse modelo, a audiência de conciliação é conduzida pelo próprio magistrado.

Desse modo, é evidente que essa diferença procedimental implica também distinções no que diz respeito à estrutura judiciária mobilizada no Brasil e no Uruguai. A partir do procedimento judicial brasileiro, é evidente a necessidade de que exista uma estrutura judiciária e de pessoal destinada exclusivamente para as audiências de conciliação e mediação. No Uruguai, por outro lado, a tentativa de conciliação é realizada na mesma estrutura em que é realizada a própria audiência preliminar e não demanda a participação de outro servidor (conciliador ou mediador).

6. CONCLUSÃO

A partir do quadro apresentado, é possível concluir pela existência de uma relação direta entre a gestão judiciária e a gestão

5 Disposição contida no art. 341, do Código General del Proceso do Uruguay.

processual no que diz respeito aos métodos consensuais de solução de conflitos. Além disso, trazendo à baila o exemplo do Uruguai, é possível notar também que a gestão judiciária e o gerenciamento do processo a partir da conciliação e da mediação estão estritamente relacionados à estrutura procedimental de cada país.

Nesse sentido, é possível verificar que a audiência de conciliação prevista no art. 334, do CPC/15 demanda a organização do Poder Judiciário com vistas à implementação de uma estrutura (física e de pessoal) específica para que referidas audiências possam sem realizadas nos termos como estão previstas no diploma processual. Com efeito, o Brasil dedicou (e continua dedicando) verbas públicas à construção dos CEJUSCs, o que, por outro lado, não refletiu o aumento de acordos celebrados a partir dos métodos consensuais de solução de conflitos.

Tal constatação revela a necessidade de um novo olhar para os referidos métodos consensuais – muito além de uma "solução" para o problema do congestionamento de processos na justiça brasileira, a conciliação e a mediação se revelam enquanto técnicas de gestão do processo e do próprio conflito e que, se bem aplicadas, poderão trazer resultados positivos do ponto de vista da gestão judiciária e do fim de pacificação social.

7. REFERÊNCIAS

ALVES, Tatiana Machado. Gerenciamento processual no Novo CPC. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

ANDRADE, Érico. Gestão Processual Flexível, Colaborativa e Proporcional: Cenários para implementação das novas tendências no CPC/15 - DOI: 10.12818/P.0304-2340.2020v76p183. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, [S.l.], n. 76, p. 183-212, jan. 2020. ISSN 1984-1841. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/2065>. Acesso em: 30 set. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Justiça em Números 2020. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf Acesso em: 23 set. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156 Acesso em: 24 set. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 198, de 1º de Julho de 2014. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2017/05/resol_gp_198_2014_copiar.pdf Acesso em: 24 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3-367-1 DF. Relator Min. Cezar Peluso. DJ 17 mar. 2006. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363371 Acesso em: 24 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3-367-1 DF. Relator Min. Cezar Peluso. DJ 17 mar. 2006. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363371 Acesso em: 24 set. 2020.

CAMPOS, Santiago Pereira. Alguna Lecciones Aprendidas en la Aplicación del Código Procesal Modelo para Iberoamérica en Uruguay. In. MAIA, Renata C. Vieira et al (Orgs.). A oralidade, processo do Séc. XXI. Porto Alegre: Editora Fi, 2020.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Apontamentos para a concretização do princípio da eficiência do processo. In. FREIRE, Alexandre *et al.* (Org.). Novas tendências do processo civil: Estudos sobre o projeto do Novo Código de Processo Civil. Salvador: Editora JusPodivm, 2013.

FUX, Luiz. Discurso do Excelentíssimo Senhor Ministro Luiz Fux por ocasião da posse no cargo de Presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça. Brasília, 10 de setembro de 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/discurso-posse-fux-stf.pdf Acesso em: 24 set. 2020.

GONÇALVES, Gláucio Ferreira Maciel; BRITO, Thiago Carlos de Souza. GERENCIAMENTO DOS PROCESSOS JUDICIAIS: NOTAS SOBRE A EXPERIÊNCIA PROCESSUAL CIVIL NA INGLATERRA PÓS-CODIFICAÇÃO - DOI: 10.12818/P.0304-2340.2015v66p291. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG.** [S.l.], n. 66, p. 291-326, set. 2015. ISSN 1984-1841. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1697>. Acesso em: 06 out. 2020.

INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO PROCESAL. El Codigo Procesal Civil Modelo para Iberoamerica. Montevideo, 1988.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Total CEJUSC Minas Gerais, 2017. Disponível em: https://www.tjmg.jus.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A80BCE6708B988F01708CD7937451AF Acesso em: 04 out. 2020.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Total CEJUSC Minas Gerais, 2018. Disponível em: https://www.tjmg.jus.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A80BCE6708B988F01708CD7917550FD Acesso em: 04 out. 2020.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Total CEJUSC Minas Gerais, 2019. Disponível em: https://www.tjmg.jus.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A80BCE6708B988F01708CD7942353AC Acesso em: 04 out. 2020.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Gerenciamento de Processos Judiciais. São Paulo: Saraiva, 2010.

PROTOCOLOS DE PROCEDIMENTO E DE GESTÃO JUDICIÁRIA: análise comparada entre as práticas francesas, italianas e brasileiras.

Gabriela Coelho Torres
Mestranda em Direito pela UFMG. Advogada. gabrielactorress@gmail.com

RESUMO

Em meio à recente tendência de reconhecimento da jurisdição como serviço público, penetrado pelos ideais de convencionalidade e eficiência administrativa, o presente artigo tem o objetivo de apresentar um instrumento em tudo alinhado a esse panorama: os protocolos de procedimento e de gestão judiciária. Trata-se de convenções firmadas entre representantes de Tribunais e de Ordens de Advogados, dentre outras entidades, para regulamentar determinados aspectos procedimentais e organizacionais da *práxis* judicial. O trabalho parte de breve abordagem das experiências francesa e italiana com os *contrat de procédure* e os *protocolli di procedura*, respectivamente, seguindo para a sua comparação com o atual panorama brasileiro de aplicação do instituto. Nesse viés, o estudo prossegue com a análise dos fundamentos e potencialidades dos protocolos institucionais no país. Ao final, conclui-se que tais convenções já vêm sendo largamente utilizadas no âmbito de vários Tribunais brasileiros. Propõe-se, contudo, que seu escopo pode ser expandido, para alcançar a regulamentação de alguns aspectos procedimentais e organizacionais mais específicos e concretos, alastrando-se para espaço que hoje é ocupado pelas portarias e outros atos normativos unilaterais. Assim, avançar-se-á ainda mais no caminho da gestão processual e judiciária colaborativa e democrática.

Palavras-chave: Protocolos de Procedimento. Convenções Processuais Coletivas. Gestão Processual.

Sumário: 1 Introdução; 2 Os *contrat de procédure* franceses; 3 Os *protocolli di procedura* italianos; 4 Aplicação no Brasil: atual panorama e potencialidades futuras; 5 Conclusão: pela expansão, no Brasil, dos protocolos de procedimento e gestão judiciária compartilhada; 6 Referências.

1. INTRODUÇÃO

A partir da segunda metade do século XX o direito público e a atuação estatal passaram a ser progressivamente invadidos pela noção de consensualidade[6]. Nesse viés, vislumbram-se significativas mudanças nas relações entre a Administração Pública e os cidadãos, que vêm se tornando cada vez menos impositivas e mais colaborativas, em oposição aos atos de autoridade e ao esquema piramidal que predominavam no Direito Moderno[7].

Esse fenômeno foi acentuado pela positivação multinacional e pela internacionalização do princípio democrático, a exigir justamente que a sociedade faça parte das ações e decisões estatais. Com o crescente fortalecimento desse paradigma, não é suficiente que os administrados se façam representar somente através da eleição de parlamentares, que votarão leis gerais e abstratas. Cada vez mais, exigem-se e praticam-se "camadas mais internas" de democracia e consensualidade, de forma a viabilizar que os indivíduos especificamente afetados por determinado ato ou decisão administrativos sejam diretamente envolvidos na sua construção *in concreto*.

É por isso que as relações jurídicas de que participa a Administração Pública tendem a ser cada vez mais reguladas por termos de colaboração, acordos e convenções coletivas; em detrimento

6 ANDRADE, Érico. A "contratualização" do processo no Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER Jr., Fredie (Coord. Geral); MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Org). Coleção Novo CPC Doutrina Selecionada, v. 1. 2ª ed., p.1325-1345. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 1329.

7 CANELLA, Maria Giulia. Gli accordi processuali francesi volti alla "regolamentazione collettiva" del processo civile. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. n. 2. ano LXIV. p. 549-580. Milano: Giuffrè, 2010, p. 555.

dos decretos, portarias e demais regulamentações unilaterais[8]. A assimetria e imposição dão lugar à simetria e à cooperação, e as soluções são convencionalmente construídas por todos os atores envolvidos.

Paralelamente, o direito público e a atuação estatal também têm se pautado cada vez mais pelo ideal da eficiência[9], que, no Brasil, passou inclusive a ter o *status* formal de princípio constitucional, ao ser acrescentado pela EC nº 19/98 ao rol do art. 37 da CRFB. Com isso, visa-se a um modelo de administração pública gerencial perpassada por padrões de qualidade, produtividade, economicidade e alcance de resultados, tudo, claro, nos limites da legalidade[10].

Conectando-se essas duas pontas, pode-se ponderar que a negociação e a consensualidade são instrumentos preciosos no atingimento da eficiência na atuação pública. Parece claro que decisões e medidas formuladas mediante envolvimento direto de todos os sujeitos envolvidos e afetados obviamente tendem a ser mais refletidas, razoáveis, praticáveis, e, portanto, eficazes, sujeitando-se a menos impugnações.

Nesse contexto, a recente e irrefreável tendência de reconhecimento da jurisdição como função estatal essencial e como serviço público, importa sua contaminação por tais referenciais de consensualidade e eficiência, que há mais tempo habitam em outros âmbitos da atuação administrativa e do direito. São essas as ponderações de Érico Andrade:

> Aliás, impossível que fosse a jurisdição, uma das funções estatais ao lado das tradicionais funções

8 COSTA, Eduardo José da Fonseca. Calendarização processual. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord. Geral); CABRAL, Antonio do Passo, NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coord.). Negócios Processuais: Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v. 1, p. 511-526. Salvador: Juspodvim, 2017, p. 516.

9 Para Gasparini, a eficiência traduz o princípio da boa administração, e implica suprimir gastos desnecessários, além da realização rápida, responsável, maximizada, perfeita e abrangente da atividade administrativa. (GASPARINI, Diógenes. Direito administrativo. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 53).

10 MAZZA, Alexandre. Manual de direito administrativo. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p .121.

> executiva e legislativa, excluída desse contexto geral do direito público: como anota a doutrina francesa, em concepção muitas vezes ignorada no direito brasileiro, a jurisdição deve ser encarada como serviço público, sob os aspectos formal e material, e como tal sujeita aos princípios gerais do serviço público como continuidade, igualdade e eficiência. Por conseguinte, a jurisdição, como integrante do organismo estatal como um todo, permeado pelo direito público, se impregna das novas possibilidades que gravitam na base desse conjunto, como a necessidade de maior abertura para a consensualidade e atuação pautada pela eficiência, permeada pela economicidade, a fim de que os recursos estatais possam ser melhor aproveitados e geridos em prol da sociedade.[11]

Como resultado, vislumbra-se crescente preocupação com o estudo e aplicação de institutos e práticas voltados à consensualidade e à eficiência na jurisdição e no direito processual. Tal se verifica tanto em nível "macro", no que se refere à administração da justiça e à organização das unidades judiciárias, quanto em nível "micro", no âmbito de cada processo, enquanto instrumento essencial da jurisdição. Ambas as facetas, que guardam grande influência recíproca, são essenciais para a concretização do ideal constitucional do justo processo, indissociável da noção de duração razoável[12].

11 ANDRADE, Érico. As novas perspectivas do gerenciamento e da "contratualização" do processo. Revista de Processo, São Paulo, ano 35, n. 193, pp. 167-199, mar/2011, p. 169.

12 THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. Impactos da Constituição Federal na evolução do processo civil. In: MORAES, Guilherme Peña de (Org.). 30 Anos da Constituição Federal e o Direito Brasileiro, p. 303-355. Rio de Janeiro: Forense-Gen, 2018, p. 334-335.

A partir dessa força motriz, e com inspiração em experiências estrangeiras (principalmente francesa[13] e inglesa[14]), nos últimos anos a doutrina brasileira tem se ocupado do estudo da gestão judiciária e processual[15]. Considerando o exposto, relativamente à conjunção dos paradigmas de eficiência e consensualidade, ganhou notoriedade a chamada gestão processual compartilhada ou colaborativa[16]. Destacam-se, nesse âmbito, diversas técnicas que permitem a integração das partes e do juiz para a condução cooperada e customizada de cada processo, atuando sobretudo na vertente mais individual (ou "micro") do gerenciamento processual. Muitos desses mecanismos foram encampados no CPC/2015, a exemplo do saneamento compartilhado, do calendário e dos negócios jurídicos processuais. Através desses instrumentos, partes e juízes produzem resoluções convencionais voltadas à condução procedimental ótima de cada caso concreto, em materialização aos princípios cristalizados

13 É ver, nesse sentido: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. As convenções processuais na experiência francesa e no Novo CPC. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo, NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coord.). Negócios Processuais: Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v. 1. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 367-391.

14 É ver, nesse sentido: GONÇALVES, G. F. M.; BRITO, T. C. S. Gerenciamento dos processos judiciais: notas sobre a experiência processual civil na Inglaterra pós-codificação. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 66, pp. 291 - 326, jan./jun. 2015.

15 "As técnicas normalmente presentes em modelos de gerenciamento de processos são: o envolvimento imediato do juiz com o processo, a seleção e triagem das demandas, a abertura para meios alternativos de resolução de conflitos (mediação, conciliação, arbitragem, avaliação de terceiro neutro, etc.), o planejamento do andamento, do custo e do tempo do processo, a desformalização das regras processuais, a adaptação do procedimento às circunstâncias do caso, a organização da estrutura judiciária e criação de novas funções de apoio ao juiz, o controle do fluxo de rotinas internas dos cartórios, a gestão e o aproveitamento dos recursos humanos, materiais e tecnológicos do juízo, etc." (SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Gerenciamento de Processos Judiciais. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 141).

16 Em interessante artigo, Érico Andrade aponta que as linhas da gestão processual flexível, cooperativa e proporcional são o que há de mais atual no processo civil, e que o CPC/2015 disponibiliza as ferramentas necessárias para sua concretização (ANDRADE, Érico. Gestão processual flexível, colaborativa e proporcional: cenários para implementação das novas tendências no CPC/2015. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, n. 76, 2020, p. 183-212).

no próprio *Codex*, especialmente cooperação (art. 6º) e eficiência (art. 8º).

Contudo, menos tem se dito e estudado relativamente à gestão processual compartilhada em acepção um pouco mais "macro", embora, nesse âmbito, os ideais de eficiência e consensualidade sejam igualmente relevantes, considerando os elevados índices de insatisfação da sociedade com o Poder Judiciário brasileiro[17]. A temática é muito relevante: de que maneira é possível conceber a colaboração dos diversos sujeitos envolvidos na administração da justiça (magistrados, servidores dos gabinetes e secretarias, partes, advogados, peritos) para otimizar os expedientes processuais gerais e as próprias rotinas judiciárias? Serão tais fórmulas capazes de atingir melhorias na celeridade[18], efetividade, economicidade e satisfatoriedade do serviço-jurisdição (exigências dos arts. 37 e 70 da CFRB), além de sua crescente democratização?

Sem a pretensão de exaurir a matéria, que, sem dúvidas, reclama intervenção interdisciplinar, o presente artigo visa apresentar e analisar a aplicação, no Brasil, de um dos instrumentos voltados a esses objetivos, partindo das experiências francesa e italiana. Trata-se do que ora optamos por denominar como "protocolos de procedimento e de gestão judiciária", embora as nomenclaturas adquiridas pelo instituto, no país e no mundo, sejam das mais variantes. Independentemente da alcunha, tem-se aí uma espécie de convenção coletiva de processo ou de administração judiciária, congruente com os ideais e escopos ora propostos.

17 O último relatório ICJ-Brasil, produzido pela FGV-SP em 2017, revela que o índice de confiança da sociedade civil no Judiciário é de apenas 24%. Ademais, 81% dos entrevistados o consideram lento e caro, 78% o consideram nada/pouco honesto, e 73% o consideram difícil de usar e nada/pouco competente. (CUNHA, L. G. et al. Relatório ICJ Brasil: 1º semestre de 2017. São Paulo: FGV, 2017. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/19034. Acesso em 02.10.2020).

18 É especialmente relevante o objetivo de eliminação dos chamados "tempos mortos" do processo, em que não se praticam quaisquer atos voltados à solução do conflito (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Insuficiência da reforma das leis processuais. Belo Horizonte: Academia Brasileira de Direito Processual Civil, 2004. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo51.htm>. Acesso em 13.10.2020.)

Inobstante tais experiências estrangeiras já tenham sido dignas de nota pela doutrina processual brasileira[19], talvez a maior contribuição deste trabalho repouse na breve comparação e reflexão em torno de sua aplicação e potencialidades no sistema jurídico nacional.

2. OS CONTRAT DE PROCÉDURE FRANCESES

A partir de meados dos anos 80, à revelia de qualquer previsão normativa, desenvolveu-se na França a prática de estipulação de acordos processuais coletivos, entre os presidentes das unidades judiciárias e os chefes das associações de advogados, sobretudo no âmbito dos Tribunais de Grande Instância e das Cortes de Apelação[20]. De início, tais acordos diziam respeito especialmente à fase instrutória, e, eventualmente, deles participavam também representantes das secretarias judiciárias, das procuradorias e até das associações de peritos.

Historicamente, a ausência de reserva legal ditada pela Constituição, aliada à abertura e flexibilidade normativas do processo civil francês, sem muitas preclusões rígidas, viabilizaram e estimularam esse fenômeno; que serviu ao reclamo geral de certa homogeneização e adaptação, a nível local/regional, das normas procedimentais e das práticas judiciárias[21]. De acordo com Cadiet, tratar-se-ia de uma espécie de retomada dos antigos hábitos judiciais, conferindo-lhes nova feição contratual[22].

Maria Giulia Canella faz perfunctória análise do conteúdo de convenções coletivas já firmadas em vários Tribunais de Grande Instância e Cortes de Apelação francesas. A lista é bastante extensa, mas, para os fins deste trabalho, válido referenciar algumas das

19 É ver, por exemplo: CABRAL, Antônio do Passo. Convenções Processuais. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 128-137.

20 CANELLA, op. cit., p. 549-550.

21 CANELLA, op. cit., p. 560.

22 CADIET, Loïc. Perspectivas sobre o sistema da justiça civil francesa - seis lições brasileiras [livro eletrônico]. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 83.

previsões mais interessantes, que fixam, por exemplo: (i) quantidade, número de cópias, limite de páginas e até ordem argumentativa das peças processuais das partes, além de diretrizes de citação de doutrina e jurisprudência; (ii) termos finais para prolação de decisões, ainda que em caráter meramente exortativo; (iii) parâmetros para o envio de documentos e sua juntada ao processo, com critérios de enumeração e listagem; (iv) padrões de comportamento nas audiências instrutórias, exigindo-se que advogados apontem erros de fato no relatório e que magistrados não manifestem qualquer opinião; (v) prerrogativa do juiz de estabelecer cronograma para cada processo, sozinho ou em colaboração com as partes; (vi) preclusões para as partes e o juiz, para as causas em que admissível a fixação de cronograma; (vii) exigência ou dispensa de advogados em determinadas audiências; (viii) regras acerca da reunião de causas; (ix) métodos obrigatórios de comunicação entre os sujeitos processuais; (x) pena de nulidade para o descumprimento de determinados requisitos de forma e conteúdo do documento de citação. Há também acordos que criam, por exemplo: (xi) núcleo de estímulo à mediação ou a outros métodos alternativos, com participação de defensores e magistrados; e (xii) comissões e reuniões periódicas para discussão de erros, acertos e propostas de melhorias nos procedimentos[23].

Cite-se também os específicos acordos firmados com a participação do representante da associação de peritos judiciais local, estabelecendo obrigações para os *experts* e para as partes, a fim de obter melhor organização da fase probatória. Exige-se, por exemplo, a formulação de um calendário e de um documento-síntese da análise técnica[24].

Para mais, no decorrer deste estudo, verificou-se que, nos anos mais recentes, especialmente no âmbito dos Tribunais de Comércio franceses, muitos "contratos de procedimento" têm sidos celebrados. Além de disposições semelhantes às já mencionadas, alguns estipulam, minunciosamente, dias da semana e honorários

23 CANELLA, op. cit., p. 560-568.

24 Ibid., p. 568.

para a realização de audiências e entrega de peças, formulando uma espécie de "cronograma geral" para a sucessão dos atos processuais mais relevantes. Esse é o caso, por exemplo, do "Contrat De Procedure entre le Tribunal de Commerce et le Barreau de Bordeaux", de 2016[25].

Enfim, como já observou Cabral[26], percebe-se que as convenções coletivas em lume têm objetos bastante variados. Boa parte diz respeito a aspectos de praxe e organização judiciária, mas alguns incluem efetivas regras processuais que poderiam ser objeto do próprio Código, inclusive com disposições bastante coercitivas, instituindo até nulidades e preclusões não previstas em lei.

Ademais, é possível notar que, geralmente, os contratos de procedimento franceses são substituídos com o decorrer do tempo. Tal se dá em resposta às alterações legislativas, aos avanços tecnológicos, ou às percepções dos próprios sujeitos participantes, a reclamar revisão das estipulações anteriores que se mostraram falhas na prática forense. É ver, nesse sentido, o preâmbulo da *Convention relative a la mise en etat devant le Tribunal de Commerce de Carcassonne,* de 2017:

> As modificações introduzidas por este acordo constituem um passo na busca permanente pela melhoria da gestão dos processos pelo Tribunal de Comércio de Carcassonne, relativamente às quais os advogados, os juízes e a secretaria são partes responsáveis, para garantir sua sustentabilidade. As discussões devem ser realizadas regularmente para garantir a aplicação adequada do referido regulamento e seu aprimoramento ao longo do tempo. Este avanço deverá ser complementado pela implementação da desmaterialização dos procedimentos graças aos avanços técnicos trazidos pela Internet e pela comunicação eletrônica.[27]

25 Disponível em: <https://175avocats.com/wp-content/uploads/2018/04/contrat_de_procedure_tribunal_commerce_bordeaux.pdf>. Acesso em 13.10.2020.

26 CABRAL, op. cit., p. 135.

27 Tradução nossa. Disponível em: <http://www.greffe-tc-carcassonne.fr/modeles/contentieux/contrat_procedure/convention_procedure_G1101.pdf.> Acesso em

Válido conferir também as disposições preliminares do Contrat de Procedure nº 03 do Tribunal de Comércio de Lorient, de 2018. Além de listar interessantes objetivos atrelados ao aperfeiçoamento dos expedientes processuais locais; o documento deixa claro que se trata de tentativa de correção das falhas verificadas na aplicação da convenção anterior, mantendo-se um fluxo de constante aprimoramento:

> Desde 20 de março de 2007, data da assinatura do primeiro contrato de procedimento, o Tribunal de Comércio e a Associação de Advogados de Lorient firmam parceria para pesquisar e definir meios para melhorar a condução dos processos de medidas provisórias e de demandas perante a jurisdição consular. Estas regras e compromissos mútuos, estabelecidos em estrito cumprimento à lei, visam: (i) reduzir o tempo transcorrido entre a primeira audiência e a audiência de alegações; (ii) melhorar a condução da fase preliminar de intercâmbio de documentos e conclusões; (iii) reduzir o número de remarcações de audiências; (iv) permitir que os juízes tenham um melhor conhecimento dos processos antes da audiência de alegações, aumentar a utilidade dos debates; (v) generalizar a desmaterialização das correspondências e a constituição dos processos digitais. Cada uma das partes signatárias compromete-se, dentro da sua esfera de competência, a contribuir ativamente para implementação das regras descritas abaixo, sendo aqui lembrado que: (a) As partes são donas do processo e têm liberdade para conduzi-lo como entenderem; (b) O papel do juiz é assegurar o bom andamento do processo. Ele detém o poder legal de tomar todas as medidas necessárias para esse objetivo, a fim de, em particular, garantir uma progressão regular do procedimento nos

13.10.2020.

> casos que lhe são submetidos. Após três anos de aplicação Contrato de Procedimento datado de 20 de novembro de 2015, as partes voltaram a reunir-se para definir os meios adequados para resolver as dificuldades ou falhas observadas. Este novo contrato também permite evocar a constituição de uma câmera de "mise en état" perante o tribunal Comercial, bem como as modalidades de aplicação de ADRs (modos alternativos de resolução de litígios).[28]

Há ainda uma outra espécie "apartada" de convenção coletiva processual, relativa, especificamente, à informatização dos processos e à comunicação eletrônica dos atos processuais. No contexto desses acordos, os encargos não são atribuídos somente às secretarias judiciárias: também são instituídas obrigações expressas para as partes em matéria de acesso, segurança e organização do processo eletrônico[29].

Noutro giro, registre-se que as práticas exitosas oriundas de convenções processuais coletivas têm sido capazes de influenciar o legislador francês, inclusive abrindo caminho para os acordos processuais individuais, hoje bastante disseminados no país. Com efeito, após múltiplas previsões convencionais de calendários processuais em sede de *contrats de procédure* coletivos, a reforma de 2005 incluiu tal instituto no CPC[30].

Nesse contexto, os *contrats de procédure* já foram dignos de nota pela doutrina francesa. Embora reconhecendo ser louvável a promoção de diálogo construtivo entre os atores processuais, Corinne Bléry e Jean-Paul Taboul criticam as convenções coletivas de processo, por refletirem uma multiplicidade de regramentos locais, em detrimento da unicidade do Código. Segundo os autores, a disseminação dessa

28 Tradução nossa. Disponível em <http://greffe-tc-lorient.fr/modeles/contentieux/contrat_procedure/convention_procedure_G5601.pdf>. Acesso em 13.10.2020.

29 CANELLA, op. cit., p. 568-569.

30 CABRAL, op. cit., p. 135.

prática inclusive poderia ameaçar a vantagem competitiva do direito francês, relativamente aos fóruns dos países de *common law*[31].

Por sua vez, Cadiet afasta esse tipo de apontamento:

> A diversidade dos protocolos de processo não me parece ser um problema capaz de implicar retorno à França do Antigo Regime, porque essa diversidade de maneiras de proceder é um fato constante – não penso, contudo, que seja um mal constante. Trata-se de um fato que resulta de usos locais difundidos pelo tempo por acordos processuais convencionados entre os atores do processo ou pela própria lei. Como escreve Albert Camus, a unidade é "a harmonia de contrastes" e não "a aniquilação das diferenças". O respeito aos princípios fundamentais processuais não impede que sejamos pragmáticos na maneira de viver e de fazer funcionar cotidianamente as jurisdições francesas num contexto de grandes dificuldades materiais e econômicas[32].

A partir disso, o autor conclui que a contratualização da gestão de processos, através de modos que se desenvolvem no interior da própria instituição judiciária, é capaz de promover uma justiça mais cidadã e democrática[33].

3. OS PROTOCOLLI DI PROCEDURA ITALIANOS

Diferentemente da França, na Itália, o direito processual civil é constitucionalmente previsto como matéria de reserva legal, além de ser objeto de um CPC não tão flexível, ancorado em preclusões

31 BLÉRY, Corinne; TEBOUL, Jean-Paul. Instruction des affaires devant le tribunal de commerce: À propos du décret du 24 décembre 2012 (chap. IV). La Semaine Juridique - Édition Générale - N° 4 – 21, p. 110-113, jan., 2013, p. 111-112.

32 CADIET, op. cit., p. 106.

33 Ibid., p. 110.

rígidas[34]. Nesse contexto, a princípio a doutrina peninsular vacilava em reconhecer abertura para quaisquer convenções em matéria de processo, e a temática por muito tempo foi majoritariamente desconsiderada pelos estudiosos locais[35](quadro que, mais recentemente, tem se modificado[36]).

Ainda assim, no país, há mais de década tem-se verificado a celebração dos *protocolli di procedura,* convenções coletivas semelhantes, em forma e conteúdo, aos *contrat de procédure* franceses[37]. Igualmente a esses últimos, os acordos italianos em geral são firmados entre representantes do Tribunal e das Ordens de Advogados, e têm objetos razoavelmente variados. São alguns exemplos de previsões: (i) exortação à gentileza e pontualidade; (ii) proibição à marcação de audiências em dias sucessivos; (iii) especificações de alguns elementos de forma e conteúdo dos atos processuais; (iv) exigência de que o réu da "demanda transversal" apresente contestação na própria audiência; dentre outros.[38]

Diante disso, a doutrina italiana chega a levantar a discussão atinente à constitucionalidade de tais disposições convencionais, em face da reserva legal. Trata-se do mesmo tema comumente colocado em pauta no país quando o assunto são negócios jurídicos processuais individuais. Diz-se que, antes de verificar se indivíduos particulares podem intervir na disciplina processual, é necessário aferir se o próprio Poder Judiciário – uma das partes celebrantes dos acordos coletivos – teria essa prerrogativa.[39]

Contudo, embora citando a existência de corrente doutrinária que entende a reserva legal de maneira rígida, deixando poucos espaços

34 CANELLA, op. cit., p. 550.

35 CABRAL, op. cit., p. 114.

36 ANDRADE, Érico. A contratualização do processo. In: JAYME, Fernando Gonzaga; GONÇALVES, Gláucio Maciel; FARIA, Juliana Cordeiro; FRANCO, Marcelo Veiga; ARAÚJO, Mayara de Carvalho; CREMASCO, Suzana Santi (Org.). Processo Civil Brasileiro – Novos Rumos a partir do CPC/2015, v.1., p. 47-65. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2016, p. 51.

37 CANELLA, op. cit., p. 552.

38 Ibid., p. 571-572.

39 CANELLA, op. cit., p. 575.

de regulamentação ao Judiciário, Maria Giulia Canella aponta que de uma forma ou de outra esses espaços acabam reconhecidos, ainda que a concessão fique restrita ao âmbito limitado do exercício de poderes de gestão e organização do processo[40]. Ou seja: a extensão da janela regulamentar varia, de acordo com a compreensão do intérprete, mas sua inegável existência valida a celebração dos protocolos em comento – mesmo que algumas de suas disposições mais arrojadas possam ser colocadas em xeque.

Assim, legitimada a regulamentação pelo Judiciário, não há grandes dificuldades em permitir que ela seja feita através de diálogo com os representantes de advogados e outras instituições. Ressalta-se apenas que tais intervenções não podem contrariar a lei, devendo ocorrer sobretudo no âmbito das normas legais mais abertas, incidindo sobre as faculdades de governança do processo, e não sobre as regras que especificam o procedimento com minúcias, ou que dizem respeito a poderes jurisdicionais no sentido estrito[41].

Portanto, parece-nos que a validação das convenções coletivas exige esforços menores do que os empregados para aceitação, por parte da doutrina e jurisprudência peninsulares, dos negócios jurídicos processuais individuais, firmados pelas partes em cada processo. Estes, de toda forma, também têm sido recepcionados, nos anos mais recentes[42].

Deveras, a aceitação dos *protocollis di procedura* pode ser verificada na prática jurídica e legislativa peninsular[43]. Exemplo disso é o art. 83, §6º, do Decreto-Lei nº 17/2020, convertido na Lei nº 27/2020, relativa ao enfrentamento da emergência epidemiológica da Covid-19 na Itália. Referido dispositivo determina expressamente que as medidas de organização das unidades judiciárias sejam tomadas mediante oitiva da Ordem dos Advogados. Tal foi cumprido, por exemplo, através da Convenção firmada, em 05.05.2020, entre a presidente da Corte de

40 Ibid., p. 575-577.

41 Ibid., p. 578-579.

42 ANDRADE, 2016, op. cit., p. 55.

43 Confira-se diversos *protocolli* em: <http://www.osservatoriogiustiziacivilefirenze.it/>. Acesso em 10.10.2020.

Apelação de Firenze, o chefe da União Distrital das Ordem Forense da Toscana, e os representantes das diversas Ordens de Advogados da região; com o objetivo de organizar as audiências cíveis e trabalhistas no período emergencial da crise do coronavírus[44].

4. APLICAÇÃO NO BRASIL: ATUAL PANORAMA E POTENCIALIDADES FUTURAS

No Brasil, tem-se notícia de várias convenções celebradas entre entidades relacionadas à administração da Justiça, e, eventualmente, outras instituições, com objetos e nomenclaturas extremamente variados, o que inclusive pode dificultar o seu rastreamento. Há "termos de cooperação", "acordos", "protocolos institucionais", "convênios", dentre outros, firmadas nos âmbitos de diversos tribunais e juízos brasileiros, voltados a uma série de louváveis iniciativas judiciárias.

Cite-se, por exemplo, dentre muitos outros: (i) convênio celebrado em 2017 entre a Ordem dos Advogados do Brasil Seção Minas Gerais (OAB/MG) e o Tribunal de Justiça de Minas Gerais para a instalação de Postos de Atendimento Pré-Processual (Papres), visando estimular a conciliação[45]; (ii) termo de cooperação mútua firmado em 2020 entre a direção do Fórum da Comarca de Sete Lagoas/MG e a subseção local da OAB, para virtualização dos processos físicos em tramitação[46]; (iii) convênio assinado em 2019 entre a OAB Nacional e o Tribunal Regional Federal da 1ª Região para desburocratizar e informatizar a expedição de precatórios e Requisições de Pequeno Valor (RPVs)[47]; (iv) termo de cooperação firmado em 2015 entre o Tribunal de Justiça

44 Confira-se em: http://www.ordineavvocatifirenze.eu/wp-content/uploads/2020/05/REV-protocollo-con-avvocati-udienze-civili-e-lavoro-2_signed.pdf. Acesso em 14.10.2020. Por vezes os protocolos podem destinar-se a regular determinadas situações excepcionais e passageiras, sem vocação à perenidade.

45 Conforme: <http://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/oab-assina-convenio-para-fortalecer-conciliacao.htm#.X471_tBKjIV.> Acesso em 15.10.2020.

46 Conforme: <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/sete-lagoas-celebra-acordo-com-oab-para-digitalizar-processos.htm#.X4741tBKjIV>. Acesso em 15.10.2020.

47 Conforme: <https://www.oab.org.br/noticia/57839/oab-e-trf-1-celebram-convenio-por-uma-prestacao-jurisdicional-mais-celere>. Acesso em 15.10.2020.

do Estado do Rio Grande do Sul e a OAB/RS, além de outras entidades, para o aprimoramento da capacitação de advogados para o processo eletrônico[48]; (v) acordo de cooperação técnica celebrado em 2019 entre o Tribunal Regional Eleitoral do Paraná, o Tribunal De Justiça Do Estado Do Paraná e a OAB/Paraná, para capacitação, disponibilização de equipamentos para consulta aos autos digitais, e auxílio técnico presencial às pessoas com deficiência, na operacionalização do Processo Judicial Eletrônico – PJe em primeiro grau de jurisdição[49].

Em termos formais, alguns desses acordos são bastante parecidos com os *contrat de procédure* franceses e os *protocolli di procedura* italianos: trata-se de documentos assinados por representantes do Tribunal e da Ordem de Advogados local (OAB nacional ou seccional), incluindo ou não outras entidades. No que se refere ao conteúdo, algumas convenções têm objetos coincidentes com aqueles acordos estrangeiros, relacionando-se, por exemplo, à implantação do processo eletrônico ou ao estímulo aos métodos alternativos de resolução de conflitos, mediante identificação dos deveres de cada uma das partes acordantes.

No entanto, observa-se que, em sua maioria, os protocolos assinados no país centram-se nessas temáticas "mais gerais" e em práticas não muito "interventivas" relativamente aos expedientes organizacionais judiciários; voltando-se à cooperação entre as entidades, cada uma em seu próprio âmbito, para a otimização da justiça. Trata-se, obviamente, de iniciativas extremamente salutares, perpassadas pelos ideais de democracia e eficiência, merecendo ser estimuladas e ampliadas. Não se verificam, por outro lado, definições tão específicas como as daqueles acordos estrangeiros, pelos quais são cooperativamente definidas algumas rotinas e procedimentos a serem seguidos pelos diversos sujeitos no âmbito de cada Tribunal/unidade judiciária.

48 Conforme: <https://www.oabrs.org.br/noticias/oabrs-e-tjrs-assinarao-convenio-capacitacao-dos-advogados-para-processo-eletronico/17558>. Acesso em 15.10.2020.

49 Conforme: <https://www.tjpr.jus.br/documents/18319/22412031/capacita%C3%A7%C3%A3o/fdf5021a-cbea-88dd-f4c8-618334975e6f> . Acesso em 15.10.2020.

Há de se discutir, portanto, a adoção de alguns passos nesse segundo sentido, visando a um aprofundamento ainda maior no ideal de gestão judiciária compartilhada, conforme exposto na Introdução. A proposta, certamente, não seria a disseminação de protocolos com tratativas procedimentais extremamente arrojadas, como é o caso de alguns acordos franceses e italianos, que ditam, inclusive, preclusões e nulidades não previstas em lei. Talvez, a princípio, um caminho a seguir seria no sentido de que parte do espaço regulamentar hoje preenchido pelas portarias e atos normativos expedidos unilateralmente pelos órgãos do Judiciário passe a ser gradativamente ocupado pelos protocolos de procedimento e de gestão judiciária compartilhada, no que cabível e adequado.

Apenas a título exemplificativo, é notório que, durante a pandemia do coronavírus, muitos Tribunais e Gabinetes expediram regulamentos e portarias para disciplinar os respectivos procedimentos e rotinas no período de crise. Sem desviar das determinações gerais do CNJ e de seus respectivos órgãos superiores, muitas unidades judiciárias formularam suas normas específicas relativas a audiências virtuais (frequência, programa/aplicativo adotado, sustentação oral etc), comparecimento presencial, cópias de processos, envio de memoriais, meios de contato com a Secretaria e com o Gabinete, dentre outros. Tem-se aí algumas temáticas[50] que, por sua natureza, poderiam ser objetos de protocolo de cooperação, a exemplo do que foi feito na Corte de Apelação de Firenze, conforme anteriormente exposto.

Igualmente, parecem inspiradoras as mencionadas estipulações de acordos coletivos franceses que determinam algumas regras para juntada de peças aos processos eletrônicos, exigindo-se que os documentos sejam enumerados e listados, facilitando sua apreciação. No mesmo sentido, os termos firmados junto às associações de peritos judiciais seriam bastante úteis para a organização de aspectos relativos

50 Parece-nos que, por outro lado, existem temáticas que, por natureza e especificidade, serão melhores objetos de negócios jurídicos processuais fixados no âmbito de cada processo.

à condução dos trabalhos probatórios, comunicação com as partes, dentre outros, viabilizando a padronização de numerosos expedientes.

A proposta pode parecer excessivamente modesta e carente em grandiosidade, mas poderia gerar impactos bastante positivos. Com isso, por um lado, evitar-se-ia o citado mal anunciado por parcela da doutrina francesa, no sentido de que os protocolos muito arrojados acabam por gerar uma série de "pequenos códigos" locais, invadindo o espaço do CPC e até dificultando a prática advocatícia. Por outro lado, viabilizar-se-ia que alguns pontos procedimentais e de administração judiciária que já são, na prática nacional, definidos pelos diferentes órgãos do Judiciário (em exercício de poder regulamentar), passem a ser objeto de definição cooperada, em diálogo não só com os representantes dos advogados, como de outras entidades fundamentais (Secretarias, Procuradorias, Defensorias, Ministério Público, Associações de Peritos etc).

Nesses termos, a prática parece ter grande potencialidade para a otimização da eficiência da administração judiciária, por resultar em normas – ao menos teoricamente – mais refletidas, ponderadas (considerando os diversos interesses envolvidos), e pragmáticas, gerando maior aderência por parte dos sujeitos[51]. Ademais, a técnica alinha-se com a recente tendência de direcionamento convencional da autuação da Administração Pública, por permitir que os diferentes atores processuais especificamente afetados por determinada regulamentação tomem parte em sua construção, de modo coletivo[52]. Ou seja: a princípio, tem-se aí uma ferramenta capaz de conectar "as duas pontas" propostas para a melhoria da gestão processual em nível "macro", conforme proposto na Introdução: eficiência e convencionalidade.

Por outro lado, há de se ponderar e coibir os riscos de que os protocolos ora abordados eventualmente venham a ser firmados "por adesão", ou por utilização de "acordos-modelo" emitidos

51 De mais a mais, sabe-se que muitos Tribunais brasileiros já têm a rotina de diálogo constante com as demais instituições, sendo os protocolos um instrumento adicional e *formalizador* dessa prática.

52 ANDRADE, 2011, op. cit., p. 175-176.

unilateralmente, distanciando-se da proposta dialógica inerente ao instituto. Essa questão não passou despercebida à doutrina italiana, que critica alguns *contrat de procédure* franceses, relativos à informatização do processo, que foram estipulados via adesão a "contrato-quadro" emitido pelo Ministério da Justiça, em colaboração com o *Conseil National des Barreaux:*

> O envolvimento do livre arbítrio das partes diz respeito apenas a acordos cuja iniciativa de estipulação começou de baixo, enquanto é evidente que o papel que a vontade dos "contratantes" assume na hipótese da estipulação de um contrato-quadro é absolutamente secundária. Na última hipótese, não há apenas um achatamento completo da vontade das "partes contratantes", mas o exato oposto é alcançado, isto é, a escravização da vontade (...).[53]

Com efeito, a prática dos protocolos, por excelência, deve ser atrelada ao diálogo constante entre os sujeitos envolvidos, visando ao constante aprimoramento das diretrizes adotadas. Do contrário, não há qualquer sentido em fazê-los suplantar as portarias e regulamentos unilaterais.

Noutro giro, e sem a pretensão de adentrar na teorização do instituto em comento, que ainda é bastante incipiente[54], cumpre destacar que sua já corrente adoção no Brasil tem fundamento normativo constitucional. Deveras, nos termos dos arts. 96, I, "b" e 99, da CRFB, o Judiciário brasileiro é dotado de autonomia administrativa, sendo competente para auto regular-se e organizar-se; prerrogativa normatizada e distribuída, em cada Tribunal, através do respectivo regimento interno. Ademais, no Brasil, inegável que há tempos os órgãos judiciais têm expedido atos normativos reguladores

53 Tradução nossa. CANELLA, op. cit., p. 571.

54 É esse o entendimento de Loic Cadiet, que levanta interessantes questões a respeito: CADIET, op. cit., p. 104-107.

de determinados aspectos procedimentais, em leitura moderada do princípio da reserva legal em matéria de processo civil.

Paralelamente, os arts. 127, 131, 133 e 134 da CRFB definem o Ministério Público, a Advocacia Pública, a Advocacia e a Defensoria Pública como órgãos essenciais à administração da justiça. Cumpre destacar, ademais, que a Ordem dos Advogados do Brasil tem a prerrogativa de representar os interesses de seus inscritos, conforme atribuições de seus órgãos, de acordo com seu Estatuto e Regulamento Geral.

Conjugando-se todas essas disposições com os princípios democrático e da eficiência administrativa, e considerando ainda o panorama cooperativo materializado no art. 6º do CPC/2015, apto a ultrapassar o âmbito do processo individual; não há dúvidas da legitimidade – e conveniência – da celebração de protocolos de procedimento e de gestão judiciária compartilhada, no Brasil.

Parece ser essa a conclusão plasmada no Enunciado nº 255 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, segundo o qual "é admissível a celebração de convenção processual coletiva." Não é claro, contudo, se o enunciado se refere à mesma espécie de convenção ora aventada.

Note-se, assim, que embora ambos repousem sobre a noção geral de contratualização da justiça[55], a natureza e os fundamentos dos acordos institucionais ora aventados são totalmente diversos daqueles dos negócios jurídicos processuais individuais, celebrados no âmbito de cada processo, sem a necessária participação do juiz. Nos primeiros, a convenção advém da invasão do espaço regulamentar do Judiciário pela consensualidade; enquanto os segundos derivaram de específica construção doutrinária e jurisprudencial, atrelada à autonomia das partes, culminando, no Brasil, no art. 190 do CPC/2015.

Nesse sentido, apesar de historicamente os protocolos de procedimento terem representado um "primeiro passo" para a abertura do processo civil à convencionalidade[56], iniciando-se um

55 CADIET, op. cit., p. 101-102.

56 Bem descrito por Antônio do Passo Cabral (CABRAL, op. cit., p. 128-149).

caminho que desaguaria nos negócios processuais individuais; os institutos são bastante diferentes. Antônio do Passo Cabral, quem inclusive posiciona-se contrariamente à capacidade negocial do juiz no âmbito dos acordos individuais, reconhece essa distinção:

> "A hipótese é parcialmente diferente daquela em que a administração judiciária atua para celebrar protocolos institucionais. (...) estes são acordos processuais praticados pelo Estado-administração, não pelo Estado-juiz, que não é parte das convenções. Quando o Judiciário atua administrativamente, também se abrem espaços discricionários que não existiriam se houvesse atuação jurisdicional (...)."[57]

Em arremate, cumpre encerrar esta seção em nota otimista, citando um exemplo brasileiro positivo de convenção de gestão judiciária compartilhada, com disposições organizacionais mais específicas, conforme proposto neste trabalho. Trata-se do Protocolo de Intenções firmado, em 2020, entre o Juizado Especial Cível e Criminal da Comarca de Sorriso e a 17ª subseção da OAB/MT, com o objetivo de "proporcionar, de modo célere/eficiente, a localização de endereço, bem como a constrição patrimonial, no Juizado Especial da Comarca de Sorriso/MT, evitando, com isso, a extinção anômala de processos, a frustração das execuções e a sobrecarga de trabalho na Secretaria do Juizado."[58]

O documento foi assinado pelo Juiz responsável, pelo Presidente da Subseção da OAB local e pela Gestora Judicial atuante no Juizado; e guarda formatação muito semelhante à daqueles protocolos de procedimento franceses e italianos. Em suma[59], a tratativa surgiu

57 Ibid., p. 254-255, nota de rodapé nº 33.

58 Disponível em <http://www.tjmt.jus.br/intranet.arq/downloads/Imprensa/NoticiaImprensa/file/06%20-%20Protocolo%20Sorriso.pdf.> Acesso em 16 de outubro de 2020.

59 Conforme mensagens eletrônicas trocadas por esta autora com a Sra. Elite Capitânio, gestora judiciária assinante do protocolo, que gentilmente relatou sua

de percepção geral de que a Secretaria do Juizado gastava tempo excessivo expedindo ofícios para tentar localizar endereços e bens de executados, gerando tramitações longas e sem êxito. Diante disso, a partir de diálogo entre o magistrado e o representante da Ordem dos Advogados, foi firmado o protocolo em questão, convocando-se reunião com todos os advogados da Comarca.

Com efeito, a convenção criou um procedimento próprio para a expedição mais célere daqueles ofícios, envolvendo a atuação cooperada de juiz, servidores e advogados. Confira-se um breve trecho explicativo:

> Havendo interesse da parte na requisição de endereço e/ou localização de bens penhoráveis pelo meio físico, subsidiariamente, após esgotadas as tentativas de localização pelos meios eletrônicos preferenciais disponíveis, bastará requerer a consulta, preenchendo/inserindo, no PJe, a minuta do ofício requisitório, a ser conferido pela Secretaria, assinado pelo magistrado, após decisão de deferimento, e, sequencialmente, encaminhado, via correio, pela Secretaria da Vara. Com espeque na ratio contida nos artigos 12, § 2º, inc. I; c/c 153, § 2º, inc. II, ambos do CPC1, àqueles que cooperarem, mais ainda, com as atividades cartorárias, imprimindo e entregando, diretamente no gabinete do Juizado Especial de Sorriso/MT a minuta do ofício, devidamente preenchida, concomitantemente à inserção do requerimento no sistema PJe, terão prioridade no cumprimento/encaminhamento do(s) referido(s) ofício(s). Por fim, faz-se necessário pontuar que o presente protocolo de intenções tem por propósito, exclusivo, estabelecer nova alternativa para localização de endereços e bens penhoráveis, não podendo ser subvertido como

experiência prática.

> método obstativo ao arquivamento de processos, cujas buscas já se mostraram estéreis, sendo a diretriz de sua escorreita utilização o princípio da proporcionalidade/razoabilidade.[1]

Ou seja: a partir da constatação das específicas deficiências da unidade judiciária, e com base no diálogo, formulou-se expediente cooperativo para a otimização de uma rotina que atrasava a tramitação dos processos. Trata-se de verdadeira materialização de gestão processual compartilhada, que, com o mérito de conciliar a consensualidade e a busca pela eficiência, merece ser ainda mais estimulada em todo o Judiciário brasileiro, observadas as peculiaridades e proporções de cada órgão.

5. CONCLUSÃO: PELA EXPANSÃO, NO BRASIL, DOS PROTOCOLOS DE PROCEDIMENTO E GESTÃO JUDICIÁRIA COMPARTILHADA.

A partir das exposições realizadas nesta breve incursão narrativa, verificou-se que a consensualidade e a eficiência são parâmetros que têm crescentemente pautado a atuação estatal. Nos últimos anos, esse fenômeno atingiu a jurisdição, que vem sendo reconhecida como serviço público, e também o processo, enquanto seu instrumento fundamental.

No entanto, verifica-se que a opinião dos usuários a respeito do serviço ofertado pelo Judiciário brasileiro ainda é muito negativa. De acordo com o último relatório ICJ-Brasil, produzido pela FGV-SP em 2017, o índice de confiança da sociedade civil na instituição é de apenas 24%. Ademais, 81% dos entrevistados a consideram lenta e cara, 78% a consideram nada/pouco honesta, e 73% a consideram difícil de usar e nada/pouco competente.[2]

1 Disponível em <http://www.tjmt.jus.br/intranet.arq/downloads/Imprensa/NoticiaImprensa/file/06%20-%20Protocolo%20Sorriso.pdf>. Acesso em 16 de outubro de 2020.

2 CUNHA, L.G. et al. Relatório ICJ Brasil: 1º semestre de 2017. São Paulo: FGV, 2017.

Assim, urge a busca de instrumentos que conciliem a convencionalidade e a busca pela eficiência administrativa, no contexto de crise do Judiciário nacional. Nesse viés, muito se tem falado sobre a "gestão processual colaborativa", que, no âmbito da condução individual de cada processo, já se revela em interessantes institutos gerenciais, como o calendário, os negócios jurídicos processuais e o saneamento compartilhado, todos pautados no CPC/2015.

Por outro lado, também é essencial a pesquisa de técnicas que conciliem aqueles dois ideais no âmbito da gestão processual mais "macro", relacionada aos procedimentos e rotinas adotados nos órgãos e unidades judiciárias. Deveras, os protocolos de procedimento e de gestão judiciária colaborativa, abordados ao longo deste trabalho, são um válido instrumento nesse intento.

Nas experiências francesa e italiana, que se revelam razoavelmente semelhantes entre si, os *contrat de procédure* e os *protocolli di procedura* têm sido usados há décadas para estipulação de convenções procedimentais e de administração judiciária entre os Tribunais e as Associações de Advogados locais, dentre outras entidades. Tais acordos coletivos contêm disposições bastante diversas, variando desde a estipulação de centros de estímulo aos métodos consensuais de resolução de litígios, à fixação de regras procedimentais para audiências e remessa de peças processuais, até eventual previsão de preclusão ou nulidade não prevista em lei.

No Brasil, também é bastante disseminada a assinatura de convenções entre os Tribunais e as instituições essenciais à administração da justiça, sob diversas nomenclaturas, e com formatação por vezes semelhante à daqueles acordos estrangeiros. Contudo, na maioria das vezes, os objetos dessas tratativas nacionais limitam-se à cooperação das entidades para o atingimento de escopos mais "gerais" de otimização da justiça, como por exemplo, a informatização dos processos e o estímulo a métodos alternativos de

Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/19034>. Acesso em 13.10.2020.

resolução de conflitos. Cuida-se de práticas extremamente salutares, que merecem expansão.

Paralelamente, no entanto, seria possível avançar ainda mais no contexto da gestão processual e judiciária colaborativas, mediante difusão de convenções que adentrem em alguns aspectos procedimentais e organizacionais mais específicos – o que já começa a ocorrer, a exemplo do mencionado acordo firmado na Comarca de Sorriso/MT. Não se propõe, nesse ponto, a utilização dos protocolos para estipulação de disposições processuais extremamente inovadoras, que façam vezes de lei ou de Código; mas apenas que eles passem a ocupar alguns espaços que, hoje, já são relegados às portarias e regulamentos unilateralmente emitidos pelos órgãos do Judiciário – seguindo a tendência geral de adoção de convencionalidade nas ações estatais.

Nesse âmbito, faz-se o válido o recurso a algumas interessantes e inspiradoras estipulações daquelas convenções estrangeiras, no que cabível; mas sempre averiguando-se as específicas deficiências e necessidades de cada unidade judiciária.

As possíveis implicações e debates são inúmeros, e ainda não muito explorados na doutrina brasileira. De toda forma, parece-nos claro que os ideais de convencionalidade, eficiência e otimização gerencial não devem limitar-se ao âmbito de cada processo individual, no qual vêm sendo amplamente discutidos. Espera-se, enfim, que este breve trabalho seja capaz de lançar algumas sementes na direção do estudo e da expansão de um valioso instrumento de regulamentação coletiva do processo e de gerenciamento colaborativo do sistema judiciário, em sentido mais "macro".

6. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. As convenções processuais na experiência francesa e no Novo CPC. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo, NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coord.). Negócios Processuais: Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v. 1, Salvador: JusPodivm, 2017, p. 367-390.

ANDRADE, Érico. *A atuação judicial e o contraditório*: o art. 10 do CPC/2015 e as consequências da sua violação. Revista de Processo *online*, v. 43, n. 283, p. 55–106, set., 2018.

ANDRADE, Érico. As novas perspectivas do gerenciamento e da "contratualização" do processo. Revista de Processo, São Paulo, ano 35, n. 193, pp. 167-199, mar/2011.

ANDRADE, Érico. A "contratualização" do processo no Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER Jr., Fredie (Coord. Geral); MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. Coleção Novo CPC Doutrina Selecionada, v. 1., 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 1325-1345.

ANDRADE, Érico. A contratualização do processo. In: JAYME, Fernando Gonzaga; GONÇALVES, Gláucio Maciel; FARIA, Juliana Cordeiro; FRANCO, Marcelo Veiga; ARAÚJO, Mayara de Carvalho; CREMASCO, Suzana Santi (Org.). Processo Civil Brasileiro – Novos Rumos a partir do CPC/2015, v.1. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2016, p. 47-65.

ANDRADE, Érico. Gestão processual flexível, colaborativa e proporcional: cenários para implementação das novas tendências no CPC/2015. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, n. 76, p. 183-212, 2020.

BLÉRY, Corinne; TEBOUL, Jean-Paul. Instruction des affaires devant le tribunal de commerce: À propos du décret du 24 décembre 2012 (chap. IV). La Semaine Juridique - Édition Générale - N° 4 – 21, p. 110-113, jan/2013.

BORDEAUX/FR. Contrat De Procedure entre le Tribunal de Commerce et le Barreau de Bordeaux, de 20 de janeiro de 2016. Disponível em: <https://175avocats.com/wp-content/uploads/2018/04/con-

trat_de_procedure_tribunal_commerce_bordeaux.pdf>. Acesso em 13.10.2020.

CABRAL, Antônio do Passo. Convenções Processuais. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

CADIET, Loïc. Perspectivas sobre o sistema da justiça civil francesa - seis lições brasileiras [livro eletrônico]. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

CANELLA, Maria Giulia. Gli accordi processuali francesi volti alla "regolamentazione collettiva" del processo civile. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. n. 2. ano LXIV. p. 549-580. Milano: Giuffrè, 2010.

CARCASSONE/FT. Convention relative a la mise en etat devant le Tribunal de Commerce de Carcassonne, 07 de dezembro de 2017. Disponível em: <http://www.greffe-tc-carcassonne.fr/modeles/contentieux/contrat_procedure/convention_procedure_G1101.pdf.> Acesso em 13.10.2020.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. Calendarização processual. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord. Geral); CABRAL, Antonio do Passo, NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coord.). Negócios Processuais: Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v. 1. Salvador: Juspodvim, 2017, p. 511-526.

CUNHA, L. G. et al. Relatório ICJ Brasil: 1º semestre de 2017. São Paulo: FGV, 2017. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/19034. Acesso em 02.10.2020.

FIRENZE/IT. Protocollo in materia di organizzazione delle udienze civili e del lavoro nel periodo emergenziale dal 12 maggio al 31 luglio 2020, 05 de maio de 2020. Disponível em: <http://www.ordineavvo-

catifirenze.eu/wp-content/uploads/2020/05/REV-protocollo-con-avvocati-udienze-civili-e-lavoro-2_signed.pdf>. Acesso em 14.10.2020.

GASPARINI, Diógenes. Direito administrativo. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Gláucio Ferreira Maciel; BRITO, Thiago Carlos Souza. Gerenciamento dos processos judiciais: notas sobre a experiência processual civil na Inglaterra pós-codificação. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 66, pp. 291 - 326, jan./jun. 2015.

LORIENT/FR. Contrat de Procedure nº 03, de 2018. Disponível em <http://greffe-tc-lorient.fr/modeles/contentieux/contrat_procedure/convention_procedure_G5601.pdf>. Acesso em 13.10.2020.

OAB ASSINA CONVÊNIO PARA FORTALECER CONCILIAÇÃO. Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 01 de agosto 2017. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/oab-assina-convenio-para-fortalecer-conciliacao.htm#.X471_tBKjIV.> Acesso em 15.10.2020.

OAB E TRF-1 CELEBRAM CONVÊNIO POR UMA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL MAIS CÉLERE, 13 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://www.oab.org.br/noticia/57839/oab-e-trf-1-celebram-convenio-por-uma-prestacao-jurisdicional-mais-celere>. Acesso em 15.10.2020.

OAB/RS E TJRS ASSINARÃO CONVÊNIO DE CAPACITAÇÃO DOS ADVOGADOS PARA O PROCESSO ELETRÔNICO, 23 de março de 2015. <https://www.oabrs.org.br/noticias/oabrs-e-tjrs-assinarao-convenio-capacitacao-dos-advogados-para-processo-eletronico/17558>. Acesso em 15.10.2020.

PARANÁ/BR. Acordo de cooperação técnica nº 78/2019, de 11 de outubro de 2019. Disponível em <https://www.tjpr.jus.br/docu-

ments/18319/22412031/Capacita%C3%A7%C3%A3o/fdf5021a-cbea-88dd-f4c8-618334975e6f>. Acesso em 15.10.2020.

SETE LAGOAS CELEBRA ACORDO COM OAB PARA DIGITALIZAR PROCESSOS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 14 de agosto de 2020. Disponível em: <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/sete-lagoas-celebra-acordo-com-oab-para-digitalizar-processos.htm#.X4741tBKjIV>. Acesso em 15.10.2020.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Gerenciamento de Processos Judiciais. São Paulo: Saraiva, 2010.

SORRISO/MT/BR. Protocolo de intenções entre o juizado especial cível e criminal de da Comarca de Sorriso e a 17ª Subseção da OAB/Mato Grosso, 31 de janeiro de 2020. Disponível em <http://www.tjmt.jus.br/intranet.arq/downloads/Imprensa/NoticiaImprensa/file/06%20-%20Protocolo%20Sorriso.pdf.> Acesso em 16 de outubro de 2020.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Insuficiência da reforma das leis processuais. Belo Horizonte: Academia Brasileira de Direito Processual Civil, 2004. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo51.htm>. Acesso em 13.10.2020

THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. Impactos da Constituição Federal na evolução do processo civil. In: MORAES, Guilherme Peña de (Org.). 30 Anos da Constituição Federal e o Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Forense-Gen, 2018, p. 303-355.

GERENCIAMENTO PROCESSUAL E ADAPTAÇÃO DO PROCEDIMENTO PELO JUIZ: análise dos modelos brasileiro e português

Giovani Pontes Teodoro
Mestrando em Direito pela UFMG. Bacharel em Direito pela mesma instituição. Advogado orientador na Divisão de Assistência Judiciária da Faculdade de Direito da UFMG. E-mail: giovani.teodoro@hotmail.com.

RESUMO

O presente estudo busca analisar a adaptação do procedimento pelo juiz, em enfoque comparativo a partir do ordenamento jurídico português. Tal mecanismo se insere na perspectiva do gerenciamento processual como forma de potencializar o apropriado tratamento dos conflitos, cuja aplicação exige a comunhão com outras técnicas gerenciais para que se aprimore a atuação do Poder Judiciário. O trabalho envolve, então, a gestão dos Tribunais, o princípio da adequação processual e a flexibilização do procedimento pelo órgão judicial no ordenamento brasileiro e lusitano.

Palavras-chave: Processo Civil. Gerenciamento processual. Adaptação Procedimental. Direito Comparado. Portugal.

Sumário: 1. Introdução; 2. Apontamentos sobre gestão e gerenciamento processual; 3. Adequação processual e adaptação do procedimento; 4. O tratamento normativo e doutrinário da gestão e adaptação em Portugal e no Brasil; 4.1. Direito português; 4.2. Direito brasileiro; Considerações finais; Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A conhecida crise do Poder Judiciário é tema há muito em voga no Direito brasileiro, notadamente pela fácil constatação da morosidade da prestação jurisdicional e da vultosa quantidade de processos submetidos aos tribunais. Surge, então, a necessidade de que se reflita sobre mecanismos para lidar com o problema, sem que se acredite que há uma solução miraculosa e autossuficiente.

Em tais reflexões, a primeira das premissas indica que não se deve partir para soluções pautadas apenas em alterações legislativas[3]. E isso porque a mera mudança do ordenamento potencializa a utilização das normas criadas pelo legislador por aqueles conhecidos como litigantes habituais e pelas partes mais preparadas, de modo a contemplar o seu comum interesse por um sistema de Justiça moroso[4]. Por isso, medidas que ultrapassam o cunho legislativo devem ser objeto de análise.

É basilar, ainda, a compreensão de que a jurisdição há de ser enquadrada como serviço público, enquanto parte do Estado, de modo que se submete aos princípios gerais do Direito Público[5]. Tal

3 É o que apontam Gláucio Maciel e Thiago Brito: "parte significativa dos pesquisadores, ao que tudo indica, aponta a mera alteração da legislação processual, por meio da edição de um novo Código de Processo Civil (CPC), como medida primordial para melhorar a prestação jurisdicional. (...) Entretanto (...) a simples alteração normativa não trará o resultado planejado por seus idealizadores e esperado pela sociedade". GONÇALVES, Gláucio Ferreira Maciel; BRITO, Thiago Carlos de Souza. Gerenciamento dos processos judiciais: notas sobre a experiência processual civil na Inglaterra pós-codificação. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. Belo Horizonte, n. 66, p. 291-326, jan./jun. 2015, p. 293.

4 "A criação de mais ferramentas processuais, portanto, tem o risco de produzir o efeito que se desejava combater: aumentar o recurso às regras processuais e permitir o uso conveniente da morosidade do sistema". SILVA, Paulo Eduardo Alves da. **Gerenciamento de processos judiciais**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 31.

5 Essa concepção é marcante na obra de Érico Andrade: "a jurisdição, como integrante do organismo estatal como um todo, permeado pelo direito público, se impregna das novas possibilidades que gravitam na base desse conjunto, como a necessidade de maior abertura para a consensualidade e atuação pautada pela eficiência, permeada pela economicidade, a fim de que os recursos estatais possam ser melhor aproveitados e geridos em prol da sociedade". ANDRADE, Érico. As novas perspectivas do gerenciamento e da "contratualização" do processo. **Revista de Processo *online***, v. 193, p. 167-200, mar./2011, p. 3. No mesmo sentido: "parte-se para profunda revisão

concepção acarreta a releitura de diversas normas fundamentais do processo, notadamente a que exige a duração razoável: tal princípio "é muito mais voltado para a razoável distribuição e emprego de recursos estatais alocados na justiça do que medida ou apuração do tempo de duração de um processo" [6].

Com base nas proposições iniciais acima delineadas, tem-se que as falhas do Poder Judiciário brasileiro no que concerne ao seu assoberbamento podem ser amenizadas por aspectos de gerenciamento processual, os quais se distanciam da mera reforma legislativa e se aproximam da devida alocação dos recursos materiais e humanos.

Nesse diapasão, buscar-se-á analisar, em uma perspectiva comparada, o dever de gestão processual e a possibilidade de adequação procedimental previstos no ordenamento português, como instrumentos sob os auspícios dos quais pode-se pensar na mudança cultural de gerenciamento no contexto brasileiro.

Ressalte-se que a pesquisa ora apresentada foi desenvolvida conforme a vertente jurídico-sociológica, analisando necessidades da sociedade e adequação de institutos jurídicos. O tipo de investigação, por sua vez, é o jurídico-comparativo, buscando-se similitudes e diferenças de institutos em dois sistemas jurídicos[7]. Foram utilizadas

---

do papel da jurisdição e da sua colocação como integrante do poder soberano estatal, de modo a se admitir que a jurisdição se insere no contexto estatal de atuação em prol do cidadão, e passa a ser vista mais como serviço público e menos como manifestação de poder, derruindo-se, inclusive, o chamado monopólio da jurisdição estatal". ANDRADE, Érico. A "contratualização do processo". *In:* GONÇALVES, Gláucio Maciel *et alii.*. (Orgs.). **Processo Civil Brasileiro** - Novos rumos a partir do CPC/2015. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2016, p. 50.

6 THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. Impactos da Constituição Federal na evolução do processo civil. *In:* **30 anos da CF e o Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 337. Os autores apontam, ainda, a relação da duração razoável com a "proporcionalidade na aplicação dos recursos estatais" e o fato de que "o relevo na eficiência da justiça como serviço público faz com que sistema seja chamado a responder pela eficiência do serviço perante os usuários, inclusive mediante instituição de mecanismos para medir quantidade/qualidade da atuação".

7 Os apontamentos metodológicos foram feitos com fulcro na seguinte obra: GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**: teoria e prática. 4.ª ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 22 e 28.

fontes primárias, notadamente a legislação brasileira e a lusitana, e secundárias, representadas pela doutrina.

2. APONTAMENTOS SOBRE GESTÃO E GERENCIAMENTO PROCESSUAL

Não obstante a proximidade dos conceitos de gestão e gerenciamento e a existência de pontos em comum na sua aplicação, a ideia de gestão nos termos aqui considerada se aproxima do que é tratado por Gláucio Maciel como "modelo gestionário", envolvendo a preocupação com o efetivo acesso à Justiça e com a inclusão cidadã no Poder Judiciário. A gestão dos tribunais, por conseguinte, não se restringe à mera condução administrativa ou à solução de conflitos, havendo também uma tarefa política de entender quais as necessidades sociais com vistas ao aprimoramento da própria atuação do Estado em prol do cidadão[8]. Remonta-se, em consequência, à ideia da Justiça como serviço público e do cidadão como consumidor[9].

O gerenciamento processual, por sua vez, pode ser compreendido como o conjunto de técnicas e institutos, empregados tanto dentro do processo quanto na estrutura do órgão judiciário, para a otimização da aplicação dos recursos estatais na solução dos conflitos[10]. Tem-se,

8 GONÇALVES, Gláucio Maciel. A Organização dos Tribunais e a Gestão do Tempo. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Universidade de Lisboa**, v. 12, p. 7521-7546, 2012, p. 7531.

9 Adotando perspectiva próxima, assim defende João José Custódio da Silveira: "(...) cada vez mais perceptível que o consumidor da justiça não mais se compraz com o resultado ditado pelo processo, exigindo aquele que o juiz possa extrair ao manejá-lo com maestria, na expectativa que se aproxime tanto quanto possível do que adviria da incidência espontânea do regramento material". SILVEIRA, João José Custódio da. **O juiz e a condução equilibrada do processo**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 45.

10 Gláucio Maciel e Thiago Brito consideram se tratar "área de estudo concentrada no planejamento, elaboração e depuração das técnicas responsáveis pela otimização e racionalização dos instrumentos processuais mais eficazes para a resolução das controvérsias". GONÇALVES, Gláucio Ferreira Maciel; BRITO, Thiago Carlos de Souza. Gerenciamento dos processos judiciais: notas sobre a experiência processual civil na Inglaterra pós-codificação. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. Belo Horizonte, n. 66, p. 291-326, jan./jun. 2015, p. 296. Alves da Silva, no mesmo sentido, conceitua como "conjunto de práticas de condução do processo e organização judiciária coordenadas pelo juiz para o processamento célere e efetivo dos conflitos submetidos ao Poder Judiciário". SILVA, Paulo Eduardo Alves da. **Gerenciamento de**

por conseguinte, que o gerenciamento constitui gênero que abarca espécies de ferramentas aptas a concretizá-lo (abaixo exemplificadas).

É importante destacar que há previsão expressa no Código de Processo Civil português de 2013 quanto ao "dever de gestão processual"[11], alocado no artigo 6.º da referida codificação[12]. Tal dever se aproxima mais propriamente do que aqui é tratado sob a rubrica de gerenciamento processual, pela maior atenção da norma a aspectos endoprocessuais[13].

O gerenciamento processual envolve um aumento das atribuições do juiz no que tange à condução dos trabalhos, sem necessariamente implicar, com isso, um alargamento dos poderes instrutórios do magistrado. Ressalte-se, portanto, a distinção entre conduzir (gerenciar) e o poder de determinar a produção de provas

---

processos judiciais. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 21.

11 Há doutrina portuguesa que aponta não haver inovação do CPC/13 quanto à matéria, sustentando que mais parece se tratar de consagração expressa com o fim de alcançar a implementação prática do instituto. Assim: SERRA, Miguel Dinis Pestana. O dever de gestão processual no Código de Processo Civil de 2013. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto, Porto, v.5, n.5, p. 98-106, 2014, p. 99.

12 Assim estabelece o dispositivo em comento: "Art. 6.º. **Dever de gestão processual** - 1 - Cumpre ao juiz, sem prejuízo do ónus de impulso especialmente imposto pela lei às partes, dirigir ativamente o processo e providenciar pelo seu andamento célere, promovendo oficiosamente as diligências necessárias ao normal prosseguimento da ação, recusando o que for impertinente ou meramente dilatório e, ouvidas as partes, adotando mecanismos de simplificação e agilização processual que garantam a justa composição do litígio em prazo razoável. 2 - O juiz providencia oficiosamente pelo suprimento da falta de pressupostos processuais suscetíveis de sanação, determinando a realização dos atos necessários à regularização da instância ou, quando a sanação dependa de ato que deva ser praticado pelas partes, convidando estas a praticá-lo". PORTUGAL. **Código de Processo Civil**. Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1959&tabela=leis>. Acesso em 25 de junho de 2020.

13 Tal afirmação tem fundamento na definição de gestão processual trazida pelo jurista português Nuno Coelho: "a gestão processual pode ser definida como a intervenção conscienciosa dos actores jurisdicionais no tratamento dos casos ou processos, através da utilização de variadas técnicas com o propósito de dispor as tarefas processuais de um modo mais célere, equitativo e menos dispendioso". COELHO, Nuno. **Gestão dos Tribunais e Gestão Processual**. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2015, p. 30. Sobre o assunto, há também a seguinte obra: FABRIS, Isabella. **O princípio da gestão processual como mecanismo para construção de um processo civil cooperativo à luz do estado democrático de direito**. 89 f. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2018.

oficiosamente[14]. Erige, portanto, a figura do juiz como gestor e condutor do processo[15]. Não se pode esquecer, ainda, a necessária observância à cooperação processual, mandamental na atuação de todos os intervenientes.

Com base na ideia de que o gerenciamento irradia institutos, estes podem ser exemplificados, segundo a doutrina, pela utilização dos meios consensuais de solução de conflitos, aproveitamento e concentração de atos processuais, aplicação otimizada do ordenamento jurídico, a flexibilização do procedimento, o afastamento das formalidades excessivas, entre outras[16]. Na opinião de Érico Andrade, três são as principais ferramentas: flexibilidade processual, calendário processual e contratualização do processo[17].

Um desses institutos, o da adaptação ou flexibilização do procedimento pelo juiz, é o objeto central de análise do presente estudo. Buscar-se-á, partindo-se da sua inserção como técnica de gerenciamento, delimitar seus fundamentos e compreender como a doutrina e a legislação brasileira e lusitana atual abarcam a matéria.

---

14 Nesse diapasão: ANDRADE, Érico. As novas perspectivas do gerenciamento e da "contratualização" do processo. **Revista de Processo *online***, v. 193, p. 167-200, mar./2011, p. 4.

15 ANDRADE, Érico. Gestão processual flexível, colaborativa e proporcional: cenários para implementação das novas tendências no CPC/15. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 76, p. 183-212, jan./jun. 2020, p. 184. No mesmo sentido, assim aponta Rafael Sirangelo de Abreu: "falar em gerenciamento de processos significa compreender o papel do juiz como de alguém que deve conduzir as demandas judiciais para a mais adequada resolução dos conflitos com o menor dispêndio de tempo e recursos". ABREU, Rafael Sirangelo de. Customização Processual Compartilhada: o sistema de adaptabilidade do novo CPC. **Revista de Processo *online***, São Paulo, v. 257, p. 51-76, jul. 2016, p. 8.

16 Exemplos mencionados por SILVA, Paulo Eduardo Alves da. **Gerenciamento de processos judiciais**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 21.

17 ANDRADE, Érico. As novas perspectivas do gerenciamento e da "contratualização" do processo. **Revista de Processo *online***, v. 193, p. 167-200, mar./2011, p. 5. Em outro texto, o autor entende que o CPC brasileiro de 2015 se alinha à tendência jurídica europeia que prioriza a flexibilidade, colaboração e proporcionalidade no Direito Processual. ANDRADE, Érico. Gestão processual flexível, colaborativa e proporcional: cenários para implementação das novas tendências no CPC/15. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. Belo Horizonte, n. 76, p. 183-212, jan./jun. 2020, p. 185.

3. ADEQUAÇÃO PROCESSUAL E ADAPTAÇÃO DO PROCEDIMENTO

Inicialmente, cabe apontar a nomenclatura aqui adotada. Com apoio na doutrina de Fredie Didier, pode-se distinguir o princípio da adequação da ideia de adaptabilidade. Aquele envolve noção mais ampla, segundo a qual não basta o procedimento ser adequado, também devendo possuir tal característica a tutela jurisdicional em si. Ou seja, não é suficiente que a Justiça seja fornecida formalmente, devendo ser ela "rápida, efetiva e adequada" [18]. O procedimento adequado, portanto, é apenas uma das manifestações da adequação da tutela jurisdicional, entendida como a garantia de que todos os seus elementos se adequem ao direito substancial debatido em juízo. Com apoio na doutrina de Galeno Lacerda, Didier Jr. sustenta que a adequação processual se manifesta em três aspectos - subjetivo, objetivo e teleológico - relacionados entre si[19].

Já a adaptabilidade procedimental, por sua vez, manifesta-se no bojo de cada processo, envolvendo a possibilidade de que o procedimento legalmente estabelecido seja flexibilizado, objetivando a melhor tutela do direito material debatido em juízo. E tal discussão se justifica porque o procedimento comum, por si só, não se mostra suficiente como modelo geral e abstrato para todos os conflitos submetidos ao Poder Judiciário, dada a amplitude das vicissitudes possíveis[20].

Em obra dedicada ao tema, Bruno Garcia Redondo não distingue as expressões "adequação" e "adaptação", tratando os fenômenos sob a primeira denominação. O autor sustenta que, enquanto

18 DIDIER Jr., Fredie. Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento. **Gênesis - Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, v. 21, n. 21, p. 530-541, 2001, p. 535.

19 *Ibid.*, p. 536.

20 Em sentido semelhante: "(...) o rito ordinário do procedimento comum (...) não foi suficiente para dar uma resposta adequada àquele que procura o Estado-juiz para resolver um conflito que entende existir". GONÇALVES, Gláucio Maciel. A Organização dos Tribunais e a Gestão do Tempo. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Universidade de Lisboa**, v. 12, p. 7521-7546, 2012, p. 7536.

princípio, a adequação atua em três âmbitos: legislativo, negocial e judicial[21]. Segundo ele, a adequação pela lei se manifesta subjetiva (atenta aos litigantes), objetiva (conforme o direito substancial) e teleologicamente (coerência entre a norma e seus objetivos) - em sentido semelhante ao acima tratado por Didier Jr.. A adequação pelas partes é expressamente autorizada pelo Código de Processo Civil de 2015, por meio dos negócios jurídicos processuais disciplinados pelo art. 190 e da autonomia negocial (art. 200). Já a adequação judicial, que pode ser típica ou atípica, consiste no poder-dever do magistrado de promover a adaptação no caso concreto[22].

Destarte, no presente trabalho é adotada a distinção, de forma a se considerar que "adequação procedimental é aquela realizada pelo legislador, e adaptação é aquela realizada pelo juiz" [23] e, acrescente-se, pelas partes.

Todavia, antes da análise de tal instituto, mencionem-se as justificativas pelas quais se sustentam tanto a adaptação pelo órgão judicial quanto pelos litigantes. Garcia Redondo elenca sete fundamentos teóricos que conferem suporte a tal propósito[24].

O primeiro deles seria a possibilidade de que o juiz, diante de uma inconsistência normativa do procedimento comum em sua aplicação ao caso concreto, concretize o controle difuso e incidental de constitucionalidade da norma processual. Logo, ao reconhecer a inconstitucionalidade, deve o magistrado afastar a regra e designar norma flexibilizada[25].

---

21 Para o autor, "a adequação vem sendo reconhecida, com frequência cada vez maior, como um princípio do Direito Processual, consistente na exigência de adaptação do procedimento às peculiaridades do caso concreto e às necessidades do direito substancial, a fim de permitir a prestação jurisdicional mais eficiente e a tutela mais efetiva, eficaz, tempestiva e adequada possível". REDONDO, Bruno Garcia. **Adequação do procedimento pelo juiz**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 131.

22 *Ibid.*, p. 132/136.

23 ZUFELATO, Camilo. Flexibilização procedimental e gestão processual no Direito brasileiro. *In:* ZICA, Heitor Vitor Mendonça *et alii*.. (Coord.). **I Colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 252.

24 Para um aprofundamento, consultar o capítulo 2 da já mencionada obra de Bruno Garcia Redondo (p. 65-129).

25 Tal fundamento também é tratado no seguinte texto: ZUFELATO, Camilo.

O segundo argumento tratado pelo autor se sustenta na "teoria da superabilidade (afastabilidade ou derrotabilidade) da norma jurídica", elaborada por Hart e difundida por Neil MacCormick. Surgiria, com base em tal teoria, a possibilidade de que determinada norma, apesar do preenchimento das condições de sua aplicação, tenha seus efeitos jurídicos afastados, tendo em vista as nuances do caso concreto, recorrendo-se às normas e valores implicitamente consignados na ordem jurídica[26].

Outros fundamentos trazidos por Garcia Redondo compreendem a releitura da garantia do devido processo de direito (de modo a se considerar todo o ordenamento jurídico, e não apenas o procedimento delineado pela lei)[27], a "incapacidade do Legislativo de prever e regulamentar, abstrata, antecipada e adequadamente, todas as situações da vida social e as variantes do direito material"[28], a eficiência que deve pautar a jurisdição para que apresente legitimidade democrática (em sentido semelhante ao apontado na doutrina de Érico Andrade supramencionada)[29], bem como o princípio da cooperação, o qual "exige que todos os sujeitos processuais reúnam e concentrem esforços no sentido de uma tramitação realmente eficiente da demanda" [30], sendo reconhecida a possibilidade de se adaptar o procedimento tanto pelo juiz quanto pelas partes.

O último fundamento seria a existência do "direito ao procedimento adequado", de forma que, não obstante a regra geral se

Flexibilização procedimental e gestão processual no Direito brasileiro. *In:* ZICA, Heitor Vitor Mendonça *et alii*.. (Coord.). **I Colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 248.

26 Assim: "o magistrado e as partes tem a possibilidade de superar (derrotar) as normas processuais ou procedimentais que, apesar de efetivas em tese, se revelem inadequadas (insuficientes) para determinada situação concreta. A inefetividade *in concreto* de uma norma abstratamente vislumbrada pelo legislador exige a criação de uma outra, excepcional, adequada e construída para o caso concreto, que somente poderá ser alcançada mediante a superação (afastamento), parcial ou total, pelo juiz ou pelas partes, da norma original". REDONDO, Bruno Garcia. **Adequação do procedimento pelo juiz**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 77.

27 *Ibid.*, p. 77/90.

28 *Ibid.*, p. 90/95.

29 *Ibid.*, p. 95/117.

30 *Ibid.*, p. 126.

tratar da aplicação do procedimento legalmente previsto, a exigência de que o direito material seja protegido em sua inteireza faz com que tal direito (ao procedimento adequado) surja, sendo possível a excepcional adaptabilidade[31].

Finalmente, destaque-se que, de acordo com as leituras realizadas, a doutrina majoritária se alinha ao entendimento que defende a possibilidade de que ao juiz seja conferido o poder de flexibilizar o procedimento, caso observados determinados pressupostos (nos moldes delineados no tópico 3.2. *infra*)[32].

Alguns estudiosos, contudo, refutam a flexibilidade a cargo do órgão judicial[33]. Por todos, mencione-se o pensamento de Dierle Nunes que, ao considerar inadequada a tendência de profusão de procedimentos especiais, afirma que tal fenômeno leva a um "aumento da complexidade processual e gera inúmeras dúvidas ao profissional

31 Para o autor: "sempre que o rito legal for incapaz de proporcionar uma tutela jurisdicional tão efetiva quanto a autotutela, para que a substitutividade da jurisdição se mantenha legítima, deve-se garantir, ao juiz e às partes, o direito (quiçá um poder-dever) de promoverem ajustes no trâmite processual, por meio da adequação do procedimento, para adaptá-lo às peculiaridades da causa e do direito material". *Ibid.*, p. 129.

32 Além dos demais textos tratados no presente estudo, em tal sentido se manifestam: GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilidade procedimental** (um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual). 284 f. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007; WAMBIER, Luiz Rodrigues. O modelo processual cooperativo e a flexibilização procedimental. **Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 3, p. 135-164, set.dez. 2017; CAMBI, Eduardo; NEVES, Aline Regina das. Flexibilização procedimental no novo Código de Processo Civil. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 64, p. 219-259, out./dez. 2015; BALEOTTI, Francisco. Poderes do juiz na adaptação do procedimento. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 213, p. 389-408, nov. 2012.

33 Um deles é Rogério Ives Braghittoni, que defende limites à flexibilidade e afirma que há certa cogência e integralidade do procedimento: "O procedimento é rito, porque disciplina não só os atos mas a sua seqüência cronológica; deve ser cogente (i. é, indisponível para as partes e minimamente inflexível para o juiz) e integral (i. é, não pode haver supressão arbitrária de atos processuais determinados) para poder pretender-se adequado". O autor parece refutar a ideia de adaptação atípica ao entender que "as alterações, quando não é dada liberdade de escolha ao órgão decididor pela própria lei, devem ser expressamente previstas: é o que ocorre, por exemplo, no caso de julgamento antecipado da lide (...)". BRAGHITTONI, Rogério Ives. Devido processo legal e direito ao procedimento adequado. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 89, p. 220-229, jan./mar. 1998.

mediano" [34]. Para o autor, a flexibilização pelo juiz é alvo de problema prático relativo ao excesso de trabalho e à ausência de infraestrutura para tratar cada caso individualmente. Aponta, ainda, como percalços, a formação generalista dos profissionais do Direito, a ausência de obrigatoriedade de cursos de atualização e a necessidade de que a diferenciação procedimental seja acompanhada de especialização da estrutura judiciária[35].

Com base em tais críticas, é importante ressalvar que o estudo aqui engendrado não parte da premissa segundo a qual a flexibilização do procedimento é a resposta para o problema das insuficiências processual e judiciária brasileira, tanto estrutural quanto endoprocessual. Trata-se, em verdade, de uma entre as várias técnicas que podem assegurar que o caminho procedimental se ajuste ao direito substancial. Logo, ela possui maior influência no âmbito individual de cada processo do que propriamente no acervo geral de feitos.

---

34 Assim considera Nunes: "(...) Outra falácia recorrente é a da credulidade romântica no ativismo judicial técnico processual, que permitiria flexibilizações procedimentais solitárias pelo juiz no caso concreto em face das peculiaridades de aplicação. Tal crença na sensibilidade do juiz para fazer essas adequações procedimentais solitárias, parte do dogma de protagonismo judicial, criticado por muitos em face dos ganhos constitucionais do último século e que padece de um problema prático óbvio: o magistrado brasileiro não possui tempo e infraestrutura para "sopesar" no caso concreto quais as melhores opções procedimentais a seguir, além de ser inviável a visualização do impacto (político, econômico, social) de suas decisões. Para o sistema que ele trabalha somente importa o cumprimento de metas e o julgamento em profusão! A aposta nas virtudes soberanas do magistrado, que exigiriam um amplo conhecimento (do direito, da filosofia, da economia, da administração, entre outras "habilidades") somente atribui mais peso institucional na 'pobre' magistratura brasileira". NUNES, Dierle José Coelho. Novo enfoque para as tutelas diferenciadas no Brasil? Diferenciação procedimental a partir da diversidade de litigiosidades. **Revista de Processo *online***, São Paulo, v. 184, p. 109-140, jun. 2010, p. 6.

35 Dierle, então, defende, com as devidas conformações, a adoção de um modelo próximo ao inglês de 1999 (CPR), no qual não foi adotada a profusão de procedimentos, mas sim três opções procedimentais. Afirma que seria necessário, ainda, reforçar a importância das fases preparatórias, de modo que passassem a ter papel mais importante além de apenas a da busca pela conciliação. Propugna, por fim, pelo enxugamento dos procedimentos existentes, com a "criação de procedimentos (mesmo que flexíveis) adaptados aos três grandes tipos de litigiosidade (individual, coletiva e serial)". NUNES, Dierle José Coelho. Novo enfoque para as tutelas diferenciadas no Brasil? Diferenciação procedimental a partir da diversidade de litigiosidades. **Revista de Processo *online***, São Paulo, v. 184, p. 109-140, jun. 2010, p. 14.

4. O TRATAMENTO NORMATIVO E DOUTRINÁRIO DA GESTÃO E ADAPTAÇÃO EM PORTUGAL E NO BRASIL

Tratando-se de um estudo jurídico-comparativo, será apresentada, a seguir, a forma como a gestão processual e a adaptação do procedimento pelo juiz são positivadas nos Códigos de Processo Civil português (2013) e brasileiro (2015), identificando as similitudes e distinções quanto ao ordenamento jurídico de tais países.

4.1. Direito Português

Em Portugal, a consagração do princípio da adequação processual se deu por alteração legislativa no ano de 1996 (Decreto-Lei n.º 190/96)[36], responsável por incluir o art. 265º-A no Código de Processo Civil de 1961 (já revogado)[37]. Em sua redação inicial, era exigida a concordância das partes para a adaptação do procedimento, exigência essa suprimida, dada a maior dificuldade prática de obter acordos entre as partes já litigantes[38].

36 Ao comentar a alteração legislativa, a Professora Paula Costa e Silva considerou que a regra em comento "não só não tinha qualquer paralelo nos sistemas adjectivos de espaço de civil law, como para a qual não se encontra explicação aprofundada no preâmbulo dos diplomas que a consagram". SILVA, Paula Costa e. Legalidade das formas de processo e gestão processual ou as duas faces de Janus. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 48, n. 19, t. 2, abr./jun. 2011, p. 138. Fernando Gajardoni manifesta igual percepção quanto à reforma: "não há antecedentes históricos, tampouco paralelos em direito comparado, a facilitar a interpretação do novel princípio na extensão em que foi contemplado pelo CPC Português". GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O princípio da adequação formal do direito processual civil português. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, n. 11, p. 6665-6686, 2012, p. 6675.

37 Assim previa o dispositivo: "Art. 265-A. Quando a tramitação processual prevista na lei não se adequar às especificidades da causa, deve o juiz oficiosamente, ouvidas as partes, determinar a prática dos actos que melhor se ajustem ao fim do processo, bem como as necessárias adaptações".

38 Sobre o assunto, conferir: GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O princípio da adequação formal do direito processual civil português. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, n. 11, p. 6665-6686, 2012, p. 6673; ONO, Taynara Tieme. A flexibilização procedimental: uma comparação entre os sistemas jurídicos brasileiro, inglês e português. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 254, abr. 2016.

Em 2006, foi editado o Decreto-Lei 108, que instituiu o denominado "Regime Processual Experimental" - doravante RPE. Tal regime tinha como objetivo simplificar e flexibilizar o sistema processual, com adoção em feitos de natureza cível em tramitação em alguns tribunais escolhidos pelo Ministério da Justiça. Seu art. 2.º estabelecia o "dever de gestão processual", determinando ao juiz, ao dirigir o processo, as incumbências de adoção da tramitação processual adequada, a adaptação da forma e do conteúdo dos atos de acordo com os seus fins, a repulsa a atos inúteis e a utilização dos mecanismos legais que conferiam andamento mais célere aos feitos.

No entanto, segundo a doutrina lusitana, as reformas em questão encontraram baixa repercussão prática, chegando Paula Costa e Silva a afirmar que "(...) com a consagração do princípio da adequação processual, se operou uma revolução no papel: a prática judiciária nunca absorveu esse princípio" [39].

Nesse ponto, é interessante destacar os apontamentos da autora acerca da gestão processual e sua relação com o princípio da igualdade entre os jurisdicionados. Segundo ela, as principais alegações daqueles que questionaram a constitucionalidade do RPE[40] envolviam o argumento de que o sistema processual, em um Estado de Direito, deveria garantir a igualdade na forma como os órgãos

39 SILVA, Paula Costa e. Legalidade das formas de processo e gestão processual ou as duas faces de Janus. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 48, n. 19, t. 2, abr./jun. 2011, p. 139. A autora afirma que "*apesar das potencialidades, não se conhecem casos de aplicação do art. 265-A (...)*". Em sentido semelhante, Trícia Cabral menciona doutrina lusitana segundo a qual não obstante as alterações legislativas (década de 1990 e RPE), "não houve significativos avanços ou vantagens processuais, já que faltou uma devida adesão dos operadores do direito. Assim, os destinatários da norma não souberam ou não quiseram colocá-la em funcionamento", de modo que "as inovações processuais não foram acompanhadas do que os portugueses chamam de reforma de mentalidade". CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Flexibilização procedimental. **Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 6, p. 135-164, 2010, p. 156/157.

40 Taynara Ono também aponta que as reformas lusitanas não foram imunes a resistências: "(...) em um parecer apresentado pela Ordem dos Advogados, destacou-se a ideia de que tais princípios iriam promover um 'dirigismo autoritário do processo civil' por intermédio de 'decisões casuísticas e *ad hoc*', o que afastaria o juiz da posição de imparcialidade". ONO, Taynara Tieme. A flexibilização procedimental: uma comparação entre os sistemas jurídicos brasileiro, inglês e português. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 254, abr. 2016.

judiciais tratam casos semelhantes[41]. Para a jurista, todavia, o Tribunal Constitucional lusitano acertou ao decidir pela compatibilidade entre o Regime e a Constituição[42]. Não obstante reconhecer a "possibilidade de se percorrerem ritos diferentes na decisão de causas que, afinal, apresentam fortes semelhanças entre si" é necessário "saber se esta diferenciação de ritos tem necessariamente uma influência negativa no conhecimento e na decisão da causa" [43].

A autora entende que a forma pré-determinada em lei apenas confere às partes, quanto ao *iter* procedimental, uma segurança inicial e aparente, na medida em que mesmo o procedimento único legalmente previsto "é elástico". Nesse sentido - lembrando o que se entende por instrumentalidade do processo na doutrina brasileira[44] - argumenta que mais importante do que o processo em si é a justiça na composição do litígio subjacente, de modo que, desde que asseguradas as garantias inafastáveis da igualdade e do contraditório, "qualquer forma será adequada se através dela se cumprirem os fins a que serve" [45].

Dois outros problemas são apontados por Costa e Silva como decorrência da adaptação do procedimento pelo magistrado. O primeiro deles envolve a possibilidade de que o juiz, dada a ausência de um formato cogente de tramitação determinado por lei, construa uma forma qualquer, não adequada ao feito. O segundo consiste na

41 SILVA, Paula Costa e. Legalidade das formas de processo e gestão processual ou as duas faces de Janus. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 48, n. 19, t. 2, abr./jun. 2011, p. 145.

42 *Ibid.*, p. 145.

43 *Ibid.*, p. 146.

44 Ademais, deve-se ressaltar a indissociabilidade entre o direito material e o processo: "a necessidade que tem o direito material de se valer do processo para alcançar efetividade quando se estabelece o conflito de interesses, bem como a obrigatoriedade para o processo de encontrar para a lide uma justa composição, segundo os padrões do direito positivo, fazem com que não se possa pensar juridicamente o direito processual como uma realidade técnica completamente isolada ou autônoma frente ao direito positivo material". THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direito e Processo**: Direito Processual Civil ao Vivo. Vol. 5. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1997, p. 24.

45 SILVA, Paula Costa e. Legalidade das formas de processo e gestão processual ou as duas faces de Janus. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 48, n. 19, t. 2, abr./jun. 2011, p. 146.

resistência quanto à adoção do novo paradigma proposto, decorrente de sua novidade e da acomodação ao antigo sistema.

À primeira questão, a Professora da Universidade de Lisboa responde que o dever de gestão processual faz com que sejam alteradas as responsabilidades de todos aqueles que atuam no processo, especialmente do juiz, que "tem não apenas de decidir a causa, como também de estabelecer a sequência mais adequada à justa e breve composição" [46]. Devem ser conferidos às partes meios de provocar o controle da decisão, notadamente se houver arbitrariedade ou adoção de procedimento inadequado. Já quanto ao problema da resistência, a jurista sugere que "o legislador (...) programe a reforma com larga antecedência, fazendo-a por etapas" [47].

Por fim, encerrando a evolução normativa lusitana, o CPC de 2013 (Lei n.º 41/2003) revogou as disposições anteriores e previu em dispositivos distintos o dever de gestão processual (art. 6.º - já tratado) e a adequação formal (art. 547.º)[48]. Logo, há no ordenamento português previsões normativas que contemplam cláusulas gerais quanto a tais institutos. Nos feitos sob sua análise, por conseguinte, deve o juiz português estar atento à conformidade do rito procedimental com a causa em disputa.

É de se notar o caráter subsidiário da adequação formal, a qual se manifesta quando observados os requisitos para tanto. O procedimento legalmente estabelecido como geral, portanto, é a regra comum[49]. Garcia Redondo, considerando a interpretação de estudiosos portugueses no que tange aos dispositivos regulamentadores da

46 *Ibid.*, p. 146.

47 A autora elabora tal sugestão por entender que "pedir a um operador judiciário que, ao longo de uma larga carreira, conviveu com o princípio da legalidade das formas que, subitamente, aplique poderes de gestão processual será desadequada opção política". *Ibid.*, p. 147.

48 "Art. 547.º. O juiz deve adotar a tramitação processual adequada às especificidades da causa e adaptar o conteúdo e a forma dos atos processuais ao fim que visam atingir, assegurando um processo equitativo".

49 REDONDO, Bruno Garcia. **Adequação do procedimento pelo juiz**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 204.

matéria ao longo da evolução normativa, identifica os respectivos pressupostos para a adequação.

No âmbito do CPC de 1961, a leitura do art. 265-A levava a dois requisitos, quais sejam, "(...) a identificação de inadequação do rito legal às especificidades da causa; e observância do contraditório antes da prolação da decisão flexibilizadora" [50].

No RPE, quatro eram os pressupostos necessários, dois previstos de forma explícita (especificidades da causa e atendimento da finalidade dos atos processuais) e dois identificados pela doutrina (observância das garantias fundamentais processuais e proporcionalidade da medida flexibilizada)[51].

Por fim, ao comentar o vigente art. 547.º do CPC/2013, Garcia Redondo se limita a mencionar que o texto legal exige dois elementos, os quais corresponderiam aos requisitos explícitos acima citados referentes ao RPE[52]. Contudo, o dispositivo em questão abarca importante exigência: seja assegurado o processo equitativo. Tal expressão é prevista no art. 20, n. 4 da Constituição Portuguesa e tem como importância a característica de indicar os demais princípios que norteiam o processo lusitano. Logo, para que haja a adequação, a medida deve se mostrar equânime.

Destarte, a adequação formal está inserida no âmbito do dever de gestão processual, de forma que aquela consiste em uma manifestação deste[53]. Portanto, diversas são as maneiras de concretização da atividade gestora do magistrado (o que se exalta pelo próprio caráter geral da cláusula normativa que o estabelece).

50 *Ibid.*, p. 204.

51 *Ibid.*, p. 206.

52 *Ibid.*, p. 208.

53 Nesse sentido: SERRA, Miguel Dinis Pestana. O dever de gestão processual no Código de Processo Civil de 2013. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto**, Porto, v.5, n.5, p. 98-106, 2014, p. 99. Na página seguinte assim complementa o autor: "(...) o Dever de Gestão Processual é puramente instrumental, e sempre subordinado ao cumprimento dos princípios estruturantes do processo civil, não se confundindo com estes".

Miguel Serra assinala algumas hipóteses previstas no Código de 2013 em que se concretiza o dever de gestão[54]. A primeira por ele apontada é o dever correção, de ofício, de erro na qualificação do meio processual utilizado pela parte (art. 193º, n.º 3)[55]. Outra seria a possibilidade de que o juiz admita o suprimento ou correção de vícios ou omissões formais de atos praticados (art. 146º, n.º 2)[56]. A chamada "gestão inicial do processo" é prevista no art. 590.º, o qual prevê a "intervenção do Juiz na fase anterior à audiência prévia, devendo providenciar o suprimento de exceções dilatórias, pelo aperfeiçoamento dos articulados e inclusive determinar a junção de documentos para conhecimento de exceções ou do seu mérito" [57]. Outras situações são a programação, já na audiência prévia[58], dos atos da audiência final (art. 591.º, n.º 1, "g"), por meio da gestão da pauta do juízo e a determinação, pelo magistrado, da inquirição de testemunhas para além do previsto (art. 511.º, n.º 4). Além dessas,

54 SERRA, Miguel Dinis Pestana. O dever de gestão processual no Código de Processo Civil de 2013. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto,** Porto, v.5, n.5, p. 98-106, 2014, p. 101/103.

55 "Art. 193.º (...) 3 - O erro na qualificação do meio processual utilizado pela parte é corrigido oficiosamente pelo juiz, determinando que se sigam os termos processuais adequados."

56 "Art. 144.º (...) 2 - Deve ainda o juiz admitir, a requerimento da parte, o suprimento ou a correção de vícios ou omissões puramente formais de atos praticados, desde que a falta não deva imputar-se a dolo ou culpa grave e o suprimento ou a correção não implique prejuízo relevante para o regular andamento da causa".

57 SERRA, Miguel Dinis Pestana. O dever de gestão processual no Código de Processo Civil de 2013. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto,** Porto, v.5, n.5, p. 98-106, 2014, p. 102.

58 Em texto sobre a audiência de saneamento na redação final do CPC brasileiro de 2015, Lúcio Grassi de Gouveia menciona o Código de Processo Civil português de 2013 e assim considera: "Em sua redação atual, o CPC português prevê, a princípio, a obrigatoriedade da realização da audiência prévia (antiga audiência preliminar), conforme previsão dos arts. 591º (audiência prévia), admitindo hipóteses de sua não realização (art.592º) ou mesmo dispensa (art.593º). Dessa forma, sua realização é um modelo a ser seguido, admitido, porém, que o juiz se afaste desse modelo quando tenha motivo especial e concreto, não sendo tal audiência um fim em si mesmo. Prestigia-se assim o princípio da gestão processual". O autor, com fulcro em doutrina lusitana, ressalta a responsabilidade tanto do juiz quanto das partes acerca da realização ou não dessa audiência ordinariamente prevista para o procedimento declarativo. GOUVEIA, Lúcio Grassi de. Audiência de saneamento e organização no Código de Processo cooperativo brasileiro de 2015. **Revista Brasileira de Direito Processual** - RBDPro. Belo Horizonte, ano 23, n. 91, p. 123-136, jul./set. 2015, p. 130.

Serra menciona a adequação formal do art. 547.º, inserindo-a no dever de gestão processual.

É importante destacar o disposto no art. 630.º, n.º 2[59] que limita a recorribilidade das decisões proferidas base nos arts. 6.º, n.º 1 e 547.º, ou seja, pautadas no dever de gestão processual ou na adequação formal. De acordo com a doutrina, tal limitação quanto à recorribilidade tem o condão de "permitir a implementação do dever de gestão na prática judicial, conferindo segurança ao Magistrado, evitando-se os atrasos e retrocessos decorrentes do recurso" [60].

Por fim, note-se que a adequação formal foi inserida no bojo de outros dispositivos do CPC de 2013, de modo a se reiterar a sua relevância na prática forense lusitana. Como exemplos, têm-se: (i) Art. 591, 1, "e": trata como um dos fins da audiência prévia a determinação da "adequação formal, a simplificação ou a agilização processual"; (ii) Art. 593, 1, "b": previsão do despacho com o conteúdo da determinação anterior, caso a audiência prévia seja dispensada; e (iii) Art. 597, "d": nas demandas de baixo valor, logo após a apresentação dos articulados, reitera-se o poder-dever do juiz de adequar, simplificar ou agilizar o processo.

O Direito português se mostra, portanto, aberto a iniciativas do órgão judicial quanto a alterações procedimentais, em nome do dever de gestão processual. O que a doutrina questiona, todavia, é se a prática forense lusitana alcançou a aplicação de tais institutos de forma a concretizar os preceitos normativos sobre o tema.

59 "Art. 630.º (...) 2 - Não é admissível recurso das decisões de simplificação ou de agilização processual, proferidas nos termos previstos no n.º 1 do artigo 6.º, das decisões proferidas sobre as nulidades previstas no n.º 1 do artigo 195.º e das decisões de adequação formal, proferidas nos termos previstos no artigo 547.º, salvo se contenderem com os princípios da igualdade ou do contraditório, com a aquisição processual de factos ou com a admissibilidade de meios probatórios".

60 SERRA, Miguel Dinis Pestana. O dever de gestão processual no Código de Processo Civil de 2013. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto,** Porto, v.5, n.5, p. 98-106, 2014, p. 103.

4.2. Direito brasileiro

O estudo da adaptação do procedimento, no contexto brasileiro, volta-se para a doutrina processual, uma vez que o Código de Processo Civil de 2015 adotou o instituto em menor amplitude (se comparado com o ordenamento português), em decorrência de alterações feitas no Congresso Nacional na discussão de projeto de lei que o instituiu.

No Anteprojeto[61] elaborado pela Comissão de juristas instituída pelo Ato do Presidente do Senado Federal n.º 379/2009 constava, em seu art. 107, V, uma incumbência genérica de adequação das fases e dos atos processuais às especificidades do conflito[62]. O art. 151, §1.º tinha redação ainda mais explícita, determinando que "quando o procedimento ou os atos a serem realizados se revelarem inadequados às peculiaridades da causa, deverá o juiz, ouvidas as partes e observados o contraditório e a ampla defesa, promover o necessário ajuste". No texto final, contudo, tais disposições foram retiradas, sendo prevista apenas a possibilidade de dilatação de prazos e de alteração da ordem de produção dos meios de prova (art. 139, VI)[63].

Sobre a mudança em questão, Paula Costa e Silva entende não se tratar da melhor opção do legislador. Ao analisar a redação que se concretizou como a versão final do inciso VI do art. 139 do CPC/2015, a autora considera que não foi adotado um modelo "forte" de gestão processual, concluindo que "a solução final do futuro Código de Processo Civil brasileiro nasce desajustada de seu tempo. No plano do Direito positivo e olhando-se para experiências estrangeiras, seria possível consagrar solução bem mais arrojada" [64].

61 A íntegra do documento pode ser acessada no seguinte endereço: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496296>.

62 "Art. 107. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: (...) V – adequar as fases e os atos processuais às especificações do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico, respeitando sempre o contraditório e a ampla defesa;"

63 Assim dispõe o artigo em comento: "**Art. 139.** O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: (...) **VI** - dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito;"

64 SILVA, Paula Costa e. Legalidade das formas de processo e gestão processual ou

Logo, tendo em vista a forma como a matéria foi positivada no texto final, a doutrina busca, a partir deste, indicar as balizas para a flexibilização do procedimento, uma vez que, em sua maioria, como visto, entende tal instituto como salutar e necessário, ressalvadas as posições dissonantes já apontadas alhures.

Retoma-se, neste ponto, a obra de Bruno Garcia Redondo, no que concerne à construção das hipóteses em que haveria a previsão típica de adaptação, assim como das possibilidades de aplicação atípica.

Segundo o autor, podem ser considerados como os mais frequentes casos de adaptação expressamente previstos pelo legislador os seguintes: (i) a adaptação da forma dos atos processuais (sem reconhecer nulidades se não houver prejuízo); (ii) fixação de medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias para garantir o cumprimento de ordem judicial (art. 139, IV); (iii) distribuição judicial ("dinâmica") do ônus da prova (art. 373, §§1.º e 2.º); (iv) fixação de prazos (tanto os prazos judiciais, quanto os prazos legais dinâmicos, a serem definidos pelo juiz, como no caso da resposta à ação rescisória - 15 a 30 dias); (v) ampliação, prorrogação e devolução de prazos (art. 139, VI); (vi) alteração da ordem de produção dos meios de prova (art. 139, VI); (vii) modificação da competência relativa ainda que ausente conexão ou continência (reunião de demandas para evitar divergência ou conflito de decisões - art. 55, §3.º); (viii) substituição da perícia por prova técnica simplificada (art. 464, §2.º); (ix) convocação das partes, a qualquer tempo, para conciliação, mediação ou interrogatório (art. 139, V e VIII); (x) designação de audiência para saneamento e organização do processo (art. 357, §3.º); (xi) designação de audiência

---

as duas faces de Janus. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 48, n. 19, t. 2, abr./jun. 2011, p. 148/149. É válido destacar que Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, em texto de 1999 cuja preocupação se volta para o excessivo formalismo na atuação dos Tribunais brasileiros, sugeriu "o estabelecimento, como princípio geral do processo, do princípio da adequação formal, facultando ao juiz, obtido o acordo das partes, e sempre que a tramitação processual prevista na lei não se adapte perfeitamente às exigências da demanda aforada, a possibilidade de amoldar o procedimento à especificidade da causa, por meio da prática de atos que melhor se prestem à apuração da verdade e acerto da decisão, prescindindo dos que se revelem inidôneos para o fim do processo". OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Efetividade e processo de conhecimento. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 96, p. 59-69, out./dez. 1999.

de justificação, em algumas causas específicas (arts. 300, §2.º, 562, 563 e 677, §1.º); (xii) deliberação sobre a intervenção e os poderes do *amicus curiae* (art. 138); (xiii) alegações finais: deliberação sobre a duração do debate oral ou sua substituição por razões escritas (art. 364, §2.º)[1].

Érico Andrade também identifica traços de flexibilidade no Código de Processo Civil de 2015, em atividade atribuída ao juiz, em colaboração com as partes, com objetivo de um maior aproveitamento dos recursos judiciais. Para o autor, algumas das ferramentas flexíveis seriam: a conjugação do procedimento comum com técnicas processuais diferenciadas para os procedimentos especiais ou com previsões de leis especiais (arts. 327, §2.º e 1049, parágrafo único); a utilização, dentro do próprio processo, de outros meios de solução de conflitos (arts. 3.º, §3.º; 139, V; 165 a 175); a existência de circuitos no procedimento comum: abreviado (indeferimento da petição inicial, julgamento liminar de improcedência, tutela provisória), médio (julgamento conforme o estado do processo) e longo (há fase probatória, com mecanismos de gerenciamento, como o saneamento compartilhado, a alteração da ordem de produção de provas e a inversão do ônus probatório); os poderes de gestão do juiz (art. 139, IV, V, VI e IX); e a cooperação internacional e nacional entre juízos[2].

A flexibilização, nesse sentido, indicaria a elasticidade procedimental, por meio da construção de modelos abertos à adaptação, afastando-se da indevida rigidez[3].

---

1 REDONDO, Bruno Garcia. **Adequação do procedimento pelo juiz**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 137/150. Todas as referências normativas se referem a dispositivos do Código de Processo Civil brasileiro de 2015.

2 ANDRADE, Érico. Gestão processual flexível, colaborativa e proporcional: cenários para implementação das novas tendências no CPC/15. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. Belo Horizonte, n. 76, p. 183-212, jan./jun. 2020, p. 193/195.

3 "O princípio de flexibilidade em sua concepção mais ampla traduziria a renúncia do ordenamento processual em construir regras procedimentais gerais e abstratas aplicáveis rigidamente para quaisquer controvérsias, optando-se por modelo elástico, no qual o iter procedimental é adaptado e adequado às características do caso concreto. As atuais tendências indicam, cada vez mais, o abandono de modelos rígidos ou 'engessados' de procedimento, construídos em abstrato para grande conjunto de causas, sem possibilidade de adaptação às variantes concretas de cada processo, preferindo-se estruturas elásticas, com modelos diferenciados a partir de peculiaridades de cada causa". *Ibid.*, p. 188.

Quanto à adaptação atípica, o ordenamento processual vigente brasileiro, como visto, não estabelece norma expressa autorizativa, sem, todavia, vedar a adaptabilidade sem previsão normativa. Diante disso, Garcia Redondo sugere os pressupostos - ligados ao plano da existência - e os requisitos[4] - plano da validade - para que se concretize validamente a adaptação[5].

O autor, por fim, apresenta variados possíveis exemplos da adaptação judicial atípica do procedimento, em lista não taxativa dado o caráter aberto do instituto. As sugestões envolvem a Parte Geral do Código, o processo de conhecimento, os feitos sob apreciação dos Tribunais, a execução, os procedimentos submetidos ao Juizados Especiais, bem como em procedimentos especiais[6].

4 Garcia Redondo conjuga os pressupostos e requisitos (agente capaz; investidura de jurisdição, competência e imparcialidade; vontade autorregrada e livre; objeto preciso, determinado ou determinável, possível, lícito e previsível; e forma prevista ou não vedada no ordenamento) e apresenta, ainda, "requisitos de validade complementares", representados por: "contraditório substancial útil; fundamentação adequada da decisão; maior efetividade da tutela/ eficiência da prestação em razão da adaptação judicial; observância ao núcleo estritamente essencial dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, das garantias processuais fundamentais e das normas ligadas ao interesse público; observância preferencial dos direitos adquiridos processuais, dos atos processuais já praticados e dos efeitos ainda pendentes; proporcionalidade da adequação judicial". REDONDO, Bruno Garcia. **Adequação do procedimento pelo juiz**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 159/180.

5 O autor cuida, ainda, do controle pelas partes em caso de adaptação atípica. Devem demonstrar, para tanto, não o mero fato de o juiz ter adaptado o procedimento de forma atípica (dada a legalidade dela), mas sim a inobservância dos pressupostos e requisitos. Quando no primeiro grau, caso a adaptação seja feita via sentença, caberá apelação; caso em decisão interlocutória na liquidação, execução, cumprimento de sentença ou inventário, caberá agravo de instrumento (art. 1.015, parágrafo único, CPC/2015); caso em decisão interlocutória no processo de conhecimento: em princípio em preliminar de apelação ou contrarrazões, mas se imperiosa a impugnação imediata, Bruno entende cabível a impetração de mandado de segurança. Se em segundo grau, caso proferida em decisão monocrática, caberá agravo interno ou agravo em recurso excepcional (art. 1.042); se em acórdão, possível o manejo de Recurso Extraordinário ou Especial. *Ibid.*, p. 181/186.

6 Sobre o assunto, conferir: REDONDO, Bruno Garcia. **Adequação do procedimento pelo juiz**. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 186/194. Para fins de informação, algumas sugestões do autor: decisão com informações sobre a interpretação do juízo sobre temas polêmicos e recentes; determinação de formas alternativas de comunicação de atos processuais; não designação da audiência do art. 334 (o que já se observa); intimação das partes para "tréplica" e "quadrúplica", caso invocados fatos novos; no âmbito recursal, a intimação da outra parte em caso de apresentação de memoriais com informações novas ou relevantes, juntando-os aos autos, entre outras.

Nota-se, portanto, que há caminho para certa flexibilidade do *iter* procedimental no Direito brasileiro, apesar da ausência de norma expressa que autorize a adaptação judicial. O próprio desenrolar de cada processo possui nuances que fogem à completude do procedimento comum ordinariamente previsto. O efeito de tal previsão no CPC poderia se dirigir a uma maior atenção quanto à gestão e à adaptabilidade (como se pretendeu fazer na ordem jurídica lusitana), o que não necessariamente traduziria a adoção prática dos institutos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do cenário atual enfrentado por diversos sistemas jurídicos no que tange ao excessivo número de processos e à estruturação deficitária dos órgãos judiciários, o estudo da gestão dos tribunais e das ferramentas de gerenciamento surge como essencial no âmbito da doutrina jurídica. É inafastável buscar a eficiência da atuação do Poder Judiciário com balizas calcadas na devida alocação dos recursos públicos e no adequado tratamento de cada conflito.

A mera previsão normativa de institutos ligados à perspectiva gerencial, contudo, não leva à sua necessária aplicação prática, como indica a literatura lusitana. Caso ignoradas as disposições legais sobre o tema, a previsão pelo legislador torna-se apenas simbólica, destituída de relevância.

Não obstante o recorte aqui proposto, a noção de gerenciamento não pode se afastar – além de uma possível flexibilização em cada processo – de iniciativas que envolvam os outros meios de solução de conflitos, a capacitação dos serventuários, a atuação integrada entre o magistrado e a respectiva secretaria do órgão judicial em que atua, a conduta dos sujeitos processuais pautada na boa-fé e cooperação, a preocupação administrativa dos tribunais quanto aos serviços por eles prestados e os demais instrumentos gerenciais de condução racional dos órgãos judiciários.

A adaptação procedimental se apresenta, então, como um entre diversos mecanismos que se destinam a concretizar o gerenciamento. Em especial, mostra-se mais próxima da intrínseca relação entre a adequação do processo ao direito material discutido em juízo do que propriamente de uma iniciativa gerencial mais ampla apta a reduzir o acervo de processos. Ambas as preocupações, todavia, são relevantes, e repousa neste ponto o interesse em se compreender os pressupostos e limites da flexibilização.

O direito processual contemporâneo, como visto, está aberto a novas tendências de contratualização e flexibilidade, com espeque na autonomia negocial das partes, no dever de condução e gestão pelo magistrado e na necessária cooperação entre os sujeitos processuais para que se alcance o melhor proveito da relação processual.

Nesse diapasão, negar importância a mecanismos aptos a evidenciar a consensualidade no processo com base no argumento de que o Judiciário se encontra assoberbado e que os juízes não terão tempo hábil a promover sequer pequenas adaptações necessárias é, em verdade, fazer com que o problema se sobressaia e obstaculize maneiras mais ajustadas de se analisar e julgar cada feito.

Portanto, ainda que o legislador brasileiro tenha optado por um modelo não tão expresso quanto à adaptabilidade judicial, há outros sinais no ordenamento de que a flexibilização se faz presente no sistema processual pátrio. Deve-se, por conseguinte, conjugar tais possibilidades aos demais instrumentos, privilegiando-se a perspectiva gerencial como um todo.

6. REFERÊNCIAS

ABREU, Rafael Sirangelo de. Customização Processual Compartilhada: o sistema de adaptabilidade do novo CPC. **Revista de Processo *online***, São Paulo, v. 257, p. 51-76, jul. 2016.

ANDRADE, Érico. As novas perspectivas do gerenciamento e da "contratualização" do processo. **Revista de Processo *online***, v. 193, p. 167-200, mar./2011.

ANDRADE, Érico. A "contratualização do processo". *In:* GONÇALVES, Gláucio Maciel *et alii.*. (Orgs.). **Processo Civil Brasileiro** - Novos rumos a partir do CPC/2015. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2016, p. 47-65.

ANDRADE, Érico. Gestão processual flexível, colaborativa e proporcional: cenários para implementação das novas tendências no CPC/15. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. Belo Horizonte, n. 76, p. 183-212, jan./jun. 2020.

BALEOTTI, Francisco. Poderes do juiz na adaptação do procedimento. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 213, p. 389-408, nov. 2012.

BRAGHITTONI, Rogério Ives. Devido processo legal e direito ao procedimento adequado. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 89, p. 220-229, jan./mar. 1998.

BRASIL. **Código de Processo Civil**: Lei n. 13.105. de 16 de março de 2015. 2.ª ed.. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2016.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Flexibilização procedimental. **Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 6, p. 135-164, 2010.

CAMBI, Eduardo; NEVES, Aline Regina das. Flexibilização procedimental no novo Código de Processo Civil. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 64, p. 219-259, out./dez. 2015.

COELHO, Nuno. **Gestão dos Tribunais e Gestão Processual**. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2015.

DIDIER Jr., Fredie. Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento. **Gênesis - Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, v. 21, n.21, p. 530-541, 2001.

FABRIS, Isabella. **O princípio da gestão processual como mecanismo para construção de um processo civil cooperativo à luz do estado democrático de direito**. 89 f. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2018.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilidade procedimental** (um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual). 284 f. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O princípio da adequação formal do direito processual civil português. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, n. 11, p. 6665-6686, 2012.

GONÇALVES, Gláucio Maciel. A Organização dos Tribunais e a Gestão do Tempo. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Universidade de Lisboa**, v. 12, p. 7521-7546, 2012.

GONÇALVES, Gláucio Ferreira Maciel; BRITO, Thiago Carlos de Souza. Gerenciamento dos processos judiciais: notas sobre a experiência processual civil na Inglaterra pós-codificação. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. Belo Horizonte, n. 66, p. 291-326, jan./jun. 2015.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de. Audiência de saneamento e organização no Código de Processo cooperativo brasileiro de 2015.

Revista Brasileira de Direito Processual - RBDPro. Belo Horizonte, ano 23, n. 91, p. 123-136, jul./set. 2015.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**: teoria e prática. 4.ª ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

NUNES, Dierle José Coelho. Novo enfoque para as tutelas diferenciadas no Brasil? Diferenciação procedimental a partir da diversidade de litigiosidades. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 184, p. 109-140, jun. 2010.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Efetividade e processo de conhecimento. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 96, p. 59-69, out./dez. 1999.

ONO, Taynara Tieme. A flexibilização procedimental: uma comparação entre os sistemas jurídicos brasileiro, inglês e português. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 254, abr. 2016.

PORTUGAL. **Código de Processo Civil**. Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1959&tabela=leis>. Acesso em 25 de junho de 2020.

REDONDO, Bruno Garcia. **Adequação do procedimento pelo juiz**. Salvador: JusPodivm, 2017.

SERRA, Miguel Dinis Pestana. O dever de gestão processual no Código de Processo Civil de 2013. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto**, Porto, v.5, n.5, p. 98-106, 2014.

SILVA, Paula Costa e. Legalidade das formas de processo e gestão processual ou as duas faces de Janus. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 48, n. 19, t. 2, p. 137-149, abr./jun. 2011.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da. **Gerenciamento de processos judiciais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVEIRA, João José Custódio da. **O juiz e a condução equilibrada do processo**. São Paulo: Saraiva, 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direito e Processo**: Direito Processual Civil ao Vivo. Vol. 5. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1997.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. Impactos da Constituição Federal na evolução do processo civil. *In:* **30 anos da CF e o Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 303/355.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. O modelo processual cooperativo e a flexibilização procedimental. **Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 3, p. 135-164, set./dez. 2017.

ZUFELATO, Camilo. Flexibilização procedimental e gestão processual no Direito brasileiro. *In:* ZICA, Heitor Vitor Mendonça *et alii*.. (Coord.). **I Colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 245-264.

GESTÃO PROCESSUAL NA SEGUNDA INSTÂNCIA: os mecanismos de gestão no Brasil e em Portugal aplicáveis à fase recursal

Henrique de Souza Mota
Mestrando em Direito na UFMG. Juiz do Trabalho. henrique_s_mota@yahoo.com.br

RESUMO

Este artigo tem por objetivo investigar e comparar, por meio de pesquisa bibliográfica, os mecanismos de gestão processual aplicáveis à segunda instância no Brasil e em Portugal. Inicia-se mostrando que ambos os países apresentam problemas similares de ineficiência do serviço de justiça. Depois, apresenta-se uma síntese das soluções adotadas em cada país para resolver o problema, destacando-se, como ponto comum, a gestão processual. Em seguida, comparam-se os mecanismos de gestão processual destinados a otimizar o julgamento dos recursos, a desestimular a litigiosidade e a recorribilidade, e a reduzir o tempo de tramitação dos processos. Ao final, apresentam-se os resultados recentes, que demonstram uma melhoria no desempenho dos dois países no tratamento do acervo de processos.

Palavras-chave: Gestão Processual. Segunda Instância. Brasil e Portugal.

Sumário: 1 Introdução; 2 O contexto de ineficiência do Poder Judiciário; 3 A gestão processual – o novo enfoque de atuação jurisdicional; 4 O dever de gestão; 5 Os mecanismos de gestão processual na segunda instância; 6 Conclusão; Referências.

1. INTRODUÇÃO

O Poder Judiciário no Brasil e em Portugal sofre do problema da ineficiência na prestação do serviço jurisdicional, com sistemas de justiça caros e lentos. Uma parte considerável do tempo de tramitação dos processos se passa na segunda instância, onde os processos aguardam longo tempo pela inclusão em pauta de julgamento, em razão do elevado volume de recursos pendentes nos tribunais.

Ao mesmo tempo, os ordenamentos jurídicos dos dois países preveem o dever de eficiência do poder público na realização das suas atividades e, além disso, asseguram aos jurisdicionados os direitos à duração razoável do processo e a um processo efetivo e justo.

Esse contexto exige novo enfoque de atuação jurisdicional, pautada na gestão processual, tanto no tratamento de cada caso, quanto na condução de todo o acervo de processos existentes nos órgãos do Poder Judiciário.

Neste estudo, por meio de pesquisa bibliográfica, busca-se conhecer e comparar as soluções adotadas nos dois países. Primeiro, analisam-se as mudanças na estrutura organizacional dos tribunais. Em seguida, estuda-se a previsão da gestão processual nos dois sistemas, destacando-se o dever de gestão por parte do juiz.

Adiante, mostram-se as medidas adotadas para otimizar o tratamento de processos na fase recursal, com recorte no segundo grau de jurisdição, no sentido de proporcionar maior agilidade aos julgamentos, aumento da produtividade e desestímulo à recorribilidade.

Ao final, apresentam-se os resultados recentes em cada país, que demonstram uma melhoria de desempenho no tratamento do acervo de processos, com efetiva redução no Brasil e sinalização de queda em Portugal.

2. O CONTEXTO DE INEFICIÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO

Brasil e Portugal, apesar das diferenças de extensão territorial, população, índice de desenvolvimento humano, entre outras, têm em comum o problema da ineficiência do serviço de justiça, caracterizada pelo elevado custo do Sistema Judiciário[7], associado à demora na tramitação dos processos[8].

Em pesquisa realizada pela PUC-RS[9] identificou-se os principais problemas relacionados à morosidade da Justiça no Brasil. As causas estão no pessoal (qualificação insuficiente, ausência de mecanismos de motivação de juízes e servidores, número reduzido de juízes e servidores por processo), na organização (má gestão de atividades dos cartórios, ausência de descrição de procedimentos, retrabalho), na infraestrutura (estrutura desproporcional entre diferentes fóruns ou gabinete, informatização insuficiente, falta de investimento e proporcionalidade das esferas judiciais) e na legislação (ausência de controle da gratuidade da justiça, estímulo ao litígio irresponsável,

7 Observa-se do relatório Justiça em Números 2020 que o Poder Judiciário brasileiro custou para os cofres públicos no ano de 2019 o importe de R$ 100.157.648.446, o que equivale a 1,5% do PIB (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em: 16 set. 2020.) Em comparação com os dados brasileiros, o Judiciário português apresenta custo muito mais baixo, no equivalente a 0,3% do PIB; Cf. PEREIRA, Manuel Coutinho; WEMANS, Lara. *Produtividade na justiça cível em Portugal: Uma questão incontornável num sistema congestionado*. Disponível em: <https://www.bportugal.pt/sites/default/files/anexos/papers/ree201701_p.pdf >. Acesso em: 04 ago. 2020.

8 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O problema da duração dos processos: premissas para uma discussão séria*. In: Temas de Direito Processual Civil, 9ª série. São Paulo: Saraiva, 2007. O autor denuncia os equívocos de considerar a morosidade do Judiciário como um problema do nosso tempo e apenas brasileiro, esclarecendo que o problema é multissecular e atinge vários países. No mesmo sentido, CHIARLONI, Sérgio. *Uma perspectiva comparada da crise na justiça civil e dos seus possíveis remédios*. Revista de processo, v. 228/2014, p. 325 - 338, set., 2014; lembra que a ineficiência atinge também países desenvolvidos, como Inglaterra e Itália.

9 O relatório da pesquisa, publicado em 2011, apresenta um diagnóstico das causas do progressivo aumento das demandas judiciais cíveis no Brasil, em especial das demandas repetitivas, bem como da morosidade da justiça civil. PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL – PUC-RS. *Demandas judiciais e morosidade da justiça cível*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/relat_pesquisa_pucrs_edital1_2009.pdf>. Acesso em: 04 ago. 2020.

litígios de massa em razão da ineficiência das agências reguladoras, número excessivo de recursos, entre outros fatores)[10].

Soma-se a isso a litigiosidade crescente, decorrente da ampliação dos direitos, em razão das promessas constitucionais não acompanhadas do correspondente aprimoramento das instituições, restando ao Poder Judiciário a função de garante dos direitos fundamentais[11].

A mesma pesquisa também apurou a motivação para recorrer, identificando diversos fatores, entre eles: a divergência jurisprudencial; o uso estratégico pela parte devedora para ganhar tempo[12]; a possibilidade de aplicar os recursos financeiros destinados ao pagamento em investimentos mais rentáveis, postergando o

10 FRANCO, Marcelo Veiga. *Processo Justo: entre efetividade e legitimidade da jurisdição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 139: *"Fatores como o precário gerenciamento dos órgãos da Justiça, falta de infraestrutura material, burocracia excessiva em cartórios judiciais, insuficiência do número de juízes e de servidores, atraso tecnológico, dentre outros, demonstram o esgotamento das condições ideais para a obtenção de uma tutela jurisdicional adequada, tempestiva e eficiente."*

11 MACHADO, Daniel Carneiro. *A ineficácia das reformas processuais diante do uso patológico do Poder Judiciário pelos chamados "litigantes habituais"*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 5166, 23 ago. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/59960>. Acesso em: 20 ago. 2020: *"existe uma discrepância alarmante entre as promessas constitucionais e a realidade vivenciada, demonstrando a conduta recalcitrante dos entes públicos e grandes empresas – instituições financeiras, concessionárias de serviços públicos em geral – em transformar e melhorar a qualidade e eficiência dos serviços. Nesse contexto, o Poder Judiciário passou a representar uma peça fundamental no processo de densificação social das normas, visando à concretização de direitos carentes de políticas públicas."*

12 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O problema da duração dos processos: premissas para uma discussão séria. In:* Temas de Direito Processual Civil, 9ª série. São Paulo: Saraiva, 2007. O autor considera que é um equívoco pensar que ambas as partes aspiram a um desfecho rápido do processo e acrescenta que "*O desejo de prolongar o feito costuma provocar, por parte do interessado, manobras dilatórias de vária feição. Uma das mais comuns é a interposição de recursos sabidamente infundados, ou mesmo inadmissíveis contra toda e qualquer decisão proferida no processo*." Cf. também WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 647: "*(...) a atual estrutura de incentivos é incapaz de prevenir que partes sucumbentes recorram mesmo sabendo que o direito não lhes acolhe as pretensões, apostando exclusivamente na demora ou na imprecisão das instâncias revisoras. Essa postura não cooperativa agrava a situação de tragédia da Justiça, dilatando o tempo do processo e aumentando a probabilidade de os tribunais cometerem novos erros de julgamento, com evidentes prejuízos ao bem-estar social.*"

desembolso[13]; a convicção da parte recorrente de que sua tese ou causa está certa, justificando submetê-la a outra análise; os baixos custos para acessar as vias recursais[14].

Em Portugal, o estudo do Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, realizado no ano de 2001, coordenado pelo professor Boaventura de Sousa Santos[15], identificou diversas causas da ineficiência da Justiça portuguesa, entre elas: a insuficiência de infraestrutura judiciária e de recursos humanos; o aumento considerável dos litígios; a crescente complexidade dos casos; a escassez de recursos financeiros; a ausência ou a limitação de recursos aos meios alternativos de resolução de conflitos; a excessiva burocratização dos procedimentos judiciais; a ausência de mecanismos de comunicação e interação do sistema judicial, no âmbito interno e externo; legislação social pouco flexível; elevados níveis de desperdícios e disfuncionalidades, decorrentes de uma estrutura burocrática; a opacidade do sistema judicial; a distância social.

O cenário português é delineado também por pesquisa realizada pelo Banco Central de Portugal[16], abrangendo o período de 1993 a 2013. A pesquisa avaliou o Sistema Judiciário do ponto de vista do

13 As instituições financeiras, por exemplo, estão entre os maiores litigantes da justiça brasileira e lucram por meio do *spread* bancário - diferença entre os juros que pagam para obtenção de recursos financeiros e os juros cobrados dos empréstimos. Nesse sentido, é vantajoso para uma instituição financeira, do ponto de vista econômico, protelar o processo porque os juros e a correção monetária que incidem sobre os valores envolvidos no processo judicial são muito inferiores aos ganhos auferidos nos empréstimos desses valores aos clientes.

14 Conforme aponta o relatório, *"uma vez que existe a previsão legal do recurso e que seu custo é baixo em relação aos valores em jogo, a regra de conduta é recorrer sempre."* PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL – PUC-RS. *Demandas judiciais e morosidade da justiça cível*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/relat_pesquisa_pucrs_edital1_2009.pdf>. Acesso em: 04 ago. 2020, p. 79.

15 Conforme apontado por GONÇALVES, Gláucio Ferreira Maciel. *A organização dos tribunais e a gestão do tempo. In*: SILVEIRA, Vladmir Oliveira da [et al.] (Org.). Justiça e (o paradigma da) eficiência: celeridade processual e efetividade dos direitos (recurso eletrônico). Curitiba: Clássica, 2013, v. 3, p. 65-83.

16 PEREIRA, Manuel Coutinho; WEMANS, Lara. *Produtividade na justiça cível em Portugal: Uma questão incontornável num sistema congestionado*. Disponível em: < https://www.bportugal.pt/sites/default/files/anexos/papers/ree201701_p.pdf >. Acesso em: 04 ago. 2020.

mercado, mostrou a necessidade de consolidação orçamentária (maior eficiência das políticas públicas), apontou que Portugal é considerado um país com fraco desempenho no sistema de justiça, indicou que o sistema judicial era identificado pelas empresas como o principal entrave à atividade econômica, sugerindo que uma melhoria do sistema de justiça pode ter impactos relevantes na economia. Ainda, apontou problemas da morosidade e do congestionamento (os casos novos superam os casos baixados) dos processos[17].

Soma-se ao contexto de ineficiência a assinatura do Memorando de Entendimento entre o Estado Português, a Comissão Europeia, o Banco Central Europeu e o Fundo Monetário Internacional em 17 de maio de 2011[18], em que as instituições internacionais exigiram o aprimoramento da Administração Pública portuguesa – inclusive do sistema judicial – como contrapartida de ajuda financeira concedida ao país[19].

17 O estudo avaliou o desempenho das unidades judiciárias portuguesas e verificou que os melhores resultados em termos de produtividade e duração dos processos ocorreram em unidades especializadas ou que contavam com adequado número de funcionários (servidores) no suporte aos juízes conjugada com uma repartição equilibrada da carga processual. Esses dados são importantes e, como se verá adiante, a especialização e a distribuição equilibrada da carga processual serão consideradas na reestruturação do Poder Judiciário Português no ano de 2014 (Novo Mapa Judicial).

18 MENDES, Armindo Ribeiro. *As sucessivas reformas do processo civil português*. Julgar. nº 16. Coimbra Editora. p. 80-97. 2012. Disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/07/05-DEBATER-As-sucessivas-reformas-do-Processo-Civil.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2020. O autor relata que memorando impôs exigentes metas temporais, impondo ao país levar a cabo revisão do sistema processual civil até o final de 2011.

19 COELHO, Nuno. Gestão dos Tribunais e Gestão Processual. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2015. Disponível em: <http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/outros/Gestao_Tribunais_Gestao_Processual.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2020, p. 68-69: "*A economia suscita ponderações de cariz racional no que respeita à utilização dos recursos disponíveis, num cálculo de custos e benefícios, o que implica uma percepção da capacidade de quem produz e da organização que lhe está inerente (mais ou menos empresarial, mais ou menos institucional), e a qual se pretende, o mais possível, maximizadora de utilidades. (...) Mas essa situação não deixa também de ser consequência de um novo ambiente social e económico que exige dos tribunais um nível acrescido de desempenho, uma maior celeridade na resolução dos casos e um tratamento diferenciado adequado ao novo tipo de demanda jurisdicional – v.g. litigância de massa e litigância complexa – que tem desafiado, nestas últimas décadas, as estruturas judiciais e para as quais os métodos processuais vigentes, pensados para a litigância tradicional, não constituem uma resposta minimamente aceitável.*"

Tais fatos ilustram os fatores que impuseram a intensificação das reformas no Sistema Judiciário português para redução dos custos, aumento da produtividade e redução do tempo de tramitação dos processos, de modo a oferecer um serviço judicial mais eficiente.

As reformas culminaram na aprovação do Código de Processo Civil de 2013, norma que encampou a gestão processual como parte das soluções para a melhoria do serviço de justiça, dando concretude à duração razoável e à efetividade do processo (garantidas pelo artigo 20º da Constituição Portuguesa), por meio de um processo equitativo.[20].

No Brasil, a eficiência do sistema judiciário é imposta pelo artigo 37 da Constituição Federal, que consagra o princípio da eficiência para toda a atuação estatal. Além disso, a Emenda Constitucional 45/2004 previu, entre os direitos e as garantias fundamentais, a razoável duração do processo[21] e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (art. 5º, LXXVIII, da CRFB), garantias necessárias à efetivação do acesso à justiça.

3. A GESTÃO PROCESSUAL - O NOVO ENFOQUE DE ATUAÇÃO JURISDICIONAL

Tem-se, nos dois países, uma litigiosidade crescente e um sistema de justiça caro e lento, o que exige aprimoramento do Poder Judiciário para uma forma de gestão orientada para a efetivação dos direitos fundamentais[22]. A melhoria do serviço de justiça, contudo,

20 As garantias de efetividade, duração razoável do processo e ao processo equitativo são expressamente asseguradas no artigo 20º da Constituição Portuguesa; Cf. PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*, de 2 de abril de 1976. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 13 jul. 2020.

21 THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. *Impactos da Constituição Federal na evolução do processo civil. In*: BELMONTE, Alexandre Agra [et al.]. 30 anos da CF e o direito brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 335: *"O princípio da duração razoável surge, aliás, num contexto constitucional maior do próprio Estado, que deve atuar suas funções permeadas pela ideia de eficiência e economicidade (arts. 37 e 70, Constituição)*."

22 GONÇALVES, Gláucio Ferreira Maciel. *A organização dos tribunais e a gestão do tempo. In*: SILVEIRA, Vladmir Oliveira da [*et al.*] (Org.). Justiça e (o paradigma da) eficiência: celeridade processual e efetividade dos direitos (recurso eletrônico). Curitiba: Clássica, 2013, v. 3, p. 65-83.

não é simples. A solução passa pelo enfrentamento de três eixos principais: estrutura judiciária, com alocação de recursos necessários; boa legislação; fator cultural (ou o homem que opera o processo)[23].

A realidade exige uma nova forma de atuação do Poder Judiciário a partir de modelos de gestão, tanto no processo individualmente considerado, quanto no tratamento do acervo de ações pendentes no Poder Judiciário como um todo.

Não há eficiência judiciária sem uma atuação pautada na gestão, capaz de otimizar a utilização dos recursos disponíveis para aumento da produtividade e redução dos custos e do tempo de tramitação dos processos; com igual preocupação com a melhoria da qualidade do serviço de justiça[24].

---

23 Nesse sentido, GONÇALVES, Gláucio Ferreira Maciel. *A organização dos tribunais e a gestão do tempo. In*: SILVEIRA, Vladmir Oliveira da [*et al.*] (Org.). Justiça e (o paradigma da) eficiência: celeridade processual e efetividade dos direitos (recurso eletrônico). Curitiba: Clássica, 2013, v. 3, p. 65-83. No mesmo sentido, THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. *Impactos da Constituição Federal na evolução do processo civil. In*: BELMONTE, Alexandre Agra [et al.]. 30 anos da CF e o direito brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 340-341: "*(...) uma boa legislação processual, por si só, não basta para que o sistema justiça funcione adequadamente, sendo necessário combinar à boa legislação aspectos atinentes à alocação dos recursos necessários ao bom funcionamento do sistema justiça, aliado ao não menos importante fator 'cultural', devendo os três fatores serem alinhados para trabalharem em sintonia, e não isoladamente, como comumente ocorre.*" Nota-se também que FREITAS, José Manuel Lebre de. *A exigência de celeridade e os princípios processuais*. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, v. 26, p. 181-194, 2010; alerta pela insuficiência (além dos custos elevados) do aumento da estrutura, entendendo necessário mudar a lei, diminuir formalidades, flexibilizar o procedimento com a atribuição de mais poderes ao juiz, dificultar recursos, estimular meios alternativos de resolução de litígios.

24 COELHO, Nuno. Gestão dos Tribunais e Gestão Processual. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2015. Disponível em: <http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/outros/Gestao_Tribunais_Gestao_Processual.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2020, p. 66: "*(...) a gestão dos tribunais e dos processos deverá estar condizente (...) com a consagração jusfundamental dos direitos ligados à garantia de acesso à justiça e à estruturação da ordem processual pelas normas constitucionais, tudo isto na temática dos direitos processuais fundamentais, tais como o direito à decisão num prazo razoável, a garantia de um processo justo e equitativo e, ainda, a garantia da efectividade da prestação jurisdicional, num quadro da garantia de acesso à justiça e das suas emanações próprias.*". No mesmo sentido, FRANCO, Marcelo Veiga. Processo Justo: entre efetividade e legitimidade da jurisdição. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 145: *"É cada vez mais essencial, em contraposição à figura do chamado 'juiz-juiz', a institucionalização do denominado 'juiz-gestor', o qual é entendido como aquele que 'não apenas julga, como também preza pela excelência dos serviços', já que concebe a gestão da prestação jurisdicional 'como um exercício ativo de cidadania' e de democracia.*" Ainda, ZUFELATO, Camilo. *Flexibilização procedimental e*

Érico Andrade aponta que a gestão processual consiste na atuação jurisdicional em que

> (...) o juiz assume o papel de 'gestor' do processo, para organizar e conduzir a marcha processual, em sede de procedimento flexível ou adaptável segundo a complexidade do caso concreto, o que pode permitir distribuição mais adequada dos recursos judiciais entre todos os processos em curso, na busca de atuação mais efetiva da duração razoável do processo[25].

Por sua vez, Nuno Coelho registra que

> (...) a gestão processual pode ser definida como a intervenção consciencios a dos actores jurisdicionais no tratamento dos casos ou processos, através da utilização de variadas técnicas com o propósito de dispor as tarefas processuais de um modo mais célere, equitativo e menos dispendioso[26].

---

gestão processual no direito brasileiro. *In*: ZUFELATO, Camilo [*et al.*] (Coord.). I Colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 247: *"O processo poderá ter duração razoável garantida (art. 5º, LXXVIII) se bem utilizados os poderes do juiz na adaptação procedimental ou no gerenciamento eficiente do feito, evitando fases ou atos processuais desnecessários e incompatíveis com as peculiaridades do caso, promovendo tutela tempestiva e efetiva."*

25 ANDRADE, Érico: *Gestão Processual Flexível, Colaborativa e Proporcional: cenários para implementação das novas tendências no CPC/2015*. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, n. 76, p. 183-212, jan./jun. 2020. O autor trabalha a gestão a partir das tendências voltadas para a proporcionalidade, a colaboração e a flexibilidade, registrando p. 184-185: *"A tal cenário de gestão processual flexível, permeada pela proporcionalidade na distribuição dos recursos judiciais, para permitir maior efetividade da garantia da duração razoável do processo, tem-se agregado a perspectiva da colaboração, de modo a permitir até mesmo a identificação de importante tendência atual do processo civil europeu, como destacou recentemente Michele Angelo Lupoi, ao apontar que flexibilidade, colaboração e proporcionalidade são as palavras de ordem que se encontram subjacentes às atuais reformas processuais de diversos sistemas de justiça civil."*

26 COELHO, Nuno. Gestão dos Tribunais e Gestão Processual. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2015. Disponível em: <http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/outros/Gestao_Tribunais_Gestao_Processual.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2020, p.30. Nota-se que o autor compreende a gestão processual em duas dimensões: uma

A gestão processual abrange, de um lado, a adequação do procedimento às necessidades da causa – flexibilização procedimental[27] -, a eliminação de atos impertinentes ou meramente dilatórios[28], a sanação de vícios e irregularidades[29], o calendário ou a

externa (exo-processual) "*inserida numa ideia de organização e gestão dos tribunais ou de administração judiciária"* e uma interna (endo-processual) *"que decorre da condução individual (jurisdicional) dos processos que é realizada por cada um dos juízes relativamente aos processos que lhe foram distribuídos*", (p. 146).

27 ANDRADE, Érico: *Gestão Processual Flexível, Colaborativa e Proporcional: cenários para implementação das novas tendências no CPC/2015*. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, n. 76, p. 183-212, jan./jun. 2020, p. 189: "*o juiz, de acordo com as necessidades do caso em análise, escolhe o tipo de procedimento mais adequado para aquele feito especificamente considerado. O procedimento passa a ser adotado 'sob medida' e não mais prêt à porter (predefinido abstratamente na legislação processual para todo tipo de situação litigiosa).".* Tem-se também a lição de TARUFFO, Michele. *Oralidad Y escritura como factores de eficiencia em el proceso civil. In*: CARPI, Federico [*et al.*] (Coord.). Oralidad Y escritura em um proceso civil eficiente. Universitat de València, 2008, p. 219: *"(...) el problema primordial parece ser el de adaptar el proceso a las necesidades de cada causa. La experiencia de sistemas más maduros, como pueden ser el inglés y el alemán, nos muestra que el juez debería decidir caso por caso, con lo que desempeñaría un importante papel de dirección, de modo que el litigio debería proseguir del modo más eficiente y adecuado*." Tem-se ainda com MATOS, José Igreja. *A gestão processual: um radical regresso às raízes*. Revista Julgar. Nº 10. Coimbra Editora, p. 123-137, 2010. Disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2015/10/123-137-Gest%C3%A3o-processual.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2020, p. 126, que a gestão processual reside não apenas no cumprimento de normas gerais e abstratas *"mas, sobretudo, impondo ao juiz a responsabilidade de encontrar, de forma criativa, a norma entendida como casuisticamente adequada ao problema causado por cada concreto processo*." A doutrina classifica a flexibilização em: a) flexibilidade procedimental legal genérica (o legislador atribui amplos poderes para o juiz eleger o procedimento mais adequado); flexibilidade procedimental legal alternativa (o legislador prevê opções fechadas ao juiz, que poderá escolher entre as opções dadas); flexibilidade voluntária (as partes definem, em conjunto as regras procedimentais, por meio de negócios processuais). (Cf. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008).

28 PEIXOTO, Juliene de Souza. A gestão processual como mecanismo de efetividade e de eficiência. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Civilísticas). Universidade de Coimbra, 2016. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/42453/1/Juliene%20Peixoto.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2020, p. 43: *"A variedade de casos concretos exige normas processuais abertas, que permitam a simplificação da sequência de atos, por meio da dispensa de atos desnecessários ao apuramento da realidade dos fatos e à prolação da sentença, e/ou a inclusão de atos não previstos na forma legal*."

29 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. vol. I. 60ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 447: *"A preocupação do processo moderno com a composição definitiva do litígio confere ao juiz o poder de determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios. A meta da jurisdição se concentra nos julgamentos de mérito, de tal sorte que, antes de julgar extinto o processo por força de um*

programação dos atos processuais[30], a gestão eficiente do tempo no processo[31], o estímulo aos meios adequados de solução de disputas; tudo, no sentido de simplificar e agilizar a tramitação do processo[32]. De outro lado, a gestão processual exige tratamento adequado do acervo de processos nos órgãos jurisdicionais, de modo que os recursos[33] existentes sejam melhor distribuídos para uma maior eficiência do serviço de justiça[34].

embaraço formal, deve o magistrado tentar garantir o prosseguimento do feito, suprindo as deficiências sanáveis (NCPC, art. 317)."

30 ANDRADE, Érico. *As novas perspectivas do gerenciamento e da "contratualização" do processo*. Revista de processo, v. 193, p. 167-200, mar., 2011: "*O calendário por si só não é causa direta de aceleração do processo ou de diminuição de sua duração, mas é de grande importância como instrumento de gestão processual e para oferecer às partes a previsão inicial da duração do processo.*"

31 GONÇALVES, Gláucio Ferreira Maciel. *A organização dos tribunais e a gestão do tempo*. In: SILVEIRA, Vladmir Oliveira da [et al.] (Org.). Justiça e (o paradigma da) eficiência: celeridade processual e efetividade dos direitos (recurso eletrônico). Curitiba: Clássica, 2013, v. 3, p. 73-74: *"O maior problema está, sem dúvida, no tempo, que nunca é suficiente para a resolução das questões administrativas e jurisdicionais. Surge, então, a necessidade de gerir o tempo.*" O autor apresenta as dificuldades de gestão do tempo pelos Tribunais, ante a ausência de autonomia irrestrita e o contingenciamento orçamentário e destaca que os Tribunais *"devem, então, utilizar o manancial de recursos humanos e de recursos tecnológicos de que já dispõem para que possam promover melhor aproveitamento do tempo."*

32 PEIXOTO, Juliene de Souza. *A gestão processual como mecanismo de efetividade e de eficiência.* Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Civilísticas). Universidade de Coimbra, 2016. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/42453/1/Juliene%20Peixoto.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2020, p. 43: *"(...) a adequação formal, como aspecto da gestão processual, abrange dois poderes: o de simplificação e o de agilização processuais. Sendo certo que o primeiro implica uma tramitação menos pesada do que a ordinária prevista em lei, enquanto o segundo preceitua uma forma mais fácil de atingir a justa composição do litígio. (...) A simplificação visa celeridade, economia e eficiência."*

33 BERIZONCE, Roberto O. *Bases para Actualizar el Código Modelo Procesal Civil para Iberoamerica*. Revista de Derecho Themis: Lima. p. 185-197. Dezembro de 2010. Disponível em: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/download/9128/9539>. Acesso em 14 set. 2020: "*Entre las técnicas novedosas se incluyen la flexibilización de la estructura del despacho; servicios comunes para tribunales; adecuado manejo del personal; gestión de los casos (case management); informatización de los procesos de gestión; aplicación de las tecnologías de la información.*"

34 Érico Andrade, ao tratar da proporcionalidade na gestão processual, traz o novo conceito de duração razoável do processo na doutrina italiana, voltado para a distribuição proporcional dos recursos e do tempo entre os vários processos. ANDRADE, Érico: *Gestão Processual Flexível, Colaborativa e Proporcional: cenários para implementação das novas tendências no CPC/2015*. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, n. 76, p. 183-212, jan./jun. 2020, p. 189-190: *"os recursos e o tempo aplicados em cada causa ou processo devem levar em consideração não só as peculiaridades do caso, mas*

Aponta Camilo Zufelato que

> (...) seria possível falar, de um lado, em microgestão, no sentido de adaptar o procedimento de um processo à luz de suas características, numa autêntica operação de judicial *case management*, e de outro lado em macrogestão, no sentido de atividades vocacionadas a gerenciar o ambiente judiciário com vistas a resultados mais eficientes do ponto de vista da produtividade e dos escopos da jurisdição[35].

Percebe-se que a gestão processual funda-se nas ideias de cooperação, efetividade e eficiência, na medida em que, por meio

também sua inserção no conjunto de causas em tramitação na justiça, cenário que leva, segundo a doutrina italiana, à compreensão do princípio da duração razoável do processo muito mais voltado para a proporcional distribuição e emprego dos recursos estatais alocados na justiça do que medida ou apuração do tempo de duração em cada processo." No mesmo sentido, BIAVATI, Paolo. *Flessibilità, semplificazione e gestione del processo civile: la prospettiva italiana*. *In*: ZUFELATO, Camilo [*et al.*] (Coord.). I Colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 210: "*Il giudice case manager non è solo un abile organizzatore del singolo processo, ma piuttosto un attento analista del rapporto fra la complessità di quel caso, il tempo che egli vi può dedicare e gli altri procedimenti che gli sono affidati. Questo giudice (a cui non dovrebbero mancare competenze tipiche dell'organizzazione aziendale) sa governare al meglio non solo la singola causa, ma anche l'equilibrio fra quel processo e il complesso dell'attivitá giurisdizionale di un dato organo*." Também sobre o tema, RAGONE, Álvaro Pérez. *La revalorización de la eficaccia y eficiencia em la justicia civil a la luz del gerenciamiento del proceso. In:* SIMONS, Adrian [*et al.*] (Coord.). Estudos em Homenagem a Ada Pellegrini Grinover e José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 110: "*La conducción y el gerenciamiento de un proceso judicial impone un trato efectivo, eficiente, y útil a un caso en concreto, para así lograr su resolución, oportuna y justa, sin dejar de considerar el peso de outros posibles casos o procesos por ingresar o pendientes de ser resueltos en un sistema de justicia.*"

35 ZUFELATO, Camilo. *Flexibilização procedimental e gestão processual no direito brasileiro*. *In*: ZUFELATO, Camilo [*et al.*] (Coord.). I Colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 264. Na mesma obra, o autor registra que a gestão "*tem a ver com uma visão gerencial e estratégica não somente dos atos processuais realizados, mas também com outras variáveis que interferem no oferecimento de uma tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva"* (p. 261), destaca que a dimensão da macrogestão "*até pouco tempo atrás foi totalmente relegada pela ciência do direito, incluídos aí os processualistas"* e que *"o gerenciamento de cartório e de produtividade desperta a atenção de poucos, muito embora pareça haver consenso que tais práticas gerenciais impactem no resultado final da prestação jurisdicional.*" (p. 264)

de uma atuação ativa e dialógica do juiz, busca-se sanar os vícios processuais (primazia da solução do mérito) e adequar a tramitação do processo às particularidades do caso para, assim, dar efetividade à reparação do direito material violado em tempo razoável e com baixo custo para as partes e para o erário[36].

Não se pode perder de vista, entretanto, a legitimidade e a qualidade do provimento jurisdicional, daí porque impõe-se a prevalência das garantias processuais constitucionais das partes e a imposição de limites[37] de atuação do juiz na gestão do processo. De nada adianta um processo rápido e barato se a solução não for construída em ambiente dialógico e participativo, se as partes não reconhecem a decisão como resultante de um procedimento em que se tenha assegurado efetiva e isonômica participação, se o resultado do julgamento não traz efetiva pacificação.

Assim, a gestão processual deve observar a imparcialidade do juiz e se realizar em ambiente participativo e colaborativo com as partes, assegurando o contraditório e as demais garantias do processo justo. Na flexibilização e na simplificação do procedimento, em especial, o diálogo e a colaboração são fundamentais, de modo a assegurar às partes a previsibilidade em um devido processo[38], na medida em

36 THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. *Impactos da Constituição Federal na evolução do processo civil. In*: BELMONTE, Alexandre Agra *[et al.].* 30 anos da CF e o direito brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p 354: *"É preciso passar a dedicar maior atenção à administração da justiça e da melhor distribuição dos recursos judiciais, a fim de conjugá-los para a melhor gestão da massa processual, como decorrência da maior eficiência da justiça civil, constitucionalizada no princípio da duração razoável, de modo a perseguir o ideal de justiça de qualidade e sem excessiva demora na entrega da solução dos conflitos jurídicos."*

37 ANDRADE, Érico: *Gestão Processual Flexível, Colaborativa e Proporcional: cenários para implementação das novas tendências no CPC/2015*. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, n. 76, p. 183-212, jan./jun. 2020, p. 191: *"(...) tal incremento nos poderes de gestão procedimental do juiz, advinda da conjugação da flexibilidade com a proporcionalidade, não se dá por meio da atuação unilateral ou imperativa do juiz, mas sim envolve estreita participação e interrelação das partes com o juiz, de modo a atuar o princípio de colaboração, para que as opções ou orientações procedimentais sejam debatidas e decididas em conjunto com as partes, ou seja, em diálogo entre partes, advogados e juiz.*" No mesmo sentido, Cf. RAMOS, Vera Leal. *O princípio da gestão processual: vertente formal e material do princípio.* Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Civilísticas). Universidade de Coimbra, 2017. Disponível em: <https://eg.uc.pt/bitstream/10316/85946/1/Tese%20Completa.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2020, p. 66 e seguintes.

38 SOUSA, Miguel Teixeira de. *Apontamento sobre o princípio da gestão processual no novo Código de Processo Civil.* Disponível em: <https://www.academia.edu/5187428/

que a flexibilização não é a ausência de forma, mas o uso racional e planejado dela[39].

O equilíbrio entre eficiência e qualidade converge para a ideia de boa administração da justiça[40], que exige do Poder Judiciário um

TEIXEIRA_DE_SOUSA_M_Apontamento_sobre_o_princ%C3%Adpio_da_gest%C3%A3o_processual_no_novo_C%C3%B3digo_de_Processo_Civil_10_2013_>. Acesso em: 20 jul. 2020: "*A questão é mais complicada quando se trata de simplificar a tramitação legal, ou seja, quando o juiz entende dispensar a prática de actos pertencentes à tramitação legal, pois que, nesta hipótese, há que substituir uma tramitação legal por uma tramitação judicial sem afectar a equidade processual. A resposta mais óbvia parece ser a de que, na decisão de adequação formal, não podem ser afastadas pelo juiz regras imperativas. No entanto, não parece que a adequação formal se deva orientar pelo carácter disponível ou supletivo das regras de procedimento. O que importa assegurar é que a tramitação alternativa continue a garantir um processo equitativo, pelo que há que determinar qual é o standard mínimo que resulta da tramitação legal e que deve ser respeitado em qualquer procedimento alternativo definido pelo juiz.*" A doutrina italiana considera que, em razão da garantia do devido processo regulado por lei, é compatível com o processo justo apenas a flexibilização dentro dos limites determinados ou determináveis pela lei. Nesse sentido, COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e tecnica del giusto processo*. Milão: G. Giappichelli, 2004, p. 373-374: "*permette, tuttavia, di considerare pienamente compatibili com i precetti costituzionali quei modelli processuali in cui la legge si astenga dal preconsituire o dal <<precanalizzare>> rigidamente e minuziosamente le situazioni soggettive, gli atti e le forme del procedimento, ma provveda invece ad affidare al giudice, per esigenze istituzionali di speditezza, di economia e di effettività <<differenziatta>> della tutela giurisdizionale, la funcione primaria di assicurare a quel procedimento una regolamentazione concreta ed elastica, da adeguarsi alla variabilità dei casi concreti, conferendogli all'uopo, sia por entro limiti predeterminatti (o comunque predetterminabili), idonei poteri discrezionali.*" No mesmo sentido, BIAVATI, Paolo. *Flessibilità, semplificazione e gestione del processo civile: la prospettiva italiana*. *In*: ZUFELATO, Camilo [*et al.*] (Coord.). I Colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 208: *"L'elasticità non è discrezionalità, né mero capriccio che piega la regola alla situazione; non è patrimonio del solo giudice ma strumento comune e condiviso com le parti. La disposizione flessibile è quella che configura diversi possibili sbocchi di una data fase del processo, tutti prevedibili, ma uno solo dei quali sarà scelto nel singolo caso.*" Doutrina brasileira, por outro lado, considera cabível a flexibilização a partir da interpretação constitucional do processo, conforme se nota em THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum.* vol. I. 60ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 447: *"essa flexibilização do procedimento para melhor adequá-lo às necessidades do caso concreto encontra respaldo na Constituição Federal, na medida em que o devido processo legal não exige processo rigidamente modelado, podendo haver mobilidade judicial."*

39 ZUFELATO, Camilo. *Flexibilização procedimental e gestão processual no direito brasileiro*. *In*: ZUFELATO, Camilo [*et al.*] (Coord.). I Colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 249.

40 CADIET Loic. *Perspectivas sobre o sistema da justiça civil francesa – Seis lições brasileiras*. MITIDIERO, Daniel *[et al.]* (trad.); MARINONI, Luiz Guilherme *[et al.]* (Coord.). *e-book*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 48: "*A promoção do princípio da eficiência como princípio de ação pública deve ser combinada com os princípios do processo*

serviço de justiça com economia, em tempo razoável e qualificado pela justiça no procedimento e na solução da causa.

4. O DEVER DE GESTÃO

Brasil e Portugal adotam o regime de processo cooperativo e têm em suas constituições a eficiência como princípio norteador da atuação da Administração Pública[41]. Tais premissas já seriam suficientes para exigir do juiz uma postura ativa, participativa e comprometida com a efetividade do processo e a entrega da prestação jurisdicional em tempo razoável e com baixo custo.

Ainda assim, o legislador português passou a prever expressamente o dever de gestão processual, primeiro por meio do Decreto Lei 108, de 08.06.2006, que instituiu o regime processual experimental[42], com aplicação limitada a alguns juízos. Mais tarde, o dever de gestão foi encampado pelo CPC de 2013, agora de aplicação em todo o território português, exigindo do juiz a condução do processo de forma eficiente[43].

---

justo. O processo civil não pode ser pensado hoje senão como o resultado de um compromisso permanente e necessário entre um princípio de eficiência e um princípio de equidade. A boa administração da justiça, expressa hoje através da reivindicação da qualidade da justiça, é o resultado deste equilíbrio entre a eficiência e a equidade."

41 A Constituição brasileira prevê a eficiência como princípio da Administração Pública no artigo 37; enquanto a Constituição portuguesa dispõe sobre a eficiência do setor público no artigo 81º, "c".

42 Cf. PINTO, Júnior Alexandre Moreira. *O regime processual experimental português*. Revista de Processo, v. 148, p. 169-180. jun. 2007.

43 Dispõe o artigo 6º da Lei 41/2013 – CPC Português: "*Dever de gestão processual - 1 - Cumpre ao juiz, sem prejuízo do ónus de impulso especialmente imposto pela lei às partes, dirigir ativamente o processo e providenciar pelo seu andamento célere, promovendo oficiosamente as diligências necessárias ao normal prosseguimento da ação, recusando o que for impertinente ou meramente dilatório e, ouvidas as partes, adotando mecanismos de simplificação e agilização processual que garantam a justa composição do litígio em prazo razoável. 2 - O juiz providencia oficiosamente pelo suprimento da falta de pressupostos processuais suscetíveis de sanação, determinando a realização dos atos necessários à regularização da instância ou, quando a sanação dependa de ato que deva ser praticado pelas partes, convidando estas a praticá-lo."*(PORTUGAL. *Lei 41, de 26 de junho de 2013. Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1959&tabela=leis>. Acesso em: 02 ago. 2020.)

No direito brasileiro, apesar de não haver uma previsão geral expressa, impõe-se o dever de gestão a partir da interpretação constitucional do processo, do dever de eficiência (artigo 37 da CRFB) e dos deveres de cooperação (artigo 6º do CPC) e de direção do processo (artigo 139 do CPC)[44].

Além das previsões gerais, o CPC brasileiro traz diversas disposições específicas que impõem ao juiz deveres de: eliminação de atos impertinentes ou meramente dilatórios (artigos 77 e 370); saneamento de vícios e irregularidades (artigos 76; 288; 292, §3º; 317; 321; 353; 801); fornecimento de mecanismos de simplificação e agilização do trâmite processual (artigos 190; 191; 278; 282; 332; 485, § 7º; 488); entre outros, sendo os dispositivos mencionados meramente exemplificativos.

Observa-se a presença dos deveres de gestão também na segunda instância. Primeiro pela irradiação dos preceitos gerais de cooperação, duração razoável, primazia da solução de mérito e de efetividade do processo. Além disso, o espírito do Código para a eficiência processual, delineado nas disposições gerais, é reafirmado por disposições específicas que estabelecem: sistema de precedentes vinculantes (artigos 926 e seguintes), que confere racionalidade à

44 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum.* vol. I. 60ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 448: *"cabe ao juiz o dever de gerenciar o processo, adotando medidas para a boa condução da causa, visando a concretização de um processo justo, célere e efetivo. Referido gerenciamento impõe atribuir maiores poderes ao magistrado, que deverá exercê-los com a finalidade de prestar a tutela jurisdicional da melhor forma possível, sempre com fiel observância das normas fundamentais do processo justo (arts. 1º ao 12)."* Na mesma obra, o autor registra que *"A jurisdição, como instrumento de prestação de um serviço público indispensável no Estado de Direito, não fica fora do alcance dos princípios impostos pelo referido art. 37, como é óbvio. Aliás, a regra constitucional prevê, expressamente, sua aplicação à atividade de qualquer dos Poderes Públicos."* (p. 95). Ainda, sobre o tema, ANDRADE, Érico: *Gestão Processual Flexível, Colaborativa e Proporcional: cenários para implementação das novas tendências no CPC/2015*. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, n. 76, p. 183-212, jan./jun. 2020, p. 195: *"O CPC/2015 também acolhe e incrementa os poderes de gestão processual pelo juiz, especialmente no art. 139, ao arrolar os poderes do juiz para dirigir o processo, envolvendo aplicação de medidas coercitivas e indutivas (inciso IV); promoção, a qualquer tempo, da tentativa de autocomposição entre as partes (inciso V); dilatação de prazos processuais e, como dito, alteração da ordem de produção da prova, para melhor adequação do processo ao conflito (inciso VI); determinação judicial para suprimento de pressupostos processuais e vícios processuais (inciso IX), dentre outras medidas."*

prática decisória; poderes monocráticos de saneamento, conciliação e decisão do relator (artigo 932 e seguintes); deveres de saneamento de irregularidades recursais (artigos 938, § 1º; 1007, § 2º, 4º e 7º; 1017, § 3º); além de mecanismos para otimizar e acelerar o julgamento dos recursos, como o julgamento imediato do mérito pelos tribunais (artigo 1.013, § 3º e 4º) e o incidente de resolução de demandas repetitivas (artigo 976 e seguintes).

Nesse sentido, o dever de gestão se revela como um imperativo da atuação do magistrado, inclusive na segunda instância, na condução dos processos (na perspectiva micro e macro) para buscar, entre as soluções possíveis, aquela que melhor atenda aos interesses das partes e do erário, por meio da distribuição equilibrada e proporcional dos recursos existentes. É incompatível com o preceito constitucional da eficiência e com a ideia de gestão a condução do processo que, podendo adotar vias mais efetivas e baratas, opta por caminhos que venham encarecer e retardar o trâmite processual, dificultando a efetivação dos direitos violados[45].

O dever de gestão pelo juiz exige, como contrapartida do Poder Judiciário, ações de treinamento dos juízes e auxiliares para desenvolvimento de habilidades de gestão, além de estímulos[46], com

45 JORDÃO, Eduardo Ferreira; ADAMI, Mateus Piva. *Steven Shavell e o preço do processo: Notas sobre uma análise econômica do Direito Processual. In*: JORDÃO, Eduardo Ferreira; DIDIER JUNIOR, Freddie (Coord.). Teoria do processo: panorama doutrinário mundial. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 203: *"Como ocorre em toda e qualquer gestão, a liberdade de atuação está condicionada à busca pela melhor alternativa. Não se concebe a atribuição de um poder desvinculado de uma finalidade. Se há uma brecha que permite expressa ou implicitamente a indicação de uma solução dentre várias, é inviável aceitar qualquer outra escolha que não a melhor."*

46 MENDES, Luís Azevedo. *Uma linha de vida: organização judiciária e gestão processual nos tribunais judiciais.* Revista Julgar. Nº 10. Coimbra Editora, p. 105-122, 2010. Disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2015/10/105-122-Organiza%C3%A7%C3%A3o-judici%C3%A1ria-e-gest%C3%A3o-processual.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2020, p. 109: *"no caso da gestão processual, sendo esta uma actividade para a eficiência (mais depressa, menos custos, melhor cooperação, comunicação e compreensibilidade das decisões judiciais), ela não pode ser prosseguida em função de sérios objectivos mensuráveis e avaliáveis se não for estimulada pela organização judiciária (em sentido amplo) numa linha de vida persistente e esclarecida. Cargas de serviço adequadas, ferramentas de reengenharia da distribuição processual (caseflow management), ferramentas tecnológicas, espaços para diligências, comunicações e secretariado eficientes, formação em métodos de trabalho, avaliação e política de reconhecimento do mérito, espaços para*

valorização das boas práticas. A formação adequada do juiz para a gestão é a questão fundamental, porque, uma vez que se tenha um juiz com habilidades gestoras, ele será capaz de criar soluções favoráveis para o bom funcionamento do serviço de justiça, ainda que em contexto de estrutura precária.

5. OS MECANISMOS DE GESTÃO PROCESSUAL NA SEGUNDA INSTÂNCIA

A fase de recursal ocupa grande parte do tempo de tramitação dos processos[47], o que impacta diretamente a eficiência do sistema de justiça. Esse dado ganha maior relevância porque, em regra, não são praticados atos de instrução na fase recursal, sendo esta dedicada apenas ao julgamento dos recursos. É seguro dizer, portanto, que o tempo de tramitação do processo na instância recursal é tomado, em grande parte, apenas pela espera de disponibilidade de pauta para julgamento, em razão do volume de casos.

Daí a necessidade de se introduzirem modernas técnicas de gestão, tanto no tratamento dos processos individualmente (microgestão) quanto no gerenciamento de recursos para condução

comparação de práticas e resultados, por exemplo, são passos para uma boa cultura de gestão processual, mas esta actividade depende da política geral de organização."

47 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em: 16 set. 2020. De acordo com os dados do relatório Justiça em Números 2020, o tempo de tramitação dos processos, na fase de conhecimento, no segundo grau de jurisdição é, conforme segmento da Justiça: Justiça Federal (2 anos e 5 meses, rito comum; e 1 ano e 9 meses nos juizados especiais, p. 59); Justiça do Trabalho (10 meses, p. 55); Justiça Estadual (1 ano, rito comum, p. 51) e (8 meses, juizados especiais – turmas recursais – p. 51). Em Portugal, conforme apurado por Fernanda Loures, os dados de 2016 mostram prazo de 100 dias de tramitação dos processos na segunda instância na justiça comum, aumentando para 700 dias nos casos submetidos à jurisdição administrativa. Cf. OLIVEIRA, Fernanda Loures de. *Judicialização e Desjudicialização na Prática Portuguesa. In:* GONÇALVES, Gláucio Ferreira Maciel; ANDRADE, Érico (Coord.); FREITAS, Pedro Augusto Silveira (Org.). Organização Judiciária no direito comparado: Alemanha, Espanha, Estados Unidos da América, França, Grã-Bretanha, Itália e Portugal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 348.

de todo o acervo de processos em cada tribunal (macrogestão) para uma maior eficiência[48].

Em razão da proposta deste estudo, analisam-se as medidas adotadas nos sistemas brasileiro e português no sentido de otimizar o tratamento de processos na fase recursal, no segundo grau de jurisdição, para maior agilidade nos julgamentos (celeridade), aumento da produtividade e desestímulo à recorribilidade das decisões.

Antes, porém, é importante destacar o que foi feito nos dois países, nos anos recentes, no sentido da reestruturação dos órgãos judiciários para oferecimento de condições mais adequadas ao bom desempenho do serviço de justiça.

O Estado Português aprovou uma ampla reestruturação da organização judiciária no ano de 2014, estabelecendo um Novo Mapa do Poder Judiciário[49], centrado em três fundamentos: alargamento da base territorial das circunscrições judiciais, com redistribuição equilibrada dos processos; instalação de jurisdições especializadas; implementação de um novo modelo de gestão das comarcas, com gestão tripartite entre o Juiz, o representante do Ministério Público e o Administrador Judiciário.

---

48 Nesse sentido, ZUFELATO, Camilo. *Flexibilização procedimental e gestão processual no direito brasileiro*. *In*: ZUFELATO, Camilo [*et al.*] (Coord.). I Colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil. Salvador: Juspodivm, 2015.

49 A doutrina apresenta críticas ao novo mapa, por atender a imposições de organismos internacionais, por criar obstáculos ao acesso à justiça e, ainda, por não ter se dado em ambiente de amplo debate e com tempo necessário para discussões. Nesse sentido: DIAS, João Paulo. *A reforma do mapa judiciário: desafios ao Ministério Público no acesso ao direito e à justiça.* Revista do Ministério Público 145, p 41-74, Jan./Mar. 2016. Disponível em <https://estudogeral.uc.pt/bitstream/10316/33059/1/A%20reforma%20do%20mapa%20judici%C3%A1rio%20desafios%20ao%20Minist%C3%A9rio%20P%C3%BAblico%20no%20acesso%20ao%20direito%20e%20%C3%A0%20justi%C3%A7a.pdf >. Acesso em: 06 ago. 2020, p. 43 "*Esta reforma, que procurou satisfazer as exigências das instituições internacionais (União Europeia, Banco Central Europeu e Fundo Monetário Internacional) que financiaram o Estado português em plena crise financeira e económica, procuraram, acima de tudo, que o sistema judicial fosse mais eficiente e menos dispendioso. Esta última premissa, de exigir uma diminuição do custo de funcionamento do sistema judicial, obrigou a encerramento de tribunais, concentração de serviços e redução de recursos humanos, num novo modelo de organização territorial e de gestão administrativa e financeira. Contudo, procurando solucionar alguns problemas sentidos, ter-se-á ido longe demais, obstaculizando o acesso dos cidadãos à justiça.*"

Em síntese, foram substituídas 232 comarcas territoriais por 23 comarcas agregadas, subdivididas em instâncias centrais e instâncias locais. Também foram extintos 20 tribunais e a maioria dos tribunais existentes antes da reforma foram agregados e redistribuídos dentro das novas circunscrições[50]. As mudanças na estrutura judiciária, iniciadas em 2014, continuam em andamento, havendo novas alterações no ano de 2019, por meio do Decreto-Lei n.º 38/2019, que ampliou as unidades especializadas.

No Brasil, a última alteração importante na estrutura e no funcionamento do Poder Judiciário se deu por meio da Emenda Constitucional 45/2004, que dispôs sobre: a justiça itinerante, facilitando o acesso à justiça; a criação de varas especializadas em conflitos agrários; a criação do Conselho Nacional de Justiça – CNJ[51] e o Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP; número de juízes compatíveis com a população; extinção dos tribunais de alçada, cujos membros passaram a integrar os tribunais de justiça; permissão para criação de câmaras regionais para funcionamento descentralizado dos tribunais regionais federais e tribunais regionais do trabalho, a fim de assegurar o pleno acesso do jurisdicionado à justiça em todas as fases do processo; ampliação da competência da Justiça do Trabalho.

Observa-se, em comparação com as alterações ocorridas em Portugal, que a emenda não representou mudanças de elevado impacto na estrutura da organização judiciária brasileira. No âmbito federal, por exemplo, os atuais tribunais regionais (federais e trabalhistas)

50 DIAS, João Paulo. *A reforma do mapa judiciário: desafios ao Ministério Público no acesso ao direito e à justiça.* Revista do Ministério Público 145, p 41-74, Jan./Mar. 2016. Disponível em <https://estudogeral.uc.pt/bitstream/10316/33059/1/A%20reforma%20do%20mapa%20judici%C3%A1rio%20desafios%20ao%20Minist%C3%A9rio%20P%C3%BAblico%20no%20acesso%20ao%20direito%20e%20%C3%A0%20justi%C3%A7a.pdf >. Acesso em: 06 ago. 2020.

51 A EC 45/2004 implantou uma nova cultura no Poder Judiciário, com foco na duração razoável do processo, na efetividade, na produtividade e nas modernas técnicas de gestão pautadas na eficiência da Justiça. Destaca-se a atuação do CNJ como condutor desse processo, traçando as diretrizes para a atividade jurisdicional e medindo o desempenho das unidades judiciárias por meio das metas nacionais; apesar de, na visão do autor, haver necessidade de aprimoramentos para que as metas não fiquem restritas a critérios de produtividade e rapidez, de modo a integrar também critérios que meçam a qualidade do serviço de justiça.

são de configuração dada, respectivamente, pelas leis 7.727/1989 e 8.431/1992. Não houve, portanto, alteração na estrutura da segunda instância federal a partir da EC 45/2004. A estrutura atual, desenhada há quase trinta anos, não se adéqua mais ao atual volume de casos, havendo a necessidade de se pensar numa nova organização, para assegurar a distribuição equilibrada dos processos[52].

Outro dado importante na modernização da Justiça brasileira foi a implementação do Processo Judicial Eletrônico - PJe[53], por meio da Lei 11.419/2006, fator que contribuiu para a melhoria da gestão do processo e a eliminação dos tempos mortos, além de reduzir custos com materiais (papel, impressão etc.) e de estrutura na tramitação dos feitos[54].

Conhecidas as mudanças estruturais, passa-se a analisar os mecanismos existentes para otimizar a prestação jurisdicional na segunda instância, destacando-se as técnicas destinadas a reduzir o tempo de tramitação do processo, a aumentar produtividade e a conter a litigiosidade.

Há, nos dois países, uma mitigação da recorribilidade imediata das decisões interlocutórias[55]. No Brasil, o cabimento do agravo de

52 O relatório Justiça em Números 2020 mostra a disparidade na distribuição do volume de trabalho entre os tribunais, com elevadas diferenças inclusive dentro de um mesmo segmento do Poder Judiciário. Cf. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em: 16 set. 2020, p. 107-108.

53 O relatório Justiça em Números 2020 indica também que, no ano de 2019, cerca de 90% dos casos iniciados foram por meio do Processo Eletrônico.

54 O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – TJDF divulgou, em junho/2017, estudo demonstrando que desde a implementação do Processo Judicial eletrônico – PJe nos sete juizados especiais cíveis de Brasília, em julho de 2014, o TJDFT, economizou 3.017.401 folhas de papel, o equivalente à preservação de 340 árvores. Nesses juizados, somente em 2016, foram economizados R$ 54.726,98 com resmas de papel. O relatório aponta também que, com relação ao total de materiais de escritório, o gasto foi 70% menor que antes da implementação do PJe nessas localidades. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2017/junho/tjdft-economiza-3-milhoes-de-folhas-de-papel-apos-implementacao-do-pje-nos-juizados-civeis-de-brasilia>. Acesso em: 25 set. 2020.

55 Conforme esclarece THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil.* vol. III. 50ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 1.049: "*É impróprio afirmar que há decisões irrecorríveis no sistema do NCPC, apenas pelo fato de ter sido abolido o agravo retido e de o agravo de instrumento não abranger todas as decisões interlocutórias proferidas*

instrumento se dá nas hipóteses previstas no artigo 1015 do CPC. Em Portugal, embora haja cabimento da apelação também contra decisões interlocutórias, o artigo 630º do CPC prevê a irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias em gestão processual[56], salvo se contenderem com os princípios da igualdade ou do contraditório, com a aquisição processual de fatos ou com a admissibilidade de meios probatórios.

Também se observa a preocupação com a sanação de vícios em instância recursal, no sentido da primazia da solução do mérito do recurso. O CPC português dispõe sobre a reabertura de prazo para pagamento das taxas judiciárias (artigo 642º) e funções saneadoras do relator (artigo 652º). Tais medidas estão presentes também no sistema brasileiro, na medida em que o código estabelece o saneamento de vício do recurso pelo relator (parágrafo único do artigo 932 e § 1º do artigo 938), a intimação da parte para completar o preparo (§ 2º e §4º do artigo 1007); correção de equívoco no preenchimento de guias (§ 7º do artigo 1007); saneamento de vício do agravo de instrumento (§ 3º do art. 1017).

Observa-se ainda uma valorização das decisões monocráticas, como se vê no artigo 656º do CPC português[57] e no artigo 932 do

pelos juízes. Com efeito, todas as interlocutórias são passíveis de impugnação recursal. O que há são decisões imediatamente atacáveis por agravo de instrumento (NCPC, art. 1.015) e outras que se sujeitam, mais remotamente, ao recurso de apelação (art. 1.009, § 1º)."

56 Segundo BELEZA, Maria dos Prazeres Pizarro. *Notas sobre o novo regime dos recursos no Código de Processo Civil*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, Caderno I, 2ª ed. 2013. Disponível em: <http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/ProcessoCivil/Caderno_I_Novo%20_Processo_Civil_2edicao.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2020, A irrecorribilidade dá "*efectividade aos poderes de condução do processo, em grande medida inutilizados se todos os actos forem susceptíveis de impugnação.*" No mesmo sentido, GERALDES, António Santos Abrantes. *Recursos no Novo Código de Processo Civil*. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 69: "*A experiência tornou claro que a atribuição ao juiz daqueles poderes não era compatível com a manutenção da possibilidade de impugnação de toda e qualquer decisão, ainda que de natureza puramente instrumental. Ao efectivo reforço dos poderes do juiz não bastava acrescentar o poder ou o dever de tomar iniciativas, já que, em grande parte, a utilidade dessas e de outras medidas saía frustrada, como se verificou, se não fossem introduzidas modificações substanciais em matéria de recursos*."

57 GERALDES, António Santos Abrantes. *Recursos no Novo Código de Processo Civil*. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2017. O autor afirma que, em Portugal, *"a opção pela decisão individual e sumária do relator é aplicada menos vezes do que aquelas que a realidade tornaria possível*" e aponta, como um dos fatores da resistência, "*a ideia de que a*

código brasileiro, medida que por um lado representa aumento da produtividade e da celeridade[58], e, de outro, quebra o princípio da colegialidade, presente no âmbito recursal dos dois sistemas[59].

Outro traço comum é o julgamento imediato do mérito pelos tribunais de segunda instância, em mitigação do duplo grau de jurisdição. Em Portugal, o julgamento imediato do mérito é previsto nos artigos 662º e 665º, 2; com a particularidade de ser aplicável ainda que a causa não esteja madura, podendo o tribunal repetir ou admitir prova nova[60]. A anulação do processo é vista como última opção[61].

---

singularidade da decisão contém em si um factor de desvalorização, como se a intervenção de um órgão colegial determinasse, por si, uma mais-valia que naquela esteja ausente." (p 257).

58 Fernanda Medina Pantoja e Leslie Shérida Ferraz, por meio de pesquisa empírica, apuraram que os julgamentos monocráticos no período analisado, no TJRJ, representaram 40% do total de julgamento das decisões. Ainda, apuraram que apenas um terço dessas decisões são recorridas ao órgão colegiado, mas, mesmo assim, tiveram a tramitação mais rápida, sintetizando que *"o julgamento singular é três vezes mais célere que o colegiado; e a soma do tempo da decisão monocrática e do agravo interno também é cerca de 30% menor que o tempo de produção de um acórdão.*" Cf. PANTOJA, Fernanda Medina; FERRAZ, Leslie Shérida. *Julgamento singular e agravo interno: uma análise empírica.* Revista de Processo. Vol. 211/2012, p. 61-100, set/2012.

59 A respeito da constitucionalidade de atribuir ao relator competência para julgamento monocrático, MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Processo de Conhecimento. Vol. II. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007; entendem que *"nenhuma restrição existe a que se confira ao relator - desde que este também é um dos órgãos do tribunal - poderes para julgar, monocraticamente, qualquer espécie de recurso. Inexiste qualquer lesão ao princípio do juiz natural nessa prática, sendo absolutamente incensurável do ponto de vista constitucional."* (p. 585). Por sua vez, DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal.* Vol. III. 15ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 67, registram que "*O julgamento unipessoal de mérito, pelo relator, deve ser considerado, portanto, como hipótese excepcional, que foge à regra da colegialidade das decisões em tribunal.*"

60 GERALDES, António Santos Abrantes. *Recursos no Novo Código de Processo Civil.* 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 274: "*(....) admite-se ainda a produção de novos meios de prova em casos de dúvida fundada sobre a prova realizada em 1ª instância, medida que, sem custos excessivos, pode servir para firmar a convicção mais segura sobre determinado facto controvertido, designadamente quando para tal baste a apreciação de algum documento cuja junção pudesse ser oficiosamente decretada ou a realização de alguma perícia."*

61 BELEZA, Maria dos Prazeres Pizarro. *Notas sobre o novo regime dos recursos no Código de Processo Civil.* Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, Caderno I, 2ª ed. 2013. Disponível em: <http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/ProcessoCivil/Caderno_I_Novo%20_Processo_Civil_2edicao.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2020: "*A anulação tem de ser considerada uma solução 'de último recurso', pelas evidentes perturbações que causa,*

O julgamento imediato do mérito, no Brasil, é previsto nos parágrafos 3º e 4º do artigo 1.013 do CPC. Estando a causa em condições de julgamento, o tribunal deve julgar o mérito quando: reformar sentença fundada no art. 485 (extinção sem resolução de mérito); decretar a nulidade da sentença por não ser ela congruente com os limites do pedido ou da causa de pedir; constatar a omissão no exame de um dos pedidos, hipótese em que poderá julgá-lo; decretar a nulidade de sentença por falta de fundamentação; afastar prescrição ou decadência[62].

Há previsões no sistema português, sem correspondentes no Brasil, destinadas a desestimular a interposição de recursos e acelerar a tramitação do processo, como: a renúncia antecipada de recursos por ambas as partes (artigo 632º)[63]; o ajuste do recurso *per saltum* (artigo 678º), quando as partes podem suprimir a segunda instância e recorrer do primeiro grau diretamente ao Supremo Tribunal de Justiça; a regra da dupla conforme (artigo 671º) que torna irrecorrível ao tribunal superior a causa que for confirmada, em segunda instância, sem fundamentação essencialmente diferente da decisão de primeira instância.

Outro ponto de destaque no sistema português é o trânsito em julgado após o esgotamento da instância ordinária[64] (artigo 628º),

---

sobretudo quando implica repetição da prova."

62 DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal.* Vol. III. 15ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 231: *"A regra é, na verdade, consagradora dos princípios da primazia da decisão de mérito (art. 4º do CPC) e da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, CF/1988; art. 4º, CPC).*"

63 Apesar de não haver uma previsão específica para a fase recursal, há entendimento da doutrina brasileira no sentido da possibilidade de renúncia prévia ao recurso, por meio de negócio jurídico processual, nos termos dos artigos 190 e 200 do CPC. Nesse sentido, DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal.* Vol. III. 15ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 129 e ss.

64 Vale lembrar que está em discussão, no Congresso Nacional brasileiro, proposta de emenda à constituição - PEC 199/2019 – que propõe fixar o trânsito em julgado após decisão de segunda instância. O acesso aos tribunais superiores e ao Supremo Tribunal Federal se daria após o trânsito em julgado, por meio de ação revisional. (Cf. <https://

registrando-se que lá a instância ordinária se estende ao julgamento do recurso de revista pelo Supremo Tribunal de Justiça; o que seria equivalente ao julgamento do recurso especial pelo Superior Tribunal de Justiça no Brasil.

Têm-se, também, instrumentos do sistema brasileiro sem equivalentes em Portugal. O primeiro deles é o estabelecimento de precedentes vinculantes[65], primeiro por meio das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade, depois por meio das súmulas vinculantes aprovadas pelo STF e, por fim, de forma ampla, os precedentes firmados pelos tribunais, inclusive tribunais de segunda instância, conforme artigos 926 e seguintes do CPC. O sistema de precedentes promove uniformidade do entendimento jurisprudencial e proporciona previsibilidade e segurança jurídica, contribuindo para se evitar o ajuizamento de demandas e o recurso a instâncias superiores[66].

www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2229938>)

65 A legislação portuguesa não prevê a vinculação das decisões judiciais a outros processos, mas a doutrina e a jurisprudência têm admitido vinculação no caso de decisão da Corte Constitucional que reconheça a inconstitucionalidade de lei. Não há vinculação na declaração de constitucionalidade, nem da de improcedência da ação de inconstitucionalidade. Cf. GOMES, Guilherme Brandão; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *A vinculação do juiz cível português às decisões proferidas pelo tribunal constitucional em sede de fiscalização abstrata da constitucionalidade: notas comparativas com o direito brasileiro*. Revista de Processo. vol. 295/2019. p 353-373. set. 2019.

66 THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. *Impactos da Constituição Federal na evolução do processo civil. In*: BELMONTE, Alexandre Agra *[et al.].* 30 anos da CF e o direito brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Os autores destacam que o legislador brasileiro procurou seguir a linha da doutrina francesa, de instituir uma *"política jurisprudencial*" e que a jurisprudência íntegra, estável e vinculante constitui *"importante ferramenta para contribuir para melhorar a gestão da litigiosidade no país.*" (p. 323). Sobre o efeito desjudicializante dos precedentes, registram FRANCO, Marcelo Veiga; LEROY, Guilherme Costa. *O efeito desjudicializante dos precedentes judiciais no Código de Processo Civil de 2015.* Revista de Processo. Vol. 267/2017, p. 171-194, maio/2017: "*A partir da construção histórica e institucional de interpretações estáveis e que transmitam confiança ao jurisdicionado, a cultura litigante também poderá se modificar. O CPC/2015 (LGL\2015\1656) introduz diversas técnicas que desestimulam o ajuizamento e a manutenção de ações quando já existe precedente sobre o caso. Dessa forma, espera-se que a postura de respeito à obra coletiva de interpretação dos tribunais por parte dos operadores do Direito possa refletir também na sociedade. As normas gerais da teoria dos precedentes poderão até permear as relações sociais sem que exista direta interferência legal ou jurisdicional, constituindo efeito desjudicializante ou extraprocessual, especialmente nos processos de massa repetitivos."*

Outro instrumento destinado a otimizar o julgamento das causas é o incidente de resolução de demandas repetitivas (artigo 976 e seguintes do CPC), cabível quando houver efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito e risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

Admitido o incidente, o relator suspenderá os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou na região e, uma vez julgado o caso pelo órgão colegiado, a tese jurídica será aplicada a todos os processos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal. A tese jurídica também assume feição vinculante aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, até ulterior revisão da tese[67].

Em um cenário de litigância de massa, converge para o princípio da eficiência o estabelecimento de formas de tratamento das demandas repetitivas, o que deve se dar, por óbvio, em respeito às garantias constitucionais do processo, assegurando ao mesmo tempo a efetividade e a legitimidade da prestação jurisdicional.

6. CONCLUSÃO

Percebe-se que, diante de problemas similares, Brasil e Portugal adotaram algumas medidas comuns, apostando no aprimoramento da gestão processual como o caminho para melhorar a eficiência do serviço de justiça. Há algumas particularidades: enquanto Portugal dedicou-se a uma reforma mais ampla na estruturação do Poder Judiciário, Brasil foi mais arrojado na legislação, oferecendo mais

67 THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 449-450: *"É evidente que o IRDR deverá ser levado a sério pelos tribunais de justiça e tribunais regionais federais de modo que a nova técnica auxilie na melhoria quantitativa e, especialmente, qualitativa de seus julgamentos, uma vez que o CPC/2015 cria pressupostos normativos interpretativos que imporão, em definitivo, a necessidade do respeito a uma teoria normativa da comparticipação (cooperação) tendo o contraditório como influência, e não surpresa como base."*

mecanismos no sentido de contribuir para a aceleração do trâmite do processo e aumento da produtividade dos órgãos judiciais no julgamento das causas, especialmente no âmbito recursal.

Ainda é cedo para dizer qual das medidas é a mais acertada em termos de eficiência processual, ou se ambas terão os resultados esperados. Contudo, já se observam das estatísticas recentes sinais de melhora no desempenho do Poder Judiciário.

Em Portugal, os dados mostram uma desaceleração do ritmo de aumento do congestionamento de processos a partir do ano de 2016, indicando uma tendência de inversão a curto prazo, com volume de processos julgados superior ao de admitidos[68].

No Brasil, a partir do ano de 2017, o número de processos baixados supera o número de processos novos, com destaque para o desempenho do ano de 2019, em que a produtividade do Poder Judiciário foi recorde, com redução de um milhão e meio de processos do acervo[69].

Conclui-se que o conjunto de medidas para uma melhor gestão processual apresenta resultados positivos nos dois países, do ponto de vista do aumento da produtividade e consequente redução do acervo de processos.

Pondera-se, contudo, sobre a necessidade de atenção constante, de modo que a pressão e o entusiasmo pelos números não sobreponham à qualidade e à justiça em cada caso julgado. A melhoria da produtividade deve ocorrer sem prejuízo da qualidade, na linha da boa administração da justiça.

68 Nesse sentido, estatística publicada pelo Ministério da Justiça de Portugal: PORTUGAL. Ministério da Justiça. Dados e estatísticas. Disponível em: <https://partilha.justica.gov.pt/Transparencia/Dados-e-Estatisticas>. Acesso em: 16 set. 2020.

69 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em: 16 set. 2020.

7. REFERÊNCIAS

ANDRADE, Érico: Gestão Processual Flexível, Colaborativa e Proporcional: cenários para implementação das novas tendências no CPC/2015. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, n. 76, p. 183-212, jan./jun. 2020.

ANDRADE, Érico. As novas perspectivas do gerenciamento e da "contratualização" do processo. Revista de processo, v. 193, p. 167-200, mar., 2011.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O problema da duração dos processos: premissas para uma discussão séria. In: Temas de Direito Processual Civil, 9ª série. São Paulo: Saraiva, 2007.

BELEZA, Maria dos Prazeres Pizarro. Notas sobre o novo regime dos recursos no Código de Processo Civil. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, Caderno I, 2ª ed. 2013. Disponível em: <http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/ProcessoCivil/Caderno_I_Novo%20_Processo_Civil_2edicao.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2020.

BERIZONCE, Roberto O. Bases para Actualizar el Código Modelo Procesal Civil para Iberoamerica. Revista de Derecho Themis: Lima. p. 185-197. Dezembro de 2010. Disponível em: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/download/9128/9539>. Acesso em 14 set. 2020.

BIAVATI, Paolo. Flessibilità, semplificazione e gestione del processo civile: la prospettiva italiana. In: ZUFELATO, Camilo [et al.] (Coord.). I Colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil. Salvador: Juspodivm, 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 jul. 2020.

BRASIL. Emenda Constitucional 45, de 8 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD-31DEZ2004SUP_A.pdf#page=3>. Acesso em: 13 jul. 2020.

BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/507525/CPC%202015.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 13 jul. 2020.

CADIET Loic. Perspectivas sobre o sistema da justiça civil francesa – Seis lições brasileiras. MITIDIERO, Daniel [et al.] (trad.); MARINONI, Luiz Guilherme [et al.] (Coord.). e-book. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

CHIARLONI, Sérgio. Uma perspectiva comparada da crise na justiça civil e dos seus possíveis remédios. Revista de processo, v. 228/2014, p. 325 - 338, set., 2014.

COELHO, Nuno. Gestão dos Tribunais e Gestão Processual. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2015. Disponível em: <http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/outros/Gestao_Tribunais_Gestao_Processual.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2020.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Etica e tecnica del giusto processo. Milão: G. Giappichelli, 2004.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em: 16 set. 2020.

DIAS, João Paulo. A reforma do mapa judiciário: desafios ao Ministério Público no acesso ao direito e à justiça. Revista do Ministério Público 145, p 41-74, Jan./Mar. 2016. Disponível em <https://estudogeral.uc.pt/bitstream/10316/33059/1/A%20reforma%20do%20mapa%20judici%C3%A1rio%20desafios%20ao%20Minist%C3%A9rio%20P%C3%BAblico%20no%20acesso%20ao%20direito%20e%20%C3%A0%20justi%C3%A7a.pdf >. Acesso em: 06 ago. 2020.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal. Vol. III. 15ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

FRANCO, Marcelo Veiga; LEROY, Guilherme Costa. O efeito desjudicializante dos precedentes judiciais no Código de Processo Civil de 2015. Revista de Processo. Vol. 267/2017, p. 171-194, maio/2017.

FRANCO, Marcelo Veiga. Processo Justo: entre efetividade e legitimidade da jurisdição. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

FREITAS, José Manuel Lebre de. A exigência de celeridade e os princípios processuais. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, v. 26, p. 181-194, 2010.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual. São Paulo: Atlas, 2008.

GERALDES, António Santos Abrantes. Recursos no Novo Código de Processo Civil. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2017.

GOMES, Guilherme Brandão; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A vinculação do juiz cível português às decisões proferidas pelo

tribunal constitucional em sede de fiscalização abstrata da constitucionalidade: notas comparativas com o direito brasileiro. Revista de Processo. vol. 295/2019. p 353-373. set. 2019.

GONÇALVES, Gláucio Ferreira Maciel. A organização dos tribunais e a gestão do tempo. In: SILVEIRA, Vladmir Oliveira da [et al.] (Org.). Justiça e (o paradigma da) eficiência: celeridade processual e efetividade dos direitos (recurso eletrônico). Curitiba: Clássica, 2013, v. 3, p. 65-83.

JORDÃO, Eduardo Ferreira; ADAMI, Mateus Piva. Steven Shavell e o preço do processo: Notas sobre uma análise econômica do Direito Processual. In: JORDÃO, Eduardo Ferreira;

DIDIER JR, Fredie (Coord.). Teoria do processo: panorama doutrinário mundial. Salvador: Juspodivm, 2007.

MACHADO, Daniel Carneiro. A ineficácia das reformas processuais diante do uso patológico do Poder Judiciário pelos chamados "litigantes habituais". Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 5166, 23 ago. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/59960>. Acesso em: 20 ago. 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Processo de Conhecimento. Vol. II. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MATOS, José Igreja. A gestão processual: um radical regresso às raízes. Revista Julgar. Nº 10. Coimbra Editora, p. 123-137, 2010. Disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2015/10/123-137-Gest%C3%A3o-processual.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2020.

MENDES, Armindo Ribeiro. As sucessivas reformas do processo civil português. Revista Julgar. nº 16. Coimbra Editora. p. 80-97. 2012.

Disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/07/05-DEBATER-As-sucessivas-reformas-do-Processo-Civil.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2020.

MENDES, Luís Azevedo. Uma linha de vida: organização judiciária e gestão processual nos tribunais judiciais. Revista Julgar. Nº 10. Coimbra Editora, p. 105-122, 2010. Disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2015/10/105-122-Organiza%C3%A7%C3%A3o-judici%C3%A1ria-e-gest%C3%A3o-processual.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2020.

OLIVEIRA, Fernanda Loures de. Judicialização e Desjudicialização na Prática Portuguesa. In: GONÇALVES, Gláucio Ferreira Maciel; ANDRADE, Érico (Coord.); FREITAS, Pedro Augusto Silveira (Org.). Organização Judiciária no direito comparado: Alemanha, Espanha, Estados Unidos da América, França, Grã-Bretanha, Itália e Portugal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

PANTOJA, Fernanda Medina; FERRAZ, Leslie Shérida. Julgamento singular e agravo interno: uma análise empírica. Revista de Processo. Vol. 211/2012, p. 61-100, set/2012.

PEIXOTO, Juliene de Souza. A gestão processual como mecanismo de efetividade e de eficiência. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Civilísticas). Universidade de Coimbra, 2016. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/42453/1/Juliene%20Peixoto.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2020.

PEREIRA, Manuel Coutinho; WEMANS, Lara. Produtividade na justiça cível em Portugal: Uma questão incontornável num sistema congestionado. Disponível em: < https://www.bportugal.pt/sites/default/files/anexos/papers/ree201701_p.pdf >. Acesso em: 04 ago. 2020.

PINTO, Júnior Alexandre Moreira. O regime processual experimental português. Revista de Processo, v. 148, p. 169-180. jun. 2007.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL – PUC-RS. Demandas judiciais e morosidade da justiça cível. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/relat_pesquisa_pucrs_edital1_2009.pdf>. Acesso em: 04 ago. 2020.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa, de 2 de abril de 1976. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 13 jul. 2020.

PORTUGAL. Lei 41, de 26 de junho de 2013. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1959&tabela=leis>. Acesso em: 02 ago. 2020.

PORTUGAL. Ministério da Justiça. Dados e estatísticas. Disponível em: <https://partilha.justica.gov.pt/Transparencia/Dados-e-Estatisticas>. Acesso em: 16 set. 2020.

RAGONE, Álvaro Pérez. La revalorización de la eficaccia y eficiencia em la justicia civil a la luz del gerenciamiento del proceso. In: SIMONS, Adrian [et al.] (Coord.). Estudos em Homenagem a Ada Pellegrini Grinover e José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

RAMOS, Vera Leal. O princípio da gestão processual:Vertente formal e material do princípio. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Civilísticas). Universidade de Coimbra, 2017. Disponível em: <https://eg.uc.pt/bitstream/10316/85946/1/Tese%20Completa.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2020.

SOUSA, Miguel Teixeira de. Apontamento sobre o princípio da gestão processual no novo Código de Processo Civil. Disponível em:

<https://www.academia.edu/5187428/TEIXEIRA_DE_SOUSA_M_Apontamento_sobre_o_princ%C3%Adpio_da_gest%C3%A3o_processual_no_novo_C%C3%B3digo_de_Processo_Civil_10_2013**_>.** Acesso em: 20 jul. 2020.

TARUFFO, Michele. Oralidad Y escritura como factores de eficiencia em el proceso civil. In: CARPI, Federico [et al.] (Coord.). Oralidad Y escritura em um proceso civil eficiente. Universitat de València, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. Impactos da Constituição Federal na evolução do processo civil. In: BELMONTE, Alexandre Agra [et al.]. 30 anos da CF e o direito brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. Novo CPC – Fundamentos e sistematização. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. vol. I. 60ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. vol. III. 50ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS. TJDFT economiza mais de 3 milhões de folhas de papel após implementação do Pje. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2017/junho/tjdft-economiza-3-milhoes-de-folhas-de-papel-apos-implementacao-do-pje-nos-juizados-civeis-de-brasilia>. Acesso em: 25 set. 2020.

WOLKART, Erik Navarro. Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

ZUFELATO, Camilo. Flexibilização procedimental e gestão processual no direito brasileiro. In: ZUFELATO, Camilo [et al.] (Coord.). I Colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil. Salvador: Juspodivm, 2015.

ARBITRABILIDADE OBJETIVA: perspectivas do Direito Brasileiro e Português

Marina Leal Galvão Maia
Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais.
Advogada. marinalealgmaia@gmail.com

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo tratar da arbitrabilidade objetiva no Direito Brasileiro. Para tanto, se fará breve análise do panorama atual da arbitragem no Brasil e, posteriormente, se recorrerá ao Direito Português que, há quase uma década, modificou o critério de arbitrabilidade objetiva disposto em lei. Também se analisará, de maneira geral, algumas características dos tipos de arbitragem e da legislação aplicável existentes em Portugal. Em seguida, se tratará especificamente sobre a arbitrabilidade objetiva no Brasil e, por fim, algumas considerações sobre os critérios da arbitrabilidade objetiva e a expansão da arbitragem no Direito Brasileiro serão apresentadas.

Palavras-chave: Arbitragem. Arbitrabilidade. Direitos indisponíveis e patrimoniais.

Sumário: 1 Introdução; 2 Panorama atual da arbitragem no Brasil; 3 Arbitragem em Portugal; 4 Arbitrabilidade objetiva no Direito Brasileiro; 5 Arbitrabilidade objetiva: o que pode ser?; 6 Conclusão; 7 Referências

1. INTRODUÇÃO

É inegável o incentivo ao uso dos métodos "alternativos"[1] de resolução de conflitos no Direito Brasileiro. O Código de Processo Civil

1 Apesar das críticas ao uso da expressão "métodos alternativos", escolheu-se usar esta expressão e não "métodos extrajudiciais" ou "métodos adequados", pois esta, inclui, também, o sistema judiciário – por ser este o método mais adequado em algumas

de 2015 ("CPC/15"), por exemplo, traz expressamente em suas normas fundamentais que, sempre que possível, o Estado promoverá a solução consensual de conflitos[2]. Para tanto, prevê a realização de audiência prévia de mediação e conciliação, salvo na hipótese de recusa de ambas as partes[3]. Fora dos métodos autocompositivos, o CPC/15 também reconhece, mais uma vez expressamente, a possibilidade de as partes submeterem seus litígios à arbitragem[4].

Tais incentivos representam um movimento à adequação do método ao conflito. Segundo Mauro Cappelletti e Bryant Garth, ainda em 1978, a terceira onda de acesso à justiça – seguindo a assistência judiciária para os hipossuficientes[5] e a representação dos interesses difusos[6] – seria a adequação do método ao litígio para sua resolução, devendo ser utilizados, para tanto, além do judiciário, métodos alternativos de resolução de conflitos[7]. A adequação do método se mostra relevante à atividade de gestão processual, pois é mais fácil

situações –, e aquela por prever apenas métodos fora da esfera judicial, contudo, vê-se o incentivo também na esfera judicial, como o uso da mediação e conciliação judiciais.

2 Brasil. Lei n. 13/105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.
(...)
§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

3 Brasil. Lei n. 13/105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Art. 334, CPC/15.

4 Brasil. Lei n. 13/105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.
§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

5 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça*. Revista de Processo, São Paulo, ano 19, n. 74, abr/jun 1994, pp. 82-97, p. 91.

6 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça*, Revista de Processo, São Paulo, ano 19, n. 74, abr/jun 1994, pp. 82-97, p. 89.

7 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça*, Revista de Processo, São Paulo, ano 19, n. 74, abr/jun 1994, pp. 82-97, p. 71. No mesmo artigo, Mauro Cappelletti reforça essa noção ainda em outra oportunidade: "Conforme antes mencionado, a procura de alternativas representou aquilo que o Prof. Bryan Garth e eu denominamos de "terceira onda" no movimento de acesso à Justiça"., p. 89.

gerir bem um conflito cujo método escolhido é o melhor para aquele litígio. Ademais, com um conhecimento de qual método poderia ser mais adequado, podem haver conflitos que deixam de ser levados ao judiciário e são submetidos aos métodos autocompositivos ou mesmo à arbitragem. Por fim, importa notar que tanto a ideia de adequação do método quanto a gestão processual têm um objetivo em comum: a pacificação social.

Dessa forma, se mostra relevante a boa compreensão dos limites e especificidades dos métodos alternativos para sua boa aplicação.

Feitas as considerações acima, aborda-se agora especificamente a arbitragem. Apesar do aduzido no CPC/15, a arbitragem ganhou força no Brasil com a promulgação da Lei 9.307 de 1996 ("Lei de Arbitragem") e com a posterior declaração de constitucionalidade da arbitragem em 2001 no julgamento da SE 5.206-7 pelo Supremo Tribunal Federal[8]. Desde então, tem sido observado um crescimento e uma consolidação do instituto no cenário brasileiro, inclusive, como se verá, com o uso da arbitragem para resolução de conflitos de matérias que, anteriormente, seriam consideradas como inarbitráveis.

É diante dessa expansão do instituto que se questiona qual o escopo objetivo da arbitragem no Direito Brasileiro, ou seja, quais assuntos podem ser submetidos à jurisdição de um Tribunal Arbitral. Aqui, se utilizará das lições da arbitragem no Direito Português que, conforme demonstrado abaixo, passou por alterações em matéria de arbitrabilidade em 2011. Após, ainda que brevemente, será abordado o que temos em matéria de arbitrabilidade objetiva no Direito Brasileiro e o que essa pode vir a ser. Por fim, uma conclusão acerca do exposto, com os cuidados que devem ser tomados pelos operadores do Direito, também será exposta. Contudo, primeiro, será traçado panorama da arbitragem no Direito Brasileiro atual em que serão delineadas algumas premissas para o desenvolvimento do artigo.

8 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SE 5.206-7. Min. Rel. Sepúlvuda Pertence. DJe: 30/04/04. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=345889>. Acesso em 17 de outubro de 2020.

2. PANORAMA ATUAL DA ARBITRAGEM NO DIREITO BRASILEIRO: visão sobre a prática da arbitragem

A arbitragem vem crescendo e tomando destaque para solução de conflitos no ambiente empresarial[9]. Para trazer um panorama atual da arbitragem no Brasil, buscando ir um pouco além do entendimento doutrinário, traz-se aqui alguns números retirados de duas pesquisas feitas nos últimos anos: o Anuário da Arbitragem no Brasil, feito pela CESA em 2017[10] [11] ("Anuário"), e a pesquisa Arbitragem no Brasil, feita pelo Comitê Brasileiro de Arbitragem ("CBAr") em parceria com a Ipsos em 2011[12].

Por serem, usualmente, sigilosos[13], não se pode dizer com precisão o número de procedimentos arbitrais em curso no Brasil em

9 O Estado, atento à necessidade de desenvolver outro foro para a pacificação social e para a solução de controvérsias, patrocinou, na última década, a criação dos Juizados Informais de Conciliação e dos Juizados de Pequenas Causas; após a Constituição de 1988, várias unidades da federação instituíram os juizados especiais cíveis e criminais, tendo como escopo agilizar os processos e facilitar o acesso à Justiça. Agora, é necessário criar um foro adequado às causas envolvendo questões de direito comercial, negócios internacionais ou matérias de alta complexidade, para as quais o Poder Judiciário não está aparelhado. É neste contexto que a arbitragem surge como excelente e insuperável alternativa para a solução de litígios, funcionando ainda para descongestionar os órgãos jurisdicionais estatais, excessivamente sobrecarregados, na esteira do que vem ocorrendo-nos mais diversos países, especialmente europeus e sul-americanos. LEMES, Selma; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro. *Anteprojeto da Lei sobre a Arbitragem no Brasil*. Disponível em: < http://selmalemes.adv.br/artigos/justificativa.pdf >. Acesso em 18 out. 2020.

10 *Anuário da Arbitragem no Brasil 2017*. Publicação promovida pelo Comitê Temática de Arbitragem do Centro de Estudos das Sociedades de Advogados – CESA. Coordenado por Eliane Carvalho e Renato Stephan Grion. Dez/2018. Disponível em: <http://www.cesa.org.br/media/files/CESAAnuariodaArbitragem2017.pdf>. Acesso em 17 out. 2020.

11 Para alguns dos números mais atualizados, refere-se a pesquisa realizada por Selma Lemes referente aos anos de 2017 e 2018. LEMES, Selma. *Pesquisa – 2019. Arbitragem em números e valores*, 2019. Pesquisa disponível em: <http://selmalemes.adv.br/artigos/PesquisaArbitragens2019.pdf>. Acesso em 18 out. 2020.

12 *Pesquisa CBAr – Ipsos*. Disponível em: <http://www.cbar.org.br/PDF/Pesquisa_CBAr-Ipsos-final.pdf>. Acesso em 17 out. 2020. Relatório elaborado por André de Albuquerque Cavalcanti Abbud em nome da Diretoria do CBAr.

13 Com algumas exceções, por exemplo, quanto a procedimentos arbitrais envolvendo a administração pública, conforme expressamente previsto na Lei de Arbitragem. BRASIL, Lei n. 9.307 de 23 de setembro de 1996. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.307%2C%20DE%2023,Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20arbitragem.&text=Art.&text=4%C2%BA%20

determinado ano. Contudo, em consulta a 16 das principais câmaras arbitrais no Brasil, o Anuário verificou que, em 31 de dezembro de 2017, havia pouco mais de 900 procedimentos em curso no país[14]. De início, já se vê que é um número ínfimo comparado aos mais de 80 milhões de processos judiciais em trâmite no Brasil no final do ano de 2017[15]. Parte-se assim para a primeira premissa, a arbitragem – pelo menos, a arbitragem como é utilizada e conhecida hoje – não será um método que ajudará a "desafogar" o judiciário, diminuindo de maneira relevante o número de litígios que são a ele submetidos. Nesse aspecto não se pode falar nem mesmo em uma competição ou concorrência entre os dois métodos.

Normalmente são submetidos à arbitragem litígios mais complexos e de alto valor econômico, conforme também se pode constatar no Anuário[16]. Em algumas câmaras o valor médio dos litígios é de mais de quinhentos milhões de reais, sendo que o valor médio de apenas uma câmara é inferior a dois milhões de reais e, de apenas quatro, inferior a casa dos oito dígitos. O usual alto custo dos procedimentos é uma das causas que explica esses valores encontrados. Em consulta a calculadoras de algumas câmaras[17], se

A%20cl%C3%A1usula%20compromiss%C3%B3ria%20%C3%A9,surgir%2C%20relativamente%20a%20tal%20contrato.>.

Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de eqüidade, a critério das partes.

(...)

§ 3 º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.

14 O detalhamento por câmara pode ser visto na página 6 do Anuário.

15 "O Poder Judiciário finalizou o ano de 2017 com 80,1 milhões de processos em tramitação, aguardando alguma solução definitiva". *Relatório Justiça em Números 2018*, Ano-base 2017, p. 73. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>. Acesso em 17 out. 2020.

16 Conforme página 16 do Anuário.

17 Foram consideradas aqui o CAM-CCBC e a CAMARB, respectivamente a primeira e a quarta câmara que possuíam mais arbitragens em andamento em 31 de dezembro em 2017 segundo o Anuário. Não foram consideradas a CCI e a CIESP, a segunda e a terceira, porque os honorários de árbitro de ambas não são pré-fixados, conforme artigo 3 do Appendix III para a CCI (https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration/#article_c3) e Tabela de Custas para a CIESP (https://www.camaradearbitragemsp.com.br/pt/arbitragem/tabela-custas.html). As calculadoras do CAM-CCBC e da CAMARB estão disponíveis nos seguintes links: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/

verifica que, quanto maior o valor do litígio, menor a proporção das custas[18], sendo que em alguns casos, como de litígios inferiores a trezentos mil, as despesas com o procedimento podem superar até mesmo o montante pleiteado[19]. Dessa forma, quanto maior o valor do litígio, proporcionalmente mais baratas ficam as despesas da arbitragem.

Isso reforça o já acima exposto: não se vislumbra que a arbitragem, pelo menos a princípio, será uma solução para o infame problema de ineficiência e morosidade da justiça estatal. De todo modo, algumas das vantagens da arbitragem justificam sua adequação para determinados conflitos.

Na pesquisa realizada entre o CBAr e o Ipsos, foi questionado aos praticantes quais seriam as principais vantagens da arbitragem. As cinco primeiras seriam, nessa ordem, "*o tempo necessário para ter uma solução definitiva do conflito (...)*"; "*o caráter técnico e a qualidade das decisões"; "a flexibilidade e informalidade do procedimento*"; "*a possibilidade de indicar ou participar da escolha de um árbitro*"; e "*a confidencialidade*". Essas vantagens não fogem do que também é apontado pela doutrina[20]. Assim, toma-se essas vantagens também como premissa para o desenvolvimento do artigo.

arbitragem/tabela-despesas-calculadora-2019/> e <http://camarb.com.br/arbitragem/tabela-de-custas-2019/>. Acesso em 17 de outubro de 2019.

18 Por exemplo, no CAM-CCBC para litígios com valor da causa de (i) R$100.000,00, (ii) R$1.000.000,00, (iii) R$10.000.000,00 e (iv) R$100.000.000,00 as despesas seriam, respectivamente, considerando tanto Tribunal Arbitral e Árbitro Único: (i) R$345.250,00 e R$203.500 (mais de que o triplo e o dobro do valor do litígio); (ii) R$345.250,00 e R$203.500 (cerca de 35% e 20% do valor do litígio); (iii) R$598.000,00 e R$311.800,00 (cerca de 6% e 3% do valor da causa); e (iv) R$1.056.980,00 e R$579.080,00 (aproximadamente, 1% e 0,6% do valor da causa). Na CAMARB, para os mesmos valores considerados acima, as despesas seriam, (i) R$79.969,50 e R$41.249,50 (cerca de 80% e 41% do valor da causa); (ii) R$141.056,91 e R$72.273,96 (cerca de 14% e 7% do valor do litígio); (iii) R$476.694,00 e R$252.548,00 (cerca de 4,8% e 2,5% do valor da causa); e (iv) R$966.609,00 e R$509.178,00 (aproximadamente 1% e 0,5% do valor da causa).

19 No caso de Tribunal Arbitral no CAM-CCBC. Na CAMARB, para disputas de até aproximadamente R$80.000,00 as despesas são iguais ao valor da causa.

20 Cita-se aqui as vantagens apontadas pela doutrina portuguesa que, como se vê, são similares: "Ela tem, de resto, vantagens: a) o carácter mais reservado do respectivo processo; b) a melhor adequação à apreciação dos litígios de especial complexidade (os árbitros podem ser especialistas na matéria controvertida); c) a flexibilização de

Por fim, mas não menos importante, é essencial estabelecer que o árbitro atua como o juiz na solução de determinada controvérsia.

Em se tratando de métodos heterocompositivos, ou seja, que as partes submetem o litígio para a decisão de terceiro, tanto o árbitro como o juiz aplicam o direito da mesma forma[21] (salvo na hipótese em que as partes optam pela arbitragem por equidade, vedada em determinados conflitos como aqueles que envolvem a administração pública[22]). Em outras palavras, o árbitro utilizará as mesmas regras aplicáveis, interpretará o litígio e julgará a demanda de maneira similar ao que ocorre no judiciário[23]. Nesse sentido:

> O papel assumido pelo árbitro envolve tanto a função desempenhada para desenvolvimento do processo arbitral quanto o exercício cognitivo que dá resultado a essa atividade. O árbitro, tal qual o juiz estatal, não é responsável somente pela palavra final acerca de determinada controvérsia, mas dirige o processo desde seu início, adotando as providências necessárias para que tal processo possa atingir sua finalidade: a resposta jurisdicional aos conflitos que integram seu objeto[24].

---

que as partes podem usufruir na escolha de árbitros, de regras processuais, do direito aplicável; d) a celeridade dos casos que lhe são submetidos, porque não entram na lista de espera e porque a respectiva resolução pressupõe formas mais simplificadas de tramitação processual. FONSECA, Isabel Celeste. Arbitragem administrativa: uma realidade com futuro? In: FONSECA, Isabel Celeste (coord.). *A arbitragem administrativa e tributária: problemas e desafios*. 2 Ed. Coimbra: Almedina, 2013, p. 159-178, p. 164.

21 ANDRADE, Érico; MAGALHÃES, Gustavo. *Arbitragem e administração pública: limites e possibilidades de arbitrabilidade nos contratos de concessão*. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 65, 2020, pp. 83-125, p. 93.

22 Conforme expressamente previsto na Lei de Arbitragem:
Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de eqüidade, a critério das partes.
(...)
§ 3 º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.

23 Ressalta-se somente que, diferente do juiz, o árbitro não possui poder de império.

24 MEJIAS, Lucas Britto. *Controle da atividade do árbitro*. Dissertação. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 325f. Orientador: Marcelo José Magalhães Bonício, 2015, p. 11.

Desse modo, ao se escolher submeter determinado conflito à arbitragem, ao invés de ao juízo estatal, as partes não estão abrindo mão ou fazendo qualquer tipo de renúncia de seu direito no plano material. Existe, meramente, uma escolha de se submeter o conflito a outro método, abrindo mão – aí sim – apenas do sistema estatal[25].

Ademais, na arbitragem, assim como em um processo estatal, a preservação do devido processo legal é garantida[26], sendo que a sua violação é hipótese de anulação da sentença arbitral[27]. Cândido Rangel Dinamarco destaca ainda que, por possuir natureza jurisdicional e, consequentemente, estar inserida na teoria geral do processo, deve-se afastar qualquer questionamento acerca da necessidade de a arbitragem estar abrigada sob o "manto do direito processual constitucional", devendo seus institutos serem considerados à luz dos princípios e garantias previstos constitucionalmente[28].

Dessa forma, parte-se para duas outras premissas que guiarão a construção do presente trabalho: o árbitro atua e aplica o direito como o juiz estatal e a arbitragem preserva os princípios do devido processo legal. Em decorrência disso, não se pode considerar que, ao optar

25 "[a]o estabelecerem uma convenção, as partes realizam um verdadeiro *opt out* do sistema de justiça estatal". SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 38.

26 Lei de Arbitragem. Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento.
(...)
§ 2º Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.
Comentando referido artigo, Carlos Alberto Carmona destaca: "Pinçou o legislador, dentre os princípios gerais do processo, aqueles capazes de prestar às partes razoável garantia de um julgamento justo. Exigiu, assim, que fosse respeitado, seja qual for o procedimento que as partes (ou o árbitro) criarem ou escolherem, o princípio do contraditório, o da igualdade, o da imparcialidade do árbitro e o do livre convencimento.". CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo:* Um comentário à Lei n. 9.307/96. 3 Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 298.

27 Lei de Arbitragem. Art. 32. É nula a sentença arbitral se:
(...)
VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei.

28 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 24.

pela arbitragem, haveria uma "renúncia" pelas partes de seu direito material como ocorre, por exemplo, na transação[29].

3. ARBITRAGEM EM PORTUGAL: a arbitrabilidade objetiva no Direito Português

Antes de adentrar propriamente no critério da arbitrabilidade objetiva adotado no Direito Português, o primeiro ponto de atenção, e diferença que se deve destacar, entre a arbitragem deste e a do Direito Brasileiro, é a respeito da legislação. Como se verá, a legislação portuguesa, e as modalidades de arbitragem lá existentes, estão conectadas ao próprio critério de arbitrabilidade objetiva adotado.

No Brasil existe a Lei de Arbitragem e, em alguns diplomas legais esparsos, menções à arbitragem e ao procedimento arbitral. Já no Direito Português, o cenário é um pouco diferente. Eles possuem a Lei de Arbitragem Voluntária[30] ("LAV"), que rege a arbitragem entre particulares e poderia ser comparada à Lei de Arbitragem Brasileira, bem como diversas outras legislações que disciplinam procedimentos arbitrais em determinadas matérias, como o Código de Processo nos Tribunais Administrativos[31], o Código dos Contratos Públicos[32], o

29 BRASIL. Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em 18 out. 2020. Art. 840. É lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas. Código Civil de 2002. "Desde o direito romano, em qualquer das fases em que se procure estudar a evolução desse instituto [transação], o requisito da existência de concessões recíprocas constitui pressuposto, verdadeira condição jurídica (conditio juris) da transação." MALUF, Carlos Alberto Dabus. *A transação no direito civil*, São Paulo: Saraiva, 1985, p. 4.

30 PORTUGAL. Lei n. 63 de 14 de dezembro de 2011. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1579&tabela=leis#:~:text=Aprova%20a%20Lei%20da%20Arbitragem%20Volunt%C3%A1ria&text=S%C3%A3o%20fundamentos%20de%20oposi%C3%A7%C3%A3o%20%C3%A0,da%20Lei%20da%20Arbitragem%20Volunt%C3%A1ria>. Acesso em 18 out. 2020.

31 PORTUGAL. Lei n. 15 de 22 de fevereiro de 2002. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=439&tabela=leis>. Acesso em 18 out. 2020.

32 PORTUGAL. Lei n. 18 de 29 de janeiro de 2008. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2063&tabela=leis>. Acesso em 18 out. 2020.

Decreto Lei n. 10/2011 que trata do Regime Jurídico da Arbitragem em Matéria Tributária[33] e o Código de Trabalho[34]. Ressalta-se que algumas dessas legislações possuem tratamento mais extensivo que outras e, por vezes, é feita referência à LAV para regulação de determinado tema.

E, observando referidos diplomas normativos, nota-se também que há mais de uma modalidade de arbitragem no Direito Português. Além da modalidade voluntária (regida pela LAV), que mais se aproximaria à prática da arbitragem no Brasil, há também as arbitragens necessária e obrigatória. Cita-se, por exemplo, os dispositivos que tratam da admissibilidade das arbitragens obrigatória e necessária no âmbito do Código de Trabalho:

> Artigo 508.º
> Admissibilidade de arbitragem obrigatória
> 1 - O conflito resultante de celebração de convenção colectiva pode ser dirimido por arbitragem obrigatória:
> a) Tratando-se de primeira convenção, a requerimento de qualquer das partes, desde que tenha havido negociações prolongadas e infrutíferas, conciliação ou mediação frustrada e não tenha sido possível dirimir o conflito por meio de arbitragem voluntária, em virtude de má-fé negocial da outra parte, ouvida a Comissão Permanente de Concertação Social;
> b) Havendo recomendação nesse sentido da Comissão Permanente de Concertação Social, com voto favorável da maioria dos membros representantes dos trabalhadores e dos empregadores;

33 PORTUGAL. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1414&tabela=leis&so_miolo=>. Acesso em 18 out. 2020.

34 PORTUGAL. Lei n. 7 de 12 de fevereiro de 2009. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1047&tabela=leis>. Acesso em 18 out. 2020.

> c) Por iniciativa do ministro responsável pela área laboral, ouvida a Comissão Permanente de Concertação Social, quando estejam em causa serviços essenciais destinados a proteger a vida, a saúde e a segurança das pessoas.
> 2 - O disposto nas alíneas b) e c) do número anterior é aplicável no caso de revisão de convenção colectiva.
> Artigo 510.º
> Admissibilidade da arbitragem necessária
> Caso, após a caducidade de uma ou mais convenções colectivas aplicáveis a uma empresa, grupo de empresas ou sector de actividade, não seja celebrada nova convenção nos 12 meses subsequentes, e não haja outra convenção aplicável a pelo menos 50 % dos trabalhadores da mesma empresa, grupo de empresas ou sector de actividade, pode ser determinada uma arbitragem necessária.

Ou seja, vê-se que há determinadas hipóteses em será determinado que o conflito, obrigatoriamente, seja resolvido por meio de arbitragem. Não há, assim, a submissão do conflito de forma voluntária pelas partes ao procedimento arbitral. Sobre a diferença entre a arbitragens voluntária e necessária:

> A arbitragem voluntária, regulada no ordenamento jurídico português pela Lei no 31/86 [atualmente, Lei n. 63/2011], é instituída por vontade dos litigantes, que optam por ela em detrimento da jurisdição do Estado. Todavia, uma vez convencionada a opção pelo tribunal arbitral, as partes ficam obrigadas à sua jurisdição, sob pena da preterição deste tribunal gerar vício de incompetência.
> (...)
> Já a arbitragem necessária, prevista nos artigos 1525-1528 do Código de Processo Civil, é imposta

> pela lei. Nesse caso não há opção, as partes ficam legalmente impedidas de recorrer ao tribunal judicia. A arbitragem necessária está consagrada, por exemplo, no Código das Expropriações (Lei no 168/99) que a prevê no artigo 38o ao determinar que o valor da indenização, quando houver desacordo entre expropriado e expropriante, será fixado por arbitragem[35].

Ressalta-se que a existência de arbitragens necessárias ou obrigatórias é controversa, havendo aqueles que questionam seu próprio enquadramento no instituto da arbitragem[36] e a sua constitucionalidade[37]. Em matéria tributária se observa que os tribunais arbitrais funcionam no âmbito do Centro de Arbitragem Administrativa[38], que possui competência para constituir tribunais arbitrais para decidir quaisquer controvérsias envolvendo matérias jurídico-administrativas[39]. Ou seja, há uma estrutura própria para a resolução desses litígios.

35 CARVALHAL, Ana Paula Z. *A arbitragem administrativa em Portugal*. Revista FMU Direito. São Paulo, ano 24, n. 33, p. 1-18, 2010, p. 4-5.

36 "[a] natureza jurídica da arbitragem necessária, isto é, imposta por lei como o único meio de contencioso suscetível de ser usado, não corresponde à que é própria de uma verdadeira arbitragem" BARROCAS, Manuel Pereira. *Manual de Arbitragem*. 2 Ed. Coimbra: Almedina, 2013, p. 90.

37 "[n]ormas de duvidosa constitucionalidade que acolhem a arbitragem obrigatória e sobretudo a arbitragem definitiva, no domínio da contratação pública." FONSECA, Isabel Celeste. Arbitragem administrativa: uma realidade com futuro? In: FONSECA, Isabel Celeste (coord.). *A arbitragem administrativa e tributária: problemas e desafios*. 2 Ed. Coimbra: Almedina, 2013, p. 159-178, p. 161.

38 Artigo 4.º Vinculação e funcionamento
(...)
2 - Os tribunais arbitrais funcionam no Centro de Arbitragem Administrativa. Decreto n. 10/2011.

39 "Ao abrigo deste preceito, foi autorizado pelo Despacho n. 5097/2009, de 27 de janeiro, do Secretário de Estado da Justiça, a criação do CAAD – Centro de Arbitragem Administrativa, enquanto centro de âmbito nacional e caráter especializado, tendo como objetivo promover a resolução de litígios emergentes de contratos e de relações jurídicas de emprego público – e ainda, nos termos do n. 2 do artigo 3º dos respectivos estatutos, a arbitragem em matéria fiscal." AMORIM, João Pacheco de; SOARES, Bárbara M. Algumas considerações em torno dos Centros de Arbitragem Voluntária institucionalizada e dos respectivos regulamentos arbitrais. FONSECA, Isabel Celeste

Não se tem aqui a pretensão de se esgotar a matéria ou, mesmo, fazer uma análise mais aprofundada acerca da organização e estrutura da resolução de conflitos no Direito Português. A intenção foi meramente pontuar algumas diferenças existentes entre esse sistema e o Direito Brasileiro. Não deixa de se reconhecer aqui que, fora da Lei de Arbitragem, o Brasil também possui legislações específicas esparsas acerca do procedimento arbitral em determinados âmbitos. É o caso, por exemplo, do Decreto n. 10.025/19, que versa sobre a arbitragem para dirimir conflitos envolvendo a administração pública federal nos setores portuário e de transporte ferroviário, aquaviário, rodoviário e aeroportuário, ou até de legislações estaduais, como a Lei n. 19.477/2011 do Estado de Minas Gerais[40] e o Decreto n. 64.356/2019 do Estado de São Paulo[41] que tratam de arbitragens administrativas envolvendo os dois estados.

As escolhas no Direito Português poderiam se justificar diante das especificidades de cada direito material envolvido. Frisa-se que com um aumento do escopo da arbitrabilidade objetiva, matérias que antes não eram arbitráveis passam a ser. Essas, por sua vez, possuem características específicas que devem ser levadas em conta na sua resolução e, portanto, podem merecer tratamento diferenciado[42].

Aqui, desde já, se levantam dois pontos de reflexão que serão melhor abordados abaixo. Primeiro, esses diversos diplomas legais

(coord.). *A arbitragem administrativa e tributária: problemas e desafios*. 2 Ed. Coimbra: Almedina, 2013, p. 203-219, p. 212. Centro de Arbitragem Administrativa – CAAD de Portugal. Disponível em: <https://www.caad.org.pt/caad/apresentacao>. Acesso 18 out. 2020.

40 MINAS GERAIS. Lei Estadual n. 19.477 de 13 de janeiro de 2011. Disponível em:<https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=LEI&num=19477&comp=&ano=2011>. Acesso em 19 out. 2020.

41 SÃO PAULO. Decreto Estadual 64.356 de 31 de julho de 2019. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2019/decreto-64356-31.07.2019.html#:~:text=Artigo%201%C2%BA%20%2D%20Este%20decreto%20disp%C3%B5e,relativos%20a%20direitos%20patrimoniais%20dispon%C3%ADveis>. Acesso em 19 out. 2020.

42 Importante se destacar que não se aduz aqui que a estrutura e a legislação concernente à arbitragem no Direito Português são decorrentes da expansão da arbitrabilidade objetiva no país. Aqui se pontua, apenas, que tal estrutura pode se justificar diante das especificidades de cada matéria e, com eventual expansão da arbitrabilidade em um país, estrutura similar pode ser considerada.

seriam necessários e de fato contribuem para o desenvolvimento da arbitragem em cada uma dessas áreas? E, em segundo lugar, o Brasil poderia caminhar para um tratamento similar com eventual aumento das matérias arbitráveis?

Agora, feitas as considerações acima, sobre o ponto central: a arbitrabilidade objetiva. Como já pode se depreender do acima exposto, a arbitragem pode ser encontrada em conflitos das mais diversas áreas, mesmo aquelas consideradas, tipicamente, inarbitráveis. Em 2011, houve uma alteração do critério de arbitrabilidade prevista na LAV: da disponibilidade[43] do direito para a patrimonialidade *ou* transigibilidade[44]. Isso significa que, antes de 2011, apenas poderiam ser submetidos à arbitragem aqueles conflitos que versavam sobre direitos disponíveis e, agora, quaisquer direitos patrimoniais ou, mesmo direitos que não sejam patrimoniais, mas sejam passíveis de transação, podem ser submetidos à arbitragem. Essa alteração, ressalta-se, já era defendida ainda em 2006:

> Sendo ideia generalizadamente aceite, segundo creio, a da conveniência de se proceder a uma revisão da Lei de Arbitragem Voluntária (Lei n.° 31/86, de 29 de Agosto, adiante designada por "LAV"), em ordem a corrigir e suprir algumas das deficiências e lacunas que tem revelado e a adaptá-la às mais modernas orientações que têm sido consagradas pelas reformas legislativas empreendidas neste

43 Lei n. 31/86. ARTIGO 1.º (Convenção de arbitragem)
1 - Desde que por lei especial não esteja submetido exclusivamente a tribunal judicial ou a arbitragem necessária, qualquer litígio que não respeite a direitos indisponíveis pode ser cometido pelas partes, mediante convenção de arbitragem, à decisão de árbitros.

44 LAV. Artigo 1.º Convenção de arbitragem
1 - Desde que por lei especial não esteja submetido exclusivamente aos tribunais do Estado ou a arbitragem necessária, qualquer litígio respeitante a interesses de natureza patrimonial pode ser cometido pelas partes, mediante convenção de arbitragem, à decisão de árbitros.
2 - É também válida uma convenção de arbitragem relativa a litígios que não envolvam interesses de natureza patrimonial, desde que as partes possam celebrar transacção sobre o direito controvertido.

> domínio, (...) julgo ser pertinente revisitar o critério de determinação dos litígios que podem ser decididos por árbitros, que está consagrado no art. 1.°, n.° 1, da LAV, para verificar se ele constitui o melhor instrumento de que o legislador poderia lançar mão para esse fim[45].

Conclui o autor que o melhor critério a ser adotado seria o da patrimonialidade do direito[46]. O alargamento do domínio da arbitrabilidade adotado em Portugal seria incompatível com o critério de arbitrabilidade anteriormente disposto na LAV, uma vez que estariam sendo submetidos a procedimentos arbitrais conflitos envolvendo direitos comumente considerados indisponíveis[47].

Já aqui cabe destacar que a delimitação de quais matérias podem ser submetidas à arbitragem, ou seja, a delimitação da arbitrabilidade objetiva, possui razões de caráter social, moral ou político, podendo os legisladores reservarem à competência exclusiva do Estado aquelas matérias que julgam necessárias[48].

É por essa razão que, em diferentes países, pode-se encontrar diferentes critérios de arbitrabilidade objetiva. A título exemplificativo, António Caramelo, um dos responsáveis pela LAV de 2011, cita três critérios que são mais comumente encontrados: "o da ligação do litígio com a ordem pública", "o da natureza patrimonial da pretensão" e "o da disponibilidade do direito em causa"[49]. E, sobre cada uma destas, sustenta:

45 CARAMELO, António Sampaio. *A disponibilidade do direito como critério de arbitrabilidade do litígio: reflexões de jure condendo*. Revista da Ordem dos Advogados. Lisboa, a. 66, v. III, p. 1233-1265, dezembro 2006, p. 1233.

46 CARAMELO, António Sampaio. *A disponibilidade do direito como critério de arbitrabilidade do litígio: reflexões de jure condendo*. Revista da Ordem dos Advogados. Lisboa, a. 66, v. III, p. 1233-1265, dezembro 2006, p. 1265.

47 CARAMELO, António Sampaio. *A disponibilidade do direito como critério de arbitrabilidade do litígio: reflexões de jure condendo*. Revista da Ordem dos Advogados. Lisboa, a. 66, v. III, p. 1233-1265, dezembro 2006.

48 PEREIRA, Alexandre Marçal. *O processo arbitral: aspectos gerais no Brasil e em Portugal*. Revista Jurídica Luso-Brasileira, ano 5, n. 2. 2019, p. 871.

49 CARAMELO, António Sampaio. *A disponibilidade do direito como critério de*

A ordem pública deve, pois, ser vista como um limite ao poder decisório dos árbitros e não como um critério de determinação de arbitrabilidade do litígio[50].

***

Pelo que deixo exposto, considero que o critério de patrimonialidade da pretensão é, por um lado, o que permite uma mais fácil identificação de matérias susceptíveis de submissão à arbitragem e, por outro lado, o que possibilita o alargamento máximo, até ao limite de que parece razoável à luz dos valores fundamentais que enformam não só a nossa ordem jurídica mas também as ordens jurídicas estrangeiras que maiores afinidades têm com a nossa[51].

***

O que ficou dito neste número e nos números anteriores, basta, a meu ver, para tornar evidente a inadequação do critério da "disponibilidade do direito" para demarcar o campo da arbitrabilidade[52].

arbitrabilidade do litígio: reflexões de jure condendo. Revista da Ordem dos Advogados. Lisboa, a. 66, v. III, p. 1233-1265, dezembro 2006.

50 CARAMELO, António Sampaio. *A disponibilidade do direito como critério de arbitrabilidade do litígio: reflexões de jure condendo*. Revista da Ordem dos Advogados. Lisboa, a. 66, v. III, p. 1233-1265, dezembro 2006, item 3.

51 CARAMELO, António Sampaio. *A disponibilidade do direito como critério de arbitrabilidade do litígio: reflexões de jure condendo*. Revista da Ordem dos Advogados. Lisboa, a. 66, v. III, p. 1233-1265, dezembro 2006, item 6.

52 CARAMELO, António Sampaio. *A disponibilidade do direito como critério de arbitrabilidade do litígio: reflexões de jure condendo*. Revista da Ordem dos Advogados. Lisboa, a. 66, v. III, p. 1233-1265, dezembro 2006, item 8.

De fato, como será melhor abordado no tópico seguinte, o critério da disponibilidade do direito, ainda adotado no Brasil, gera diversas questões.

Por fim, importa ressaltar que, apesar de poder ser considerada benéfica e até mesmo um avanço[53], ainda há aqueles que criticam a possibilidade da submissão de litígios envolvendo a administração pública à arbitragem, uma vez que a administração não teria o poder de renunciar o direito de acesso ao judiciário, exercendo atos de disposição além da sua alçada[54].

4. ARBITRABILIDADE OBJETIVA NO DIREITO BRASILEIRO: o que é

Aqui, finalmente, serão feitas algumas considerações acerca da arbitrabilidade objetiva no Direito Brasileiro. A Lei de Arbitragem dispõe, logo em seu artigo 1º, que "*as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos*

53 Comentando o projeto da nova LAV, José Miguel Júdice destacava a alteração do critério da arbitrabilidade objetiva e frisava: "Rapidamente se demonstrou que a LAV ficou ultrapassada por essa evolução, desde logo porque não trata – como adiante se explicará mais em detalhe - de alguns dos problemas que se vieram a revelar mais importantes e complexos. Talvez por essa razão o recurso a arbitragens como modo de resolução de conflitos não teve em Portugal a evolução que se veio a encontrar noutras jurisdições, como é o caso do Brasil." JÚDICE, José Miguel. *O Projecto de Nova Lei de Arbitragem Voluntária em Portugal*. Revista Brasileira de Arbitragem, n. 23, Jul/ Ago 2009, p. 240- 246.

54 Na verdade, as convenções de arbitragem são contratos celebrados com base no princípio da autonomia privada. Não é, pois, possível, e compaginável com a defesa do interesse público, e com o princípio da legalidade, ainda mais nas actuais circunstâncias, que a entidade pública contratante renuncie ao recurso jurisdicional. A ser assim, tudo se passa como se o legislador (administrativo) estivesse a renunciar ao direito de acesso ao tribunal, ou seja, abdicaria da defesa de um interesse público de que não pode dispor na situação jurídica em causa. Na verdade, tal exige a titularidade dos poderes de disposição que não pertencem ao agente/entidade que no momento os exerce como mero gestor/administrador. Ao agir dessa forma, vinculando-se, sem recurso, à tutela arbitral necessária, está a dispor sobre interesses gerais, o que viola claramente o princípio da separação de poderes e o Estado de Direito democrático. PALHARES, Ana. Arbitragem e renúncia dos entes públicos ao acesso aos tribunais do Estado. In: FONSECA, Isabel Celeste (coord.). *A arbitragem administrativa e tributária: problemas e desafios*. 2 Ed. Coimbra: Almedina, 2013, p. 41-56, p. 53.

patrimoniais disponíveis"[55]. Já de início se verifica a arbitrabilidade subjetiva (pessoas capazes de contratar) e a arbitrabilidade objetiva (direitos patrimoniais disponíveis).

Como acima mencionado, o critério da disponibilidade gera dúvidas e se mostra problemático por algumas razões. Primeiro, pela indefinição do que seria um direito indisponível[56], pois "*ao conceito de direitos disponíveis podem ser atribuídos tantos significados quantos forem os doutrinadores incumbidos da tarefa*"[57].

A utilização de critério indefinido para determinação de quais litígios seriam arbitráveis, assim, pode gerar dificuldade na atividade dos operadores do instituto, pois gera incerteza de quais matérias poderiam ou não ser submetidas à arbitragem. De todo modo, há algumas que comumente são consideradas indisponíveis. No âmbito do direito privado, mais comumente são citados como direitos indisponíveis alguns dos direitos de família[58], o estado das pessoas[59] e os direitos de personalidade[60]. Já no âmbito do direito público, a esfera dos direitos considerados indisponíveis é significativamente maior, podendo-se citar a indisponibilidade do interesse público[61] que afeta

55 Lei de Arbitragem. Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

56 "A dificuldade de operacionalização do referido critério [da indisponibilidade do direito] encontra-se na ausência de sentido uniforme para as expressões direito disponível e direito indisponível.". DE MATOS, Federico Nunes. *Novas fronteiras da arbitragem aplicável aos litígios da administração pública:* incidência sobre conflitos extracontratuais, especialmente na desapropriação. 2017. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte. Orientado por: Prof. Dr. Florivaldo Dutra de Araújo. p. 177.

57 GONÇALVES, Eduardo Damião. *Arbitrabilidade objetiva.* 2008. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo. Orientado por: Prof. Dr. José Carlos de Magalhães.

58 Pode-se citar as "normas atinentes às relações familiares existenciais". ROSENVALD, Nelson; FARIA, Cristiano Chaves de. *Curso de Direito Civil*, vol. 6, 9 Ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 46. E também "filiação, pátrio poder, casamento". CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*: Comentários a Lei 9.307/96, 3 Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 38.

59 MALUF, Carlos Alberto Dabus. *A transação no direito civil*, São Paulo: Saraiva, 1985, p. 53.

60 BARROS, Ana Lúcia Porto de et al. *O novo código civil comentado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2003, p. 19.

61 TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências

ramos do direito como o tributário[62] e o administrativo[63], cabendo ainda citar a indisponibilidade dos direitos ambiental[64], penal[65], trabalhista[66], bem como dos direitos fundamentais[67].

Fora das dúvidas inicialmente trazidas pelo critério da indisponibilidade em si, questiona-se a própria lógica da restrição. Se, em procedimentos arbitrais, como vista acima, o árbitro atua e julga a demanda como um juiz, aplicando o direito da mesma forma, não há que se falar em disposição do direito material. Repisa-se, há meramente a disposição do Estado como o responsável pela resolução daquele conflito.

É por isso que, para alguns, deve-se interpretar o critério da disponibilidade não como a disponibilidade do direito material, mas a disponibilidade de se dispor da jurisdição estatal. Em outras palavras, matérias que não são de jurisdição necessária poderiam ser submetidas à arbitragem.

---

processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitória). In: ZANETTI JÚNIOR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord.). *Justiça multiportas*: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos. 2 Ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 275-297, p. 276. BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transações Administrativas*: um contributo ao estudo do contrato administrativo (...) no contexto de uma administração pública mais democrática, São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 509.

62 FERNANDES, Regina Celi Pedrotti Vespero. Art. 171. In: FREITAS, Vladimir Passos de (coord.). *Código Tributário Nacional Comentado*. 6 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 820.

63 BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, 15 Ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 65.

64 BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transações Administrativas*: um contributo ao estudo do contrato administrativo (...) no contexto de uma administração pública mais democrática, São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 518.

65 PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido na teoria do delito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. Sobre a indisponibilidade da ação penal: TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Prática de Processo Penal*, 30 Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 139.

66 Princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas ou da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas. GODINHO DELGADO, Maurício. *Curso de Direito do Trabalho*, 16 Ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 217.

67 FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madri: Editorial Trotta, 2001, p. 32.

Eduardo Talamini que, nesse sentido, diferencia a renúncia ao próprio direito material e à jurisdição estatal, traz: "*portanto, ao se submeter uma pretensão ao juízo arbitral não se está renunciando a ela, não se está abrindo mão do direito material que eventualmente existe. Apenas se está abdicando do direito de obter do Judiciário a solução para a questão*"[68]. E frisa, ainda: "*cabe arbitragem toda vez que a matéria envolvida for do tipo que possa ser resolvida pelas próprias partes, independentemente de ingresso em juízo*."[69]. Assim, entende que sempre que as partes podem compor, sem a intervenção de terceiro, sobre determinado litígio, caberia a arbitragem.

No mesmo sentido, Carlos Alberto Carmona, um dos autores da Lei de Arbitragem:

> "São arbitráveis, portanto, as causas que tratem de matérias a respeito das quais o Estado não crie reserva específica por conta do resguardo dos interesses fundamentais da coletividade, e desde que as partes possam livremente dispor acerca do bem sobre que controvertem. Pode-se continuar a dizer, na esteira do que dispunha o Código de Processo Civil (art. 1.072, revogado), que são arbitráveis as controvérsias a cujo respeito os litigantes podem transigir."[70]

Diante desse entendimento, há uma aproximação entre os critérios da disponibilidade, transigibilidade e patrimonialidade.

68 TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitória). In: ZANETTI JÚNIOR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord.). *Justiça multiportas*: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos. 2 Ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 275-297, p. 289.

69 TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitória). In: ZANETTI JÚNIOR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord.). *Justiça multiportas*: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos. 2 Ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 275-297, p. 289.

70 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*: Um comentário à Lei n. 9.307/96. 3 Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 39.

Se o critério da disponibilidade é processual, e não material, e cabe arbitragem toda vez que as partes podem elas próprias solucionarem o conflito, aproxima-se da transação, cujo escopo objetivo é "direitos patrimoniais de caráter privado"[71]. Não apenas isso, pois, se não há disposição de direitos (como ocorre na transação, que, como visto acima, pressupõe a concessão ou renúncia reciproca), qualquer conflito de natureza patrimonial – que não trate de matéria em que há reserva de jurisdição do Estado – seria arbitrável.

Com isso, o critério de arbitrabilidade objetiva do Direito Brasileiro se aproxima muito mais do português do que inicialmente pode-se perceber.

Não obstante, o critério da disponibilidade ainda traz dúvidas e a interpretação acima não é pacífica. A disponibilidade do direito faz surgir questões acerca de normas imperativas e ordem pública[72], a própria disponibilidade material do direito[73]. Contudo, conforme apontado por Érico Andrade e Gustavo Magalhães, tratando do contexto italiano, essas são searas que não devem se confundir:

> Por conseguinte, como deixa claro a doutrina italiana, sendo o único limite a disponibilidade/indisponibilidade do direito o critério para admissão ou não da arbitrabilidade da controvérsia no âmbito do direito administrativo, não se

71 Código Civil de 2002. Art. 841. Só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação.

72 A disponibilidade está presente nos direitos sobre os quais haja liberdade de contratar, isto é, sobre os quais não exista lei imperativa incidente. A ideia de lei imperativa está relacionada ao conceito de ordem pública. Assim, à primeira vista, só poderia ocorrer arbitragem quando não incidissem normas de ordem pública que afastassem o conflito em análise da apreciação dos árbitros. EIZIRIK, Nelson. Arbitrabilidade objetiva nas sociedades anônimas e instituições financeiras. In: CASTRO, Rodrigo Rocha Monteiro de (Coord.); ARAGÃO, Leandro Santos de (Coord.). *Direito societário*: desafios atuais. São Paulo: Quatier Latin, 2009. p. 31-44, p. 33.

73 As partes devem ser capazes, e o objeto da disputa deve adstringir-se a questões relativas a direitos patrimoniais e disponíveis. Assim, tratando-se a questão unicamente sobre direitos não patrimoniais, ou indisponíveis, ou sendo qualquer das partes incapaz, não se admitirá a arbitragem. FINKELSTEIN, Cláudio. *A questão da arbitrabilidade*. Revista Brasileira de Arbitragem v. 4, n. 13, jan./mar., 2007, p. 24–30, p. 24.

> pode confundir ou misturar, como ocorre com frequência, a análise do tema da arbitragem com outro critério classificatório, da derrogabilidade ou não das normas aplicáveis ou do "setor" do ordenamento jurídico em que inserida a "matéria" controversa.
>
> Com efeito, as normas inderrogáveis não podem ser afastadas pela vontade das partes, mas daí não decorre impedimento para dispor das situações jurídicas: uma vez aplicadas as normas inderrogáveis, o resultado da sua aplicação pode constituir direito disponível, de caráter patrimonial, e, por isso, arbitrável. Em outras palavras, as normas indisponíveis traduzem um limite ao poder negocial das partes, que não podem afastar a aplicação de tais normas, mas a aplicação antecedente de tais normas a uma situação concreta não impede a arbitragem, já que o resultado de tal aplicação pode traduzir direitos patrimoniais disponíveis[74].

De todo modo, não se pode deixar de questionar: uma modificação expressa do critério de arbitrabilidade objetiva na Lei de Arbitragem seria benéfica para maior certeza envolta do instituto? Principalmente considerando, como será abordado abaixo, os recentes desenvolvimentos que verdadeiramente expandem o escopo "tradicional" de arbitrabilidade.

5. ARBITRABILIDADE OBJETIVA NO DIREITO BRASILEIRO: o que poderia ser

É inegável que o escopo das matérias arbitráveis no Direito Brasileiro vem aumentando com o passar do tempo. Apesar de já

74 ANDRADE, Érico; MAGALHÃES, Gustavo. *Arbitragem e administração pública: limites e possibilidades de arbitrabilidade nos contratos de concessão*. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 65, 2020, p. 83-125, p. 85-86.

existirem procedimentos a envolvendo antes da reforma da Lei de Arbitragem de 2015, esta positivou a possibilidade de a Administração Pública participar de procedimentos arbitrais[75]. Apesar de ter sido vetada do projeto de lei aprovado[76], a possibilidade de arbitragem trabalhista foi reanimada com a reforma da Consolidação das Leis do Trabalho de apenas dois anos depois[77]. Mais recentemente, tem-se projeto de lei que trata da arbitragem tributária[78]. Além desses, já há discussões e trabalhos que estudam a possibilidade de arbitragem em outras áreas como direito concorrencial[79] e ambiental[80].

A arbitragem coletiva também já é realidade no Brasil, sendo matéria de intenso debate no âmbito das companhias abertas[81].

Diante dessa expansão, em áreas das mais diversas, é de se questionar se as arbitragens "setoriais" demandariam legislações

75 Lei de Arbitragem. Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.
§ 1o A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

76 BRASIL. Mensagem n. 162, de 26 de maio de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Msg/VEP-162.htm>. Acesso em 19 out. 2020.

77 BRASIL. Decreto-Lei n. 5.453 de 1º de maio de 1943 (Consolidação das Leis do Trabalho). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Art. 507-A. Nos contratos individuais de trabalho cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, poderá ser pactuada cláusula compromissória de arbitragem, desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa, nos termos previstos na Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm

78 BRASIL. Projeto de Lei n° 4257, de 2019. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137914>. Acesso em 19 out. 2020.

79 MAGALHÃES JÚNIOR, Danilo Brum. *Arbitragem e Direito Concorrencial*: a arbitragem com método para a resolução de disputas privadas que envolvam matéria concorrencial. Dissertação. Porto Alegre: Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. 196f. Orientador: Prof. Dr. Luciano Benetti Timm, 2018.

80 LIMA, Bernardo Silva De. *A Arbitrabilidade do Dano Ambiental e o seu Ressarcimento*. Dissertação. Salvador: Universidade Federal da Bahia. 174f. Orientadora: Profa. Dra. Paula Costa e Silva, 2009.

81 GODOY, Luciano de Souza; ZAMARIOLA JÚNIOR, Ricardo; BOSONI, Gustavo de Oliveira Navarro. Class action arbitral? Novo capítulo para a arbitragem brasileira. Jota, 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/class-action-arbitral-novo-capitulo-para-a-arbitragem-brasileira-22052019>. Acesso em 19 out. 2020.

específicas como ocorre em Portugal. Também não se deve perder de vista quais as características de cada uma dessas possíveis modalidades de arbitragem e, porque não, como elas se relacionam com as principais qualidades dos procedimentos arbitrais vistas acima. Haveria o risco de essas qualidades se perderem com uma disseminação desenfreada do instituto?

Uma das principais qualidades mencionadas – o sigilo –, por boa razão, não é acolhido em arbitragens com a administração pública.

Mas poderia haver um cenário em que há um enrijecimento do procedimento arbitral? Criação de lista de árbitros que poderiam atuar em litígios envolvendo determinada matéria ou a exigência de uma formação mínima? A criação de câmaras arbitrais específicas com custas mais baratas e que, portanto, podem administrar um número maior de procedimentos? Haveria o risco de os árbitros constantes da lista ficarem assoberbados pelo número de demandas e, consequentemente, não conseguirem mais ser tão céleres e/ou produzirem decisões de qualidade inferior?

Nesse cenário, os motivos que levam à escolha da arbitragem como método se perdem. É por isso que aqui se frisa, novamente, a noção de método adequado ao litígio. Não é porque determinado método funciona bem para alguns casos que deverá ser replicado para os demais.

Não se está aqui adotando posição contrária à expansão da arbitragem nem a determinadas modificações que possam melhor adequá-la à realidade de novas matérias que vão sendo a ela submetidas. O que se pontua aqui é a necessidade de cuidado para não se criar uma "arbitragem" que, no fundo, não se aproxima àquilo que existe hoje.

Assim, ao mesmo tempo que se deve discutir o critério da arbitrabilidade objetiva, se deve ponderar o que significa a abertura para essas novas fronteiras.

6. CONCLUSÃO

O tema da arbitrabilidade objetiva não é simples, principalmente quando envolve critérios indefinidos como a disponibilidade do direito. Como não há consenso do que seria essa disponibilidade – apenas uma possibilidade de dispor da jurisdição estatal ou real disponibilidade do direito material – acredita-se que seria benéfico uma revisão do art. 1º da Lei de Arbitragem para a definição de um critério de arbitrabilidade mais adequado à realidade que vem se observando. Como, por exemplo, a manutenção apenas do critério da patrimonialidade.

A expansão da arbitragem para outras matérias, antigamente consideradas inarbitráveis, é uma boa justificativa para essa alteração. Com referida expansão, também se destaca, é importante que se verifique se a arbitragem realmente seria o método mais adequado para a solução de determinado conflito, sob pena de uso indiscriminado do instituto que poderia vir até mesmo a ser prejudicial.

A discussão está longe de acabar. Pelo contrário, provavelmente irá apenas se intensificar.

7. REFERÊNCIAS

AMORIM, João Pacheco de; SOARES, Bárbara M. Algumas considerações em torno dos Centros de Arbitragem Voluntária institucionalizada e dos respectivos regulamentos arbitrais. FONSECA, Isabel Celeste (coord.). *A arbitragem administrativa e tributária: problemas e desafios*. 2 Ed. Coimbra: Almedina, 2013, p. 203-219.

ANDRADE, Érico; MAGALHÃES, Gustavo. *Arbitragem e administração pública: limites e possibilidades de arbitrabilidade nos contratos de concessão*. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 65, 2020, pp. 83-125.

Anuário da Arbitragem no Brasil 2017. Publicação promovida pelo Comitê Temática de Arbitragem do Centro de Estudos das Sociedades

de Advogados – CESA. Coordenado por Eliane Carvalho e Renato Stephan Grion. Dez/2018. Disponível em: <http://www.cesa.org.br/media/files/CESAAnuariodaArbitragem2017.pdf>. Acesso em 17 out. 2020.

BARROCAS, Manuel Pereira. *Manual de Arbitragem*. 2 Ed. Coimbra: Almedina, 2013.

BARROS, Ana Lúcia Porto de et al. *O novo código civil comentado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2003.

BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, 15 Ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transações Administrativas*: um contributo ao estudo do contrato administrativo (...) no contexto de uma administração pública mais democrática, São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BRASIL. Decreto-Lei n. 5.453 de 1o de maio de 1943 (Consolidação das Leis do Trabalho). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>.

BRASIL. Lei n. 13/105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>.

BRASIL, Lei n. 9.307 de 23 de setembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.307%2C%20DE%2023,Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20arbitragem.&text=Art.&text=4%C2%BA%20A%20cl%C3%A1usula%20compromiss%C3%B3ria%20%C3%A9,surgir%2C%20relativamente%20a%20tal%20contrato.>.

BRASIL. Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>.

BRASIL. Mensagem n. 162, de 26 de maio de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Msg/VEP-162.htm>. Acesso em 19 out. 2020.

BRASIL. Projeto de Lei n° 4257, de 2019. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137914>. Acesso em 19 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SE 5.206-7. Min. Rel. Sepúlvuda Pertence. DJe: 30/04/04. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=345889>.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça*. Revista de Processo, São Paulo, ano 19, n. 74, abr/jun 1994, pp. 82-97.

CARAMELO, António Sampaio. *A disponibilidade do direito como critério de arbitrabilidade do litígio: reflexões de jure condendo*. Revista da Ordem dos Advogados. Lisboa, a. 66, v. III, p. 1233-1265, dezembro 2006.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo:* Um comentário à Lei n. 9.307/96. 3 Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CARVALHAL, Ana Paula Z. *A arbitragem administrativa em Portugal*. Revista FMU Direito. São Paulo, ano 24, n. 33, p. 1-18, 2010.

DE MATOS, Federico Nunes. *Novas fronteiras da arbitragem aplicável aos litígios da administração pública:* incidência sobre conflitos extracontratuais, especialmente na desapropriação. 2017. Tese (Dou-

torado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte. Orientado por: Prof. Dr. Florivaldo Dutra de Araújo. p. 177.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013.

EIZIRIK, Nelson. Arbitrabilidade objetiva nas sociedades anônimas e instituições financeiras. In: CASTRO, Rodrigo Rocha Monteiro de (Coord.); ARAGÃO, Leandro Santos de (Coord.). *Direito societário*: desafios atuais. São Paulo: Quatier Latin, 2009. p. 31-44.

FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madri: Editorial Trotta, 2001, p. 32.

FERNANDES, Regina Celi Pedrotti Vespero. Art. 171. In: FREITAS, Vladimir Passos de (coord.). *Código Tributário Nacional Comentado*. 6 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FINKELSTEIN, Cláudio. *A questão da arbitrabilidade*. Revista Brasileira de Arbitragem v. 4, n. 13, jan./mar., 2007, p. 24–30.

FONSECA, Isabel Celeste. Arbitragem administrativa: uma realidade com futuro? In: FONSECA, Isabel Celeste (coord.). *A arbitragem administrativa e tributária: problemas e desafios*. 2 Ed. Coimbra: Almedina, 2013, p. 159-178.

GODINHO DELGADO, Maurício. *Curso de Direito do Trabalho*, 16 Ed. São Paulo: LTr, 2017.

GODOY, Luciano de Souza; ZAMARIOLA JÚNIOR, Ricardo; BOSONI, Gustavo de Oliveira Navarro. Class action arbitral? Novo capítulo para a arbitragem brasileira. Jota, 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-anali-

se/artigos/class-action-arbitral-novo-capitulo-para-a-arbitragem-brasileira-22052019>. Acesso em 19 out. 2020.

GONÇALVES, Eduardo Damião. *Arbitrabilidade objetiva.* 2008. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo. Orientado por: Prof. Dr. José Carlos de Magalhães.

JÚDICE, José Miguel. *O Projecto de Nova Lei de Arbitragem Voluntária em Portugal*. Revista Brasileira de Arbitragem, n. 23, Jul/Ago 2009, p. 240- 246.

LEMES, Selma; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro. *Anteprojeto da Lei sobre a Arbitragem no Brasil*. Disponível em: < http://selmalemes.adv.br/artigos/justificativa.pdf >. Acesso em 18 out. 2020.

LEMES, Selma. *Pesquisa – 2019. Arbitragem em números e valores,* 2019. Pesquisa disponível em: <http://selmalemes.adv.br/artigos/PesquisaArbitragens2019.pdf>. Acesso em 18 out. 2020.

LIMA, Bernardo Silva De. *A Arbitrabilidade do Dano Ambiental e o seu Ressarcimento*. Dissertação. Salvador: Universidade Federal da Bahia. 174f. Orientadora: Profa. Dra. Paula Costa e Silva, 2009.

MAGALHÃES JÚNIOR, Danilo Brum. *Arbitragem e Direito Concorrencial*: a arbitragem com método para a resolução de disputas privadas que envolvam matéria concorrencial. Dissertação. Porto Alegre: Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. 196f. Orientador: Prof. Dr. Luciano Benetti Timm, 2018.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. *A transação no direito civil,* São Paulo: Saraiva, 1985.

MEJIAS, Lucas Britto. *Controle da atividade do árbitro*. Dissertação. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 325f. Orientador: Marcelo José Magalhães Bonício, 2015.

MINAS GERAIS. Lei Estadual n. 19.477 de 13 de janeiro de 2011. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=LEI&num=19477&comp=&ano=2011>. Acesso em 19 out. 2020.

PALHARES, Ana. Arbitragem e renúncia dos entes públicos ao acesso aos tribunais do Estado. In: FONSECA, Isabel Celeste (coord.). *A arbitragem administrativa e tributária: problemas e desafios*. 2 Ed. Coimbra: Almedina, 2013, p. 41-56.

PEREIRA, Alexandre Marçal. *O processo arbitral: aspectos gerais no Brasil e em Portugal*. Revista Jurídica Luso-Brasileira, ano 5, n. 2. 2019

Pesquisa CBAr – Ipsos. Disponível em: <http://www.cbar.org.br/PDF/Pesquisa_CBAr-Ipsos-final.pdf>. Acesso em 17 out. 2020. Relatório elaborado por André de Albuquerque Cavalcanti Abbud em nome da Diretoria do CBAr.

PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido na teoria do delito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PORTUGAL. Lei n. 63 de 14 de dezembro de 2011. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1579&tabela=leis#:~:text=Aprova%20a%20Lei%20da%20Arbitragem%20Volunt%C3%A1ria&text=S%C3%A3o%20fundamentos%20de%20oposi%C3%A7%C3%A3o%20%C3%A0,da%20Lei%20da%20Arbitragem%20Volunt%C3%A1ria>. Acesso em 18 out. 2020.

PORTUGAL. Lei n. 15 de 22 de fevereiro de 2002. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=439&tabela=leis>. Acesso em 18 out. 2020.

PORTUGAL. Lei n. 18 de 29 de janeiro de 2008. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2063&tabela=leis>. Acesso em 18 out. 2020.

PORTUGAL. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1414&tabela=leis&so_miolo=>. Acesso em 18 out. 2020.

PORTUGAL. Lei n. 7 de 12 de fevereiro de 2009. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1047&tabela=leis>. Acesso em 18 out. 2020.

Relatório Justiça em Números 2018, Ano-base 2017. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>. Acesso em 17 out. 2020.

ROSENVALD, Nelson; FARIA, Cristiano Chaves de. *Curso de Direito Civil*, vol. 6, 9 Ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 46.

SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SÃO PAULO. Decreto Estadual 64.356 de 31 de julho de 2019. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2019/decreto-64356-31.07.2019.html#:~:text=Artigo%201%C2%BA%20%2D%20Este%20decreto%20disp%C3%B5e,relativos%20a%20direitos%20patrimoniais%20dispon%C3%ADveis>. Acesso em 19 out. 2020.

TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitória). In: ZANETTI JÚNIOR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord.). *Justiça multiportas*: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos. 2 Ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 275-297.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Prática de Processo Penal*, 30 Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

O FRACIONAMENTO DE DEMANDAS E A EFICÁCIA PRECLUSIVA DA COISA JULGADA: a solução do Direito espanhol é aplicável no Brasil?

Thaís Maia Silva
Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais.
Graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Advogada.
thaismaias17@gmail. com

RESUMO

Este trabalho investiga a alteração na concepção do objeto do processo e dos limites objetivos da coisa julgada trazida pela *Ley de Enjuiciamiento Civil* (LEC) espanhola. O objetivo é verificar as justificativas da alteração, as críticas por ela recebidas em sede doutrinária, sua aplicação na jurisprudência espanhola e a possibilidade de sua adoção no Brasil. Neste sentido, é analisada a modificação do art. 400, 1 da LEC - que estabeleceu ônus à relitigação da mesma relação jurídica material, ainda que sob fundamentos e causas de pedir diversas das alegadas em processo anterior - a concepção tradicional do instituto da coisa julgada e de sua eficácia preclusiva vigentes no Brasil, bem como a compatibilidade de tal concepção com a alteração promovida pela LEC espanhola e com as compreensões mais atuais de direito de acesso ao Judiciário. Para tanto, foram realizadas revisão bibliográfica e pesquisa de julgados. A partir da refutação das críticas mais comuns apresentadas ao art. 400, 1 da LEC e da consideração de novas críticas e problemas, entende-se que é preciso estabelecer, à semelhança do que foi feito na Espanha, algum ônus para a litigância irresponsável e para o fracionamento indiscriminado de uma relação jurídica material unitária em juízo, não necessariamente pela via da eficácia preclusiva da coisa julgada.

Palavras-chave: Fracionamento de demandas. Eficácia preclusiva da coisa julgada. Direito de ação. Art. 400, 1 Ley de Enjuiciamiento Civil Espanhola.

Sumário: 1 Introdução; 2 O fracionamento de demandas; 3 Relação jurídica material e relação jurídica processual: a instrumentalidade do processo; 4 O fracionamento de demandas no ordenamento jurídico espanhol: críticas doutrinárias à modificação da legislação espanhola 4.1 Rompimento com a tradição romano-germânica e ausência de previsão afim em países de tradição jurídica semelhante à espanhola 4.2 Violação ao princípio dispositivo 4.3 Violação ao direito de ação e ao princípio do acesso à justiça 4.4 Ausência de explicação lógica e racional para a mudança 5 Breve análise de julgados espanhois posteriores à modificação legislativa 6 Os limites da eficácia preclusiva da coisa julgada na concepção tradicional da doutrina brasileira; 7 A solução espanhola é aplicável no Brasil?; 8 Notas conclusivas; 9 Referências.

1. INTRODUÇÃO

A concepção tradicional dos limites da eficácia preclusiva da coisa julgada, que preceitua que eles se restringem ao pedido e à causa de pedir efetivamente alegados pelas partes, foi radicalmente modificada na Espanha com a alteração promovida pela *Ley de Enjuiciamiento Civil* (LEC), que passou a determinar que não é possível alegar em processo posterior fatos, fundamentos ou títulos jurídicos relativos à relação jurídica material já debatida em processo anterior, ainda que atinentes à causa de pedir diversa da inicialmente levada a conhecimento do juízo.

A novidade ganhou espaço na jurisprudência de países de tradição jurídica semelhante à espanhola, que, mesmo sem alteração legislativa expressa, passaram a adotar em seus julgados soluções

parecidas, baseadas em fundamentos de economia processual, de segurança jurídica e de proteção da confiança das partes do processo.[1]

No Brasil, é ainda majoritário o entendimento tradicional e restritivo dos limites da eficácia preclusiva da coisa julgada, sendo comum a compreensão de que esta só estende aos fundamentos que foram alegados pelas partes se relativos à mesma causa de pedir debatida em juízo. Deste modo, não haveria qualquer óbice a que as partes discutissem em diferentes processos a mesma relação jurídica material, desde que em cada um deles fossem apresentados pedido ou causa de pedir diversa.

A alteração na legislação espanhola, contudo, provoca os processualistas à revisitação do entendimento tradicional, que talvez mereça uma reflexão mais aprofundada e uma definição mais consentânea ao modelo atual de processo, que privilegia a litigância responsável, a boa-fé das partes e a efetividade das decisões judiciais.

Com fins de refletir a respeito da questão, sem, necessariamente, apresentar solução para problema de tamanha complexidade, o presente artigo abordará: o fracionamento de demandas e sua concepção, a solução adotada pelo ordenamento jurídico espanhol e suas críticas, a compreensão do instituto da eficácia preclusiva

1 Virginia Petrella cita vários arestos daquela alta Corte (italiana) em que teria sido proclamado: "a autoridade da coisa julgada estende-se a todas as situações, ainda que implícitas, que constituam para a decisão final, pontos necessariamente alcançados pelo arco lógico da decisão, representando o pressuposto indispensável da solução acolhida" (PETRELLA, Virginia. Note problematiche sul giudicato in punto di fatto alla luce dei principi del giusto processo civil. In: Studi in onore di Carmine Punzi. Torino: G. Giappichelli, 2008, v. I, p. 423-436). Neste sentido é a anotação de THEODORO JÚNIOR: "Diversamente do que, entre nós, está assentado na jurisprudência do STJ, para a Corte de Cassação italiana, transitam em julgado, com autonomia, tanto o petitum como a causa petendi. Ou seja: nessa ótica o fato jurídico causal não é visto mais apenas como critério de interpretação do dispositivo da sentença, é também encarado como objeto do acertamento definitivo operado com força de coisa julgada." (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Redimensionamento da coisa julgada. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil. Porto Alegre, n. 28, p. 5-23, jan./fev., 2009, p. 13. Ainda: BONATO, Giovanni. Algumas considerações sobre a coisa julgada no Novo Código de Processo Civil Brasileiro: limites objetivos e eficácia preclusiva. In: Revista de Processo Comparado. vol. 2/2015. p. 121 – 143. Jul - Dez / 2015, p. 7 e LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada.* São Paulo: Saraiva, 2012, p. 29.

no Brasil e a possibilidade de aplicação da solução espanhola no ordenamento jurídico brasileiro.

2. O FRACIONAMENTO DE DEMANDAS

O fracionamento de demandas é conduta caracterizada pela divisão em juízo de uma relação jurídica unitária, por meio da apresentação de pedidos e causas de pedir a ela relativos em processos diversos. É possível que tal comportamento se apresente com diferentes objetivos, desde a mera estratégia processual de uma das partes litigantes, até o desejo do patrono de uma delas de receber mais a título de honorários de sucumbência, passando, ainda, pela intenção de não se submeter ao regime dos precatórios e de receber pelo sistema de "Requisição de Pequeno Valor" (RPV), e pelo desejo de que a demanda se processe nos Juizados Especiais.[2]

Como regra, a doutrina e a jurisprudência majoritárias entendem que o fracionamento não encontra qualquer tipo de vedação.[3] Pelo contrário, o parcelamento de uma relação jurídica material em juízo seria não apenas permitido, como também consoante aos princípios dispositivo, da demanda, do contraditório, do acesso à justiça e da autonomia das partes do processo.[4] Deste modo, pouco importa se tal conduta, eventualmente, se presta a atender interesses não tutelados pelo ordenamento jurídico – como permitir que uma das partes viole a fila de precatórios, fracionando seus pedidos e causas de pedir para receber por RPV – a *communis opinio* é de que ela é plenamente permitida.

O entendimento tem como base a tradição romano-germânica de definição do objeto do processo e dos limites objetivos da coisa

2 Exemplificativamente: TJRS, apelação cível 70074912478, rel. Des. Ricardo Pippi Schmidt. TJSP, recurso inominado 1002816-92.2016.8.26.0319, rel. André Luis Bicalho Buchignani.

3 É importante excepcionar, neste ponto, as contribuições de Araken de Assis e de Sérgio Sahione Fadel, contrários ao parcelamento: FADEL, Sérgio Sahione. Código de Processo Civil comentado. Rio de Janeiro: Forense, 1982. v. 2, p. 191 e ASSIS, Araken. Cumulação de Ações. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 145-147

4 LOPES, *op.cit.,* p. 20

julgada e de sua eficácia preclusiva. Explica-se: nos países de tradição romano-germânica, o objeto do processo é, via de regra, composto por três elementos: partes, pedido e causa de pedir. Neste mesmo sentido preceitua o art. 337, §2º do Código de Processo Civil brasileiro (CPC).

Sendo o objeto do processo composto por esta tríade, é ela que determina os mais diversos elementos processuais, como a competência, a jurisdição, a conexão, a litispendência e, também, os limites da coisa julgada e de sua eficácia preclusiva.[5]

Portanto, modificado um dos componentes do objeto processual, não haveria qualquer óbice a que a relação jurídica material fosse discutida em outro processo, pois, não havendo identidade de partes, pedido ou causa de pedir, a demanda seria inteiramente nova e sobre ela não incidiriam os limites da coisa julgada ou da eficácia preclusiva referente à decisão tomada em processo anterior.[6] Em suma: o sujeito pode, se utilizando de seu direito subjetivo de ação, ajuizar tantas demandas quantas sejam os pedidos ou as causas de pedir que deseje levar a conhecimento do Judiciário.[7]

Embora este seja ainda o entendimento majoritário, alguns países de tradição jurídica bastante semelhante à brasileira têm modificado sua comprensão. É o caso da Espanha, cuja *Ley Enjuiciamiento Civil* de 2000, em seu art. 400, 1, preceitua que devem ser deduzidos na demanda todos os fatos, fundamentos ou títulos jurídicos que se possam invocar, sem que seja possível sua alegação em processo ulterior. A novidade, inicialmente muito criticada pela doutrina espanhola,[6] acabou por

5 "Nos países de tradição romano-canônica, a firme convicção a respeito dessa correlação moldou as legislações contemporâneas e as teorias sobre a coisa julgada, que, de um modo ou de outro, definem o instuto com referência ao objeto da sentença" (LOPES, *op. cit.,* p. 20)

6 THEODORO JÚNIOR, Coisa julgada limites objetivos e eficácia preclusiva. In: *O direito de estar em juízo e a coisa julgada.* Estudos em homenagem a Thereza Alvim. AURELLI, A.; SCHMITZ, L.; DEFINO, L.; RIBERITO, S.; FERREIRA, W. (coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 771. No mesmo sentido: TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil.* São Paulo: revista dos Tribunais, 1993, p. 179. Para críticas da doutrina espanhola à modificação legislativa ver: SERRA DOMINGUEZ, Comentario al artigo 1252, CC) em AA. CC. Comentarios al Código Civil y a las Leyes civiles forales, dirigidos por ALBALADJO, Madrid, "*Revista de Derecho Privado*", T. XVI-2, pp. 660 y ss.

7 LOPES, *op. cit.,* p. 29.

ganhar espaço na jurisprudência daquele país[8] e merece uma análise comparativa e mais pormenorizada, como se fará a seguir.

3. RELAÇÃO JURÍDICA MATERIAL E RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL: A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO

Antes de passar à análise da mudança legislativa espanhola, contudo, é necessário retomar alguns conceitos relevantes, que parecem ter se perdido no entusiasmo do desenvolvimento de um Direito Processual independente do Direito Material.

A autonomização da ciência processual, ocorrida na virada do século XIX para o século XX, representou marco de extrema relevância para a compreensão do processo como ciência, bem como para a formação de seus conceitos e bases fundamentais.[9] A preocupação com o procedimento e com a técnica processual sempre foi justificável e a precisão conceitual própria é necessária à formação de toda e qualquer ciência jurídica.[10]

Essa excessiva autonomização, todavia, trouxe duas consequências negativas: a uma, promoveu um afastamento dos planos material e processual, separando o instrumento de seu objeto[11] e, a duas, criou um ambiente pouco favorável ao estabelecimento

8 SOTELO, José Luis Vasquez. Objeto actual y objeto virtual en el Proceso Civil Español. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra. Processo Civil: novas tendências: estudos em homenagem ao Prof. Humberto Theodoro Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 375-389

9 *Idem, ibidem,* p. 129.

10 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*: a influência do direito material sobre o processo. 6 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2011, p. 25. A existência, ainda que provisória, de um nível processual autônomo, diferente do substantivo, se justifica pela necessidade de combinar a justiça com a legitimidade, permitindo que uma sentença judicial, ainda que contrária ao direito, seja legítima e deva ser respeitada. Neste sentido: António. Litigância de má fé, abuso de direito de ação e culpa "in agendo". Coimbra: Almedina, 2006, pp. 90-91

11 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do processo.* 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 271-272. A tendência atual, todavia, é justamente, de relativizar o binômio e aproximar os planos, como preconizado por Paulo Henrique dos Santos Lucon: LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Relação ente demandas. 2 ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018, p. 6

de qualquer tipo de responsabilização dentro do processo,[12] sendo comum o entendimento de que o direito de ação poderia justificar quaisquer condutas que, embora disfuncionais e contrárias à própria concepção do direito que buscam justificar,[13] não são proibidas de modo expresso pelo ordenamento jurídico.

Por primeiro, é preciso retomar a compreensão de que o processo atua como um instrumento do direito material e que ele existe justamente porque não houve a realização espontânea de tal direito. [14]

Ora, a relação jurídica de direito material é uma só e é a mesma da relação processual. É dizer: no processo, o que se tem é, precisamente, a relação jurídica material espelhada pelo exercício do direito de ação, que foi criado para garantir, de modo efetivo, um direito material que não se realizou espontaneamente. Assim, é evidente que o processo não pode ser utilizado para promover o fracionamento artificial de uma relação jurídica que é unitária. [15]

Ainda, a utilização do direito de ação como justificativa para fracionar em juízo a mesma relação jurídica não se coaduna com a finalidade para a qual tal direito foi consagrado no ordenamento jurídico. É evidente que a existência de processos diversos atinentes à mesma relação jurídica dificulta a tutela do direito material e a torna menos efetiva. Do mesmo modo, não se pode admitir que toda e qualquer conduta seja admitida no processo sob a justificativa de

12 Era comum, com efeito, que se proclamasse, seguindo a lição de Goldschimidt, que não há nenhum delito processual ou pena processual porque não há ilicitude processual ou deveres processuais para as partes. (JAMES GOLDSCHIMIDT, Der Prozess als Rechstslage cit. 354, apud MENEZES CORDEIRO, op. cit. 2006 p. 131). Mesmo o instituto da litigância de má fé, aperfeiçoado ao longo do século XX, ainda hoje encontra parca aplicação no âmbito dos Tribunais, em função de suas características restritivas. (MENEZES CORDEIRO, op. cit., 2006, p. 22.) Destaque-se que, ainda nos dias de hoje, é possível encontrar dificuldade na doutrina processual mais abalizada de admitir a existência de qualquer tipo de abuso processual. Neste sentido: TARUFFO, Michele. Abuso del Proceso. Revista de la Maestría en Derecho Procesal. V. 6, nº 2, p.

13 Qual seja, promover uma tutela jurisdicional efetiva para aquela relação jurídica material.

14 BEDAQUE, p. 14.

15 BONATO, op. cit., p. 8.

garantir o direito de ação, especialmente quando tais condutas são capazes de vulnerar os objetivos deste próprio direito, como parece ser o caso do fracionamento de demandas.

Diante destas breves considerações e da necessidade de reaproximar instrumento e objeto, Direito material e Direito processual, é que se mostra relevante repensar a conduta do fracionamento e a possibilidade de estabelecimento de ônus ou sanções para o litigante que atua em juízo dividindo uma relação jurídica unitária, especialmente se tal divisão for perpetrada com fins contrários ao ordenamento jurídico.

4. O FRACIONAMENTO DE DEMANDAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO ESPANHOL: CRÍTICAS DOUTRINÁRIAS À MODIFICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESPANHOLA

Como mencionado, houve relevante alteração na compreensão da questão do fracionamento com o advento da *Ley de Enjuiciamiento Civil* espanhola, no ano de 2000. Se antes era tranquila e pacificamente aceita a conduta do litigante que atua fracionando a mesma relação jurídica material perante o Judiciário, o referido diploma normativo promoveu uma modificação drástica no entendimento do tema.

Em decorrência do art. 400, pontos 1 e 2 da LEC, o litigante que aciona o Judiciário para obter tutela jurisdicional a respeito de uma relação jurídica material controvertida tem o ônus de trazer todos os fatos e fundamentos, pedidos e causas de pedir de tal relação ao conhecimento do Judiciário, sob pena de, não o fazendo, não poder debater tais questões em processo posterior, eis que ficam abrangidas pela chamada "eficácia preclusiva da coisa julgada". [16]

A novidade da legislação espanhola teve como mote a necessidade de conferir maior segurança jurídica às decisões e a ausência de justificativa em submeter os mesmos litigantes a diferentes processos, provocando a correspondente atividade dos órgãos jurisdicionais,

16 Obviamente, a carga de alegação referida não se estende às alegações complementes ou de fatos novos, dos quais o litigante não tinha notícia quando do ajuizamento, como é ressalvado pelo próprio dispositivo.

quando a questão pode se resolver em apenas um processo.[17] Não há dúvidas de que a mudança atende aos anseios de maior efetividade e de boa administração da justiça, uma vez que com uma só ação é possível solucionar toda a relação jurídica material. Além disso, é inegável que se coaduna com a boa-fé e com a proteção da confiança da parte contrária, que acredita serem aqueles os argumentos que tem de rebater e confia na situação jurídica definida pela sentença como solução integral para a relação jurídica debatida na lide.

Todavia, é evidente que mudança tão relevante não poderia passar imune a críticas da doutrina. Com efeito, são inúmeros os problemas apontados pelos autores espanhois sobre a mudança, exemplificativamente: rompimento com toda a tradição romano-germânica sobre o objeto do processo e os limites objetivos da coisa julgada e de sua eficácia preclusiva; completa ausência de previsão afim em países de tradição jurídica semelhante à espanhola; violação ao princípio dispositivo; violação ao direito de ação e ao princípio do acesso à justiça (*rectius:* ao Judiciário); ausência de explicação lógica e racional para mudança, entre outros. As discordâncias são muitas. Passa-se agora à uma análise mais pormenorizada de cada uma delas, nos limites da proposta do presente trabalho.

4.1. Rompimento com a tradição romano-germânica e ausência de previsão afim em países de tradição jurídica semelhante à espanhola

Após a entrada em vigor da LEC de 2000, é relativamente comum encontrar na doutrina espanhola a afirmação de que o art. 400, pontos 1 e 2 da LEC seria uma modificação preocupante por não encontrar correspondente em países de tradição jurídica semelhante e por romper com a tradição romano-germânica de definição do objeto

17 Com efeito, é o que consta da Exposição de Motivos da LEC: "*por un lado, la necesidad de seguridade jurídica y, por outro, la escasa justificación de someter a los mismos justiciables a diferentes procesos y de provocar la correspondiente actividad de los órganos jurisdiccionales, cuando la cuestión o asunto litigioso razonablemente puede zajarse em uno sólo*"

do processo e dos limites objetivos da coisa julgada e de sua eficácia preclusiva.[18]

A concepção tradicional de objeto do processo, conforme já mencionado, é a de que ele é composto de partes, pedido e causa de pedir. Era, realmente, o que preceituava o art. 1.252 do Código Civil Espanhol, dispositivo revogado pela LEC. Diante de tal definição, a compreensão compartilhada pela doutrina era de que nenhum outro elemento teria papel relevante na delimitação da coisa julgada, de sorte que, havendo modificação de partes, pedido ou de causa de pedir, a demanda seria inteiramente nova e não incidiria qualquer ônus à rediscussão da relação jurídica debatida em processo anterior.[19]

Deste modo, a referida modificação teria alterado o objeto do processo, um dos institutos de mais difícil compreensão da ciência processual, criando o que se convencionou chamar de "objeto virtual".[20] Tal objeto virtual atuaria ao lado do objeto real, ou atual, mas seria composto por elementos diversos, quais sejam: partes, pedido e todos os títulos e fundamentos jurídicos relativos àquela relação jurídica material. Enquanto o objeto atual seria responsável pela delimitação de institutos processuais como jurisdição, competência, cumulação de ações, congruência, pertinência da prova, etc., o objeto virtual determinaria os limites objetivos da coisa julgada, havendo, assim, um rompimento com a concepção unitária de objeto do processo preconizada nos países de tradição romano-germânica.[21]

De fato, foi uma mudança sem precedentes no ordenamento jurídico de países de tradição romano-germânica, aproximando a

18 MORENO, Damian. La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil -t. II. Comentarios a la LEC 2.000, coordenados por Cortes Dominguez y Moreno Catena. Madrid: Tecnos, 2000, p. 41-42.

19 GUASP, Jaime. *Derecho Procesal Civil.* Madri: Instituto de derechos políticos, 1956, pp. 241-245.

20 SOTELO, *op. cit.,* p. 366.

21 Tal rompimento, em termos um pouco diversos, já era defendido, entre nós, por Araken de Assis, ainda na vigência do CPC/73: ASSIS, Araken de. Reflexões sobre a eficácia preclusiva da coisa julgada. AJURIS. Porto Alegre-RS, vol. 44, Ano XV, p. 25-44 , nov. 1988.

legislação espanhola, inclusive, da concepção que os países de *common law* apresentam do instituto da *res iudicata.*[22]

Todavia, fato é que a definição dos limites objetivos da coisa julgada, por mais que produza impactos no objeto do processo, é uma questão de política legislativa, de opção por preservar um ou outro valor do sistema,[23] pelo que não há nada de verdadeiramente equivocado na mudança pelo simples rompimento com a tradição jurídica. Do mesmo modo que é dado ao legislador estabelecer que os limites objetivos são o pedido e a causa de pedir efetivamente debatidos no processo, é dado a ele definir de forma diversa, sem que isso implique uma mudança irracional ou ilógica como preconizado por alguns doutrinadores.

Para além disso, é importante observar que, mais recentemente, países de tradição jurídica semelhante à espanhola têm adotado em seus julgados concepções parecidas com as que inspiraram a mudança.

Com efeito, na busca de tornar seus processos mais efetivos e com maior segurança jurídica para as partes, países como Itália[24] e França[25]

22 Nos países de *common law,* com efeito, institutos como o da *claim preclusion,* permitem uma abrangência muito maior do que foi decidido em um único processo. Não se nega, todavia, que se trata de concepção demasiadamente distinta do instituto da coisa julgada, motivo pelo qual o que se observa no caso espanhol é uma mera aproximação dos institutos destes países. LOPES, op. cit., p. 25.

23 COUTURE, Eduardo J. Fundamentos do Direito Processual Civil. Campinas: Red Livros, 1999, p. 332

24 Virginia Pretella cita vários arestos daquela alta Corte (italiana) em que teria sido proclamado: "a autoridade da coisa julgada estende-se a todas as situações, ainda que implícitas, que constituam para a decisão final, pontos necessariamente alcançados pelo arco lógico da decisão, representando o pressuposto indispensável da solução acolhida" (PETRELLA, Virginia. Note problematiche sul giudicato in punto di fatto alla luce dei principi del giusto processo civil. In: Studi in onore di Carmine Punzi. Torino: G. Giappichelli, 2008, v. I, p. 423-436. Neste sentido é a anotação de THEODORO JÚNIOR: "Diversamente do que, entre nós, está assentado na jurisprudência do STJ, para a Corte de Cassação italiana, transitam em julgado, com autonomia, tanto o petitum como a causa petendi. Ou seja: nessa ótica o fato jurídico causal não é visto mais apenas como critério de interpretação do dispositivo da sentença, é também encarado como objeto do acertamento definitivo operado com força de coisa julgada." (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Redimensionamento da coisa julgada. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil. Porto Alegre, n. 28, p. 5-23, jan./fev., 2009, p. 13.

25 Em reinterpretação do art. 1.351 do Código Civil francês, a Corte de Cassação francesa, já no ano de 2016, entendeu que os limites da eficácia preclusiva da coisa

têm reproduzido entendimentos semelhantes em seus julgados, ainda que, nestes países, não tenha havido alteração legislativa expressa como na Espanha.

Portanto, o simples rompimento com a concepção tradicional dos institutos e mesmo a ausência de previsão semelhante em países de tradição jurídica parecida, embora mereçam ser considerados, não se prestam a infirmar a modificação legislativa e não parecem suficientes para sustentar, por si sós, a manutenção do entendimento anterior acerca dos limites da coisa julgada e de sua eficácia preclusiva.

4.2 Violação ao princípio dispositivo

Talvez o problema mais grave advindo da mudança, reiteradamente apontado pela doutrina espanhola, seja a possível violação ao princípio dispositivo. A preocupação dos autores com a preservação e proteção deste princípio é tanta que alguns chegam a tachar a modificação de inconstitucional, por permitir que o juiz implicitamente decida sobre fundamentos não alegados, atuando de ofício e sem o devido processo legal.[26]

O princípio dispositivo preconiza que o juiz deve julgar a demanda com base exclusivamente no que foi levado a seu conhecimento pelas partes, sem que seja permitido perquirir questões outras, diversas das alegadas no processo. É de se reconhecer que, quando se estabelece um ônus ao rejulgamento da questão em outro processo, mesmo que a referida questão não tenha sido levada a conhecimento do juízo, se tem a impressão, *a priori*, de que haveria uma violação ao princípio dispositivo, pois se o que não foi alegado, ainda que relativo a causa de pedir diversa, fica acobertado pela eficácia preclusiva da coisa julgada, seria possível se falar em uma decisão implícita do juiz a respeito da questão.

julgada são estendíveis a todas as causas de pedir passíveis de serem inovadas na demanda em que se formou a coisa julgada. Comentam a este respeito, no Brasil: LOPES, op. cit., p. 29 e BONATO, op. cit. p. 7.

26 SOTELO, *op. cit.,* p. 384.

Por primeiro, é preciso compreender que a eficácia preclusiva da coisa julgada recai, por definição, sobre aquilo que não foi decidido, relativo à mesma causa de pedir ou ao mesmo pedido debatidos no processo.[27] Sobre que foi objeto de decisão, afinal, tem-se a própria autoridade da coisa julgada, não sendo necessário recorrer à sua eficácia preclusiva. O que a legislação espanhola fez foi tão somente estender os limites da eficácia preclusiva também para causas de pedir que não foram alegadas, desde que atinentes à mesma relação jurídica material debatida.

Deste modo, não há uma extensão sem critérios, possibilitando ao juiz decidir implicitamente sobre qualquer questão. Pelo contrário, é necessário que a questão que se diz acobertada pelos limites da coisa julgada seja relativa à relação jurídica material unitária debatida, não sendo necessário, apenas, que ela seja relativa à mesma causa de pedir efetivamente levada a conhecimento do Judiciário no processo anterior.

Por segundo, não há que se falar em decisão do juiz a respeito da questão que não foi alegada pelas partes porque tal decisão não existe. O juiz não se manifesta sobre o que não é levado a seu conhecimento e não pode buscar dados outros para decidir além do que lhe foi trazido pelos litigantes. Ele fica, pelo contrário, restrito ao que as partes escolheram por debater naquele processo. A autonomia privada, deste modo, é plenamente preservada: o que é decidido pelo Judiciário é única e exclusivamente o que as partes entenderam por alegar no processo em questão.

Ocorre que tal autonomia privada não pode ser exercida de qualquer forma. O direito de ação ou de acesso ao Judiciário não justifica qualquer tipo de conduta, sem ônus ou responsabilização.[28] O que ora acontece, após a mudança legislativa espanhola, é que o litigante que escolhe levar a conhecimento do juízo apenas uma fração de seu direito, conhecedor de que existem outras partes não levadas,

27 THEODORO JÚNIOR, *op. cit.,* 2014, p. 771.

28 MENEZES CORDEIRO, António. Litigância de má fé, abuso de direito de ação e culpa "in agendo". Coimbra: Almedina, 2006

tem que arcar com as consequências da opção: não poderá relitigar sobre a mesma relação jurídica em processo posterior, ainda que sob fundamentos diversos. Ou seja, à faculdade do litigante de escolher o que leva a conhecimento do juiz corresponde um ônus de não poder provocar a tutela jurisdicional sobre o que deliberadamente escolheu não levar. É uma compreensão que decorre da própria lógica do Direito.

Além disso, é importante questionar a própria concepção de que o princípio dispositivo seria capaz de modificar o que ingressa ou não na autoridade da coisa julgada. Como é evidente, o princípio dispositivo e a autonomia privada das partes são muito importantes e devem ser preservados por inúmeras razões. No entanto, não têm o condão de determinar o local de incidência da coisa julgada,[29] nem mesmo se esta for, como no entendimento tradicional, limitada aos pedidos e às causa de pedir efetivamente debatidos pelas partes.

Assim, por mais que se entendam os questionamentos sobre a violação ao princípio dispositivo e que se compreenda que, de fato, é necessária maior reflexão quanto a este ponto, na análise até o momento feita para a redação deste trabalho, a alteração da LEC é compatível com as expectativas de proporcionar uma tutela jurisdicional efetiva e correspondente à situação da vida debatida no processo, de modo que não necessariamente implica violação ao princípio dispositivo.

4.3 Violação ao direito de ação e ao acesso à justiça[30]

É comum também o entendimento de que, por limitar o número de vezes que as partes podem discutir a mesma questão no Judiciário, a mudança promovida pela LEC espanhola promoveria uma verdadeira

29 MARINONI, Luiz Guilherme. Coisa julgada sobre questão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 172

30 Embora se saiba que o termo correto a ser utilizado é acesso ao Judiciário, diante da possibilidade de acesso à justiça fora do âmbito deste Poder, optou-se por se adotar essa terminologia mais tradicional, por ser ela a localizada nas obras que tratam da crítica apontada.

limitação do acesso à justiça,[31] interferindo no direito de ação dos litigantes e na garantia constitucional que eles possuem de verem suas demandas solucionadas pelo Poder Judiciário.

A compreensão do Estado como Estado Social, devedor de inúmeras prestações para além do acesso ao Judiciário, demanda que sejam estabelecidos parâmetros para que o direito de acesso à justiça seja exercido de modo responsável. O direito de ação é um direito público subjetivo consagrado pelo sistema, que faz parte dele e é, por isso, limitado pelos seus contornos.[32] Um de seus objetivos principais é proporcionar aos litigantes o acesso a uma tutela jurisdicional justa e efetiva,[33] para o que é necessário, assim como ocorre com todos os direitos subjetivos, que ele encontre limitações no próprio sistema.[34]

É comum a afirmação de que quaisquer condutas processuais seriam justificáveis porque derivariam do exercício do direito de ação, mas tal entendimento não se justifica. O direito de ação faz parte do sistema e deve sofrer suas limitações, além disso, o processo não pode admitir toda e qualquer conduta pelo receio de violar o direito de ação.[35] O aperfeiçoamento do Direito não pode contemporizar com uma ilha de irresponsabilidade no processo civil,[36] sem qualquer ônus para a parte que atua fracionando uma única relação jurídica material em juízo, em especial quando tal fracionamento for capaz de vulnerar e até mesmo de violar outros preceitos do ordenamento jurídico.

Assim, mesmo sendo fundamental, o direito de ação, como todos os demais, precisa ser limitado e não pode ser exercido de qualquer forma. O fracionamento de demandas pode se mostrar contrário às próprias razões pelas quais tal direito foi consagrado,

31 SOTELO, *op. cit.*

32 MENEZES CORDEIRO, *op. cit.,* 2006, p. 85.

33 No Brasil, tal objetivo é, inclusive, expresso no art. 6º, CPC/15.

34 Em verdade, a limitação se torna essencial até para que o Estado seja capaz de desempenhar a função jurisdicional de modo a responder adequadamente à tutela prometida. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Redimensionamento da coisa julgada.* Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil. Porto Alegre, n. 28, p. 5-23, jan./fev., 2009, p. 22.

35 MENEZES CORDEIRO, *op. cit.,* 2006 p. 131

36 MENEZES CORDEIRO, 2006, *op. cit.,* p. 131.

tornando inefetivas as decisões judiciais, que podem ser vulneradas sem critérios pelo ajuizamento de processos diversos relativos à mesma relação jurídica material.

A mudança promovida pela LEC espanhola, com o estabelecimento de ônus à relitigação desenfreada, não promove qualquer violação ao acesso à justiça, antes permite um acesso responsável, delimitado por outros direitos e princípios consagrados pelo sistema – como a segurança jurídica e a boa-fé da parte contrária, que confia na situação jurídica definida pela sentença como solução integral para a relação debatida.

Ademais, o estabelecimento de critérios e limitações para o exercício do direito de ação se coaduna com os objetivos para os quais o tal direito foi previsto e consagrado no ordenamento jurídico, quais sejam os de propiciar aos litigantes o acesso a uma tutela jurisdicional que seja não apenas justa, mas, também, efetiva, e que não possa ser fragilizada pela utilização indiscriminada do próprio direito de ação.

4.4 Ausência de explicação lógica e racional para a mudança

Por fim, rebatendo a quarta das críticas mais comuns à mudança, retoma-se a compreensão de que os limites objetivos da coisa julgada e de sua eficácia preclusiva são uma opção legislativa,[37] é mera escolha do legislador por privilegiar um ou outro princípio do ordenamento jurídico na análise da questão. Como afirmado por Eduardo Couture: "a coisa julgada é uma exigência política, e não propriamente jurídica, não é de razão natural, mas sim de exigência prática"[38].

Desta forma, ainda que outros princípios possam ser vulnerados, como afirma a doutrina espanhola, não há que se falar em ausência de lógica da escolha quando é muito clara e objetiva a lógica adotada e quando é evidente que entre tantos princípios diferentes e importantes

37 TAPÍA FERNANDEZ em Comentarios a la Ley de Enjuiciamento Civil, T. II, dirigidos por LORCA NAVARRERE y coordenados por GUILARTE GUTIÉRREZ, Valladolid, 2000, Lex Nova 2ª edc. pp. 2079-2080

38 COUTURE, Eduardo J. Fundamentos do Processo Civil. Campinas: RED, 1999, p. 330.

consagrados no ordenamento jurídico, a ponderação entre eles é medida que se impõe. A alteração legislativa espanhola é uma escolha por privilegiar a segurança jurídica e a efetividade dos provimentos jurisdicionais, como mencionado na exposição de motivos da LEC, diante da ausência de justificativa em submeter os mesmos litigantes a outros processos quando tudo se pode resolver em um só.

Para além disso, a mudança se coaduna com a preocupação com a efetividade da prestação jurisdicional e com a economia de recursos públicos, que impõem a busca de soluções para a litigância desnecessária e irresponsável, não subsistindo, portanto, as críticas quanto a uma possível ausência de explicação racional para a mudança.

5. BREVE ANÁLISE DE JULGADOS ESPANHOIS POSTERIORES À MODIFICAÇÃO LEGISLATIVA

Os limites do presente trabalho não permitem que se faça uma análise exaustiva dos julgados espanhois posteriores à modificação da LEC. Contudo, é importante verificar qual tem sido a orientação adotada pela jurisprudência espanhola diante do estabelecimento de ônus ao fracionamento de demandas pelo art. 400, pontos 1 e 2 do diploma legislativo.

Ao contrário da doutrina espanhola, pela pesquisa realizada, foi possível perceber que a jurisprudência do país acatou bem a mudança, aplicando-a a seus julgados de modo a impedir a rediscussão de relação jurídica material já debatida em juízo.

Na sentença 136/2004, a Audiência Provincial de Girona foi analisada ação de despejo proposta em face de uma barbearia por razões de esgotamento do prazo contratual, no ano de 2003. Em momento anterior, no ano de 2001, outra ação de despejo entre as mesmas partes havia sido proposta, mas com base em outros fundamentos que não a expiração do prazo contratual, que, à época, ainda não havia ocorrido. Referida ação, ajuizada em 2001, teve fim

apenas 2 (dois) meses antes da apresentação da demanda com idêntica finalidade no ano de 2003.[39]

Mesmo considerando, de modo expresso, que o termo final do prazo contratualmente fixado se deu em momento posterior ao ajuizamento da primeira demanda, a sentença, confirmada em grau de apelação, considerou que tal argumento deveria ter sido trazido no primeiro processo, pois nada impediria que fosse pleiteado o despejo com base no fim do prazo contratual de forma alternativa ou subsidiária, o que tornaria desnecessário o novo litígio.[40]

Assim, por aplicação dos arts. 400, 2 e 222, 2 da LEC entendeu-se ser possível a alegação do término do prazo contratual no processo anterior, de modo que, não alegado em tempo oportuno, tal argumento ficaria acobertado pela coisa julgada: "Por todo lo expuesto, procede declarar la existencia de cosa juzgada respecto de este litigio en virtud de la sentencia firme recaída en el juicio ordinario 255/2.001, lo que comporta la integral desestimación del recurso."

No recurso 329/2004 de sentença de audiência de Asturias, o art. 400 da LEC também foi aplicado. O caso concreto tratava de uma ação de servidão de passagem forçada. Em um primeiro momento, foi ajuizada a "acción confesoria de servidumbre" e, posteriormente, a "acción constituva de servidumbre". A sentença afirmou expressamente que havia ações entre as mesmas partes e com os mesmos pedidos, que contavam, apenas, com causas de pedir diversas, o que não poderia ser

39 Foi mencionado no julgado que: "En el presente caso, el anterior pleito se resolvió por sentencia firme de la Sección Primera de esta Audiencia de 15 de enero de 2.003. Casi exactamente dos meses después (17 de marzo del mismo año), la demandante presenta una nueva demanda, abocando al demandado a un nuevo litigio que tiene idéntica finalidad, la resolución contractual, si bien por un motivo diferente aunque no nuevo, en el sentido de que ya existía y pudo plantearse en el pleito anterior"

40 Com efeito, constou do julgado: "De lo anterior resulta que a la fecha de la presentación de la primera demanda, 30 de septiembre de 2.001, la demandante podía plantear perfectamente la cuestión relativa a la fecha de expiración del contrato. A lo anterior no obsta que el objeto de dicho proceso fuera el de obtener la resolución contractual por jubilación del arrendatario o por cesión inconsentida del local. Nada impedía que, como pretensión alternativa o subsidiaria, se pidiera la resolución del mismo por expiración del término contractual una vez llegado éste, cuya exacta determinación podría haber fijado la sentencia que pusiera fin al pleito anterior, pacificando una cuestión discutida y evitando un nuevo litigio sobre este concreto punto."

admitido diante do conceito de coisa julgada material, no qual devem ser incluídos, segundo preceituam os arts. 222, 2 e 400 da LEC, os fatos e fundamentos jurídicos alegados e decididos no processo anterior e, também, aqueles que, ainda que não invocados expressamente, poderiam e deveriam ter sido alegados, por serem conhecidos naquele momento.[41]

Na sentença de audiência de Las Islas Baleares (recurso 31/2007), em ação de responsabilidade civil extracontratual fundada em acidente de trabalho, o novo regramento da LEC também foi aplicado. Havia dois processos distintos: o primeiro se dirigia contra um condomínio, que havia atuado como empreiteiro, enquanto o segundo, com os mesmos pedidos e fundamentos, se dirigia contra as mesmas pessoas, mas como pessoas físicas, individualmente consideradas, e não como integrantes do condomínio, e tinha como causa de pedir o enriquecimento sem causa.

Na primeira ação, foi considerado que o condomínio era parte ilegítima para figurar no polo passivo. Não tendo corrigido o vício processual, os autores optaram pelo ajuizamento de um novo processo, agora com os integrantes do condomínio no polo passivo, com base em sua solidariedade com os demais responsáveis e com os membros do próprio condomínio.

Na sentença, foi considerado que o argumento do enriquecimento sem causa poderia e deveria ter sido alegado no primeiro processo e que, ainda que as ações contem com partes diversas - alterado, portanto, um dos elementos que tradicionalmente caracteriza o objeto do processo - o efeito negativo da coisa julgada formada no primeiro processo obsta a discussão no segundo. Assim, aplicados os arts. 222, 2 e 400, 1 e 2 da LEC restou consignado que: "la doctrina entiende que es conveniente que la cosa juzgada cubra también lo que de hecho

41 Restou consignado no referido julgado que "en estos momentos e a vista de lo que disponen los arts. 222, 2 y 400 LEC, dentro el concepto de cosa juzagada material deben comprenderse tanto los hechos y fundamentos jurídicos alegados e resueltos en la sentencia del processo anterior, como aquéllos que, aún no invocados expresamente pudieron y debieron haber sido alegados, por existir y ser conocidos en aquél momento"

no se ha juzgado pero sí se hubiera podido juzgar" e "la cosa juzgada se extiende incluso a cuestiones no juzgadas, en cuanto deducidas expresamente en el procso, pero que resultan cubiertas igualmente por la cosa juzgada impidiendo su reproducción en ulterior proceso".

Importante ressaltar, ainda, que a decisão faz extensas considerações sobre o art. 1.252 do Código Civil espanhol, o qual previa a tríplice identidade para que duas demandas fossem consideradas iguais e que foi revogado pela LEC, que não exige tal identidade para que ocorram os efeitos da coisa julgada obstadores da rediscussão.

Portanto, não obstante a forte resistência doutrinária, a jurisprudência espanhola vem acolhendo as modificações, inclusive citando, em seus julgados, os motivos da mudança, contantes da exposição de motivos da LEC.[42]

6. OS LIMITES DA EFICÁCIA PRECLUSIVA DA COISA JULGADA NA CONCEPÇÃO TRADICIONAL DA DOUTRINA BRASILEIRA

Conforme já mencionado, a concepção tradicional da doutrina brasileira é de que o fracionamento é perfeitamente possível, não encontrando qualquer tipo de vedação no ordenamento jurídico.[43] Isso se justifica porque o entendimento praticamente unânime é no sentido de que a eficácia preclusiva da coisa julgada abarcaria apenas as questões que poderiam ser alegadas, e não o foram, se relativas ao mesmo pedido ou à mesma causa de pedir deduzidas em juízo.[44]

42 Tradução livre do trecho: *"por un lado, la necesidad de seguridade jurídica y, por outro, la escasa justificación de someter a los mismos justiciables a diferentes procesos y de provocar la correspondiente actividad de los órganos jurisdiccionales, cuando la cuestión o asunto litigioso razonablemente puede zajarse em uno sólo"*

43 Duas exceções a este entendimento, propugnando que a eficácia preclusiva pode abarcar as causas de pedir não alegadas, são encontradas nas obras de Sérgio Sahione Fadel e Araken de Assis: FADEL, Sérgio Sahione. Código de Processo Civil comentado. Rio de Janeiro: Forense, 1982. v. 2, p. 191 e ASSIS, Araken. Cumulação de Ações. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 145-147.

44 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Redimensionamento da coisa julgada. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil. Porto Alegre, n. 28, p. 5-23, jan./fev., 2009, p. 9 e LOPES, *Op, cit.,* p. 23

Ou seja, modificado o pedido ou a causa de pedir, não mais haveria a limitação da eficácia preclusiva e seria perfeitamente possível rediscutir a questão em juízo.[45] A compreensão é ainda reforçada pelo teor do art. 337, §2º, que determina que a identidade de demandas ocorre quando são comuns partes, pedido e causa de pedir.

Quando o fracionamento é apresentado como um problema ao Judiciário brasileiro, ele costuma ser solucionado por vias diversas, que sequer mencionam os limites da eficácia preclusiva, tão arraigada e tradicional é a concepção brasileira do instituto. São soluções comuns, por exemplo, a reunião de ações, a extinção do processo posterior por ausência de interesse de agir, a redução proporcional dos honorários advocatícios, a aplicação de multa por litigância de má-fé, entre outras.[46] [47]

Assim, mesmo diante da ausência de previsão legal, percebe-se que o fracionamento de demandas é conduta que tem, por vezes, incomodado os julgadores, que acreditam que quando este visa à obtenção de alguma vantagem escusa, deve ser vedado. Percebe-

45 "A corrente majoritária entende que a eficácia preclusiva só atinge argumentos e provas que sirvam para embasar a causa petendi deduzida pelo autor. O efeito preclusivo não atinge todas as causas de pedir que pudessem ter servido para fundamentar a pretensão formulada em juízo, mas tão-somente a causa petendi que, de fato, embasou o pedido apresentado pelo autor, e as alegações que a ela se refiram. Assim, entende-se ser possível propor nova ação deduzindo o mesmo pedido, desde que fundado em uma nova causa de pedir. É o que pensam José Carlos Barbosa Moreira, Egas Moniz Aragão, Daniel Mitidiero e Sérgio Porto". (DIDIER Jr., Fredie. Curso de Processo Civil. Jus Podivm: Salvador. 2008, 2ª ed., vol. 2, pág. 570).

46 TJRS, apelação cível 70074912478, rel. Des. Ricardo Pippi Schmidt. TJRS, processo nº 0005593-13.2013.8.21.0028, Juiz Juarez Tormes. TJSP, recurso inominado 1002816-92.2016.8.26.0319, rel. André Luis Bicalho Buchignani. TJSP, Apelação cível 1011452-81.2018.8.26.0576, rel. Des. Rodolfo Pellizari. TJSP; Apelação Cível 1045048-56.2018.8.26.0576, rel. Des. Alcides Leopoldo.

47 Tais soluções, no entanto, não se mostram as mais adequadas: a reunião de ações não apresenta qualquer ônus direto para a parte, e, portanto, não desestimula a conduta do fracionamento. A ausência de interesse de agir, muitas vezes, se mostra inaplicável porque a parte possui os requisitos que compõem o referido interesse, a justificar a busca da tutela jurisdicional. Neste sentido: PINTO, Luciana Ferreira Gomes. O abuso do direito de demandar. 2018. 108 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2018, p. 10. Já a litigância de má-fé se mostra uma solução complexa pela dificuldade de subsunção do fracionamento aos incisos do art. 80. Sobre as hipóteses restritas de litigância de má-fé, ver: MENEZES CORDEIRO, 2006, *op. cit.* p. 93 e 142.

se, ainda, que é bastante comum que o Judiciário busque perquirir qual a vantagem que o litigante ou seu procurador visa a obter com o fracionamento, [48] não considerando tal conduta incorreta ou inadequada por si só, mesmo porque ela não é vedada, mas sempre à vista do ordenamento jurídico como um todo e tendo em consideração o caso concreto em análise.

Por fim, é possível observar uma ausência de uniformidade das decisões que reconhecem que o fracionamento foi indevido, talvez, até mesmo, pela miríade de situações concretas em que ele pode se apresentar, exigindo sempre um exame mais casuístico.

Ressalta-se, contudo, uma vez mais, que, embora sejam inúmeras as soluções e respostas apresentadas pelo Judiciário para o problema, a eficácia preclusiva da coisa julgada sequer costuma ser mencionada, muito em razão da concepção tradicional acerca dos limites do instituto.

7. A SOLUÇÃO ESPANHOLA É APLICÁVEL NO BRASIL?

A solução encontrada pelo ordenamento jurídico espanhol, de, por via legislativa, estabelecer ônus à relitigação indefinida de uma mesma relação jurídica material é, sem dúvidas, interessante. Sua aplicação no Brasil é, *a priori*, possível, desde que modificada a concepção que a doutrina e a jurisprudência possuem dos limites eficácia preclusiva da coisa julgada, conferindo um sentido útil ao instituto – para o que uma alteração legislativa, como ocorrido na Espanha, certamente contribuiria.

A solução espanhola não é, todavia, imune a críticas. Além das problemáticas anteriormente apresentadas e debatidas no tópico 4, as quais se consideram refutadas, há ainda algumas questões que permanecem sem resposta, as quais serão expostas a seguir.

A primeira delas consiste no fato de que o fracionamento de demandas nem sempre se apresenta com um objetivo contrário ao

48 Tal vantagem, como já mencionado pode ser: burlar a fila de precatórios, receber mais honorários de sucumbência, se beneficiar das singularidades dos juizados especiais, etc..

ordenamento jurídico, podendo derivar, inclusive, de mera estratégia processual do advogado, na qual se entende que o juiz não se deve imiscuir.

Além disso, ainda em relação a este ponto, o fracionamento muitas vezes sequer é de conhecimento do litigante, mas deriva de conduta de seu procurador, de modo que pode se mostrar complexo estabelecer responsabilização à parte por conduta que não foi, verdadeiramente, praticada por ela.

A este problema se acresce, ademais, a dificuldade de responsabilização dos causídicos no ordenamento jurídico brasileiro.[49] Deste modo, estabelecer em lei um ônus abstrato, aplicável à generalidade dos casos e situações jurídicas em que o fracionamento ocorre, pode ser inadequado, tendo em vista a possibilidade de existência de casos em que tal conduta não merece repreensão.

Também, é preciso considerar que a mudança promovida pelo art. 400, 1, de fato, altera o objeto do processo e tal alteração tem implicações em outros elementos processuais, como competência, conexão, continência, congruência, pertinência probatória, etc.. Fica o questionamento: seria necessário, a exemplo do que tem sido feito no Direito espanhol, romper com a concepção unitária de objeto processual, admitindo-se a existência de um objeto atual, relativo às questões mencionadas e de um objeto virtual, atinente aos limites da coisa julgada e de sua eficácia preclusiva?

É de se pontuar, ainda, que vigora no Brasil um regime de preclusões muito rígido, de modo que o ônus de jamais relitigar a questão pode ser demasiadamente grave. Após a estabilização da lide, é muito difícil que autor ou réu consigam modificar seus pedidos e causas de pedir. Como a estabilização da lide ocorre logo no início do processo, ocasião na qual é possível que os litigantes ainda não tenham a exata compreensão daquilo que devem e precisam alegar na ação, o ônus de nunca mais poder debater questão atinente àquela relação

49 Importante lembrar, a este respeito, que a responsabilização dos advogados não se dá no mesmo processo em que a conduta indevida é verificada, mas demanda apuração de responsabilidade pelo próprio órgão de classe, conforme art. 77, §º, CPC.

jurídica pode ser especialmente duro para os litigantes[50] e demanda reflexão mais aprofundada.

Por fim, é preciso pensar que, mesmo com a adoção da alteração espanhola, há um tipo de fracionamento que permanece sem solução, a saber, aquele que ocorre quando ainda não transitou em julgado a questão debatida no primeiro processo, atinente à mesma relação jurídica material debatida em um processo posterior.

É que a eficácia preclusiva da coisa julgada só incide, por óbvio, depois que se forma a coisa julgada material sobre a questão,[51] seria necessário, portanto, aguardar que o primeiro processo transitasse em julgado para então estabelecer o ônus à discussão da mesma relação jurídica substancial por meio da eficácia preclusiva. Com isso, não restaria impedido, por exemplo, o fracionamento de uma relação jurídica material em processos concomitantes, que também prejudica a boa administração da justiça[52] e para a qual a alteração espanhola não trouxe solução.

8. NOTAS CONCLUSIVAS

Brasil e Espanha contam agora com compreensões muito diferentes sobre os limites da coisa julgada e sua eficácia preclusiva. Enquanto na Espanha foi estabelecido por alteração legislativa um ônus de concentração de demandas, no Brasil ainda é permitido que o litigante fracione pretensões atinentes à mesma relação jurídica material perante o Judiciário, sem qualquer tipo de consequência.

Aplicar a solução espanhola no Brasil não é simples, requer uma alteração radical da concepção de objeto do processo, rompendo com seu conceito unitário, bem como o enfrentamento da concepção

50 A problemática foi bem exposta por Lílian Patrus Marques em recente *live* disponível no *instagram* "Mulheres no Processo", em 10 de julho de 2020

51 ALVIM, Eduardo Arruda. Curso de Direito Processual Civil. São Paulo: RT, 2000, vol, 1, p. 672.

52 É comum o fracionamento em processos concomitantes no Brasil, para, por exemplo, se ater ao limite de valor da causa dos Juizados Especiais. É exemplo o caso do litigante que sofre danos derivados de um ato ilícito e em uma ação pleiteia a indenização por danos morais e na outra a indenização por danos materiais.

tradicional acerca dos limites da eficácia preclusiva da coisa julgada. Além disso, a aplicação da solução espanhola não é imune a críticas e não resolve todos os problemas advindos do fracionamento, como explanado ao longo deste trabalho.

Não obstante, a busca de soluções para a litigância desnecessária e irresponsável é medida que se impõe, tornando fundamental que sejam repensados os conceitos dos institutos ora mencionados para a consagração de um direito subjetivo de ação consentâneo aos fins do ordenamento jurídico e vocacionado a propiciar uma tutela efetiva do direito material debatido no processo.

9. REFERÊNCIAS

ALVIM, Eduardo Arruda. Curso de Direito Processual Civil. São Paulo: RT, 2000, vol, 1

ASSIS, Araken de. Reflexões sobre a eficácia preclusiva da coisa julgada. AJURIS. Porto Alegre-RS, vol. 44, Ano XV, p. 25-44 , nov. 1988.

ASSIS, Araken. Cumulação de Ações. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

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

BONATO, Giovanni. Algumas considerações sobre a coisa julgada no Novo Código de Processo Civil Brasileiro: limites objetivos e eficácia preclusiva. In: Revista de Processo Comparado. vol. 2/2015. p. 121 – 143. Jul - Dez / 2015

BRASIL. Código de Processo Civil. Lei 13.105, de 16 de março de 2015, Brasília/DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 13/09/2020.

COUTURE, Eduardo J. Fundamentos do Direito Processual Civil. Campinas: Red Livros, 1999

DIDIER Jr., Fredie. Curso de Processo Civil. Jus Podivm: Salvador. 2008, 2ª ed., vol. 2, pág. 570

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do processo.* 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1993

ESPANHA. Código Civil. Real Decreto de 24 de julho de 1889. Madri/ES Disponível em: https://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf. Acesso em: 05/10/2020

ESPANHA. *Ley de Enjuiciamiento Civil.* Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Madri/ES. Disponível em: https://www.boe.es/buscar/pdf/2000/BOE-A-2000-323-consolidado.pdf Acesso em: 05/10/2020

FADEL, Sérgio Sahione. Código de Processo Civil comentado. Rio de Janeiro: Forense, 1982. v. 2.

GUASP, Jaime. *Derecho Procesal Civil.* Madri: Instituto de derechos políticos, 1956

LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada.* São Paulo: Saraiva, 2012

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Relação ente demandas. 2 ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018

MARINONI, Luiz Guilherme. Coisa julgada sobre questão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018

MENEZES CORDEIRO, António. *Litigância de má fé, abuso de direito de ação e culpa "in agendo".* Coimbra: Almedina, 2006

MENEZES CORDEIRO. *A boa fé no Direito Civil.* Coimbra: Almedina, 2017.

MORENO, Damian. La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil -t. II. Comentarios a la LEC 2.000, coordenados por Cortes Dominguez y Moreno Catena. Madrid: Tecnos

PETRELLA, Virginia. Note problematiche sul giudicato in punto di fatto alla luce dei principi del giusto processo civil. In: Studi in onore di Carmine Punzi. Torino: G. Giappichelli, 2008, v. I

PINTO, Luciana Ferreira Gomes. O abuso do direito de demandar. 2018. 108 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2018

SERRA DOMINGUEZ, Comentario al artigo 1252, CC) em AA. CC. Comentarios al Código Civil y a las Leyes civiles forales, dirigidos por ALBALADJO, Madrid, "*Revista de Derecho Privado*", T. XVI-2

SOTELO, José Luis Vasquez. Objeto actual y objeto virtual en el Proceso Civil Español. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra. Processo Civil: novas tendências: estudos em homenagem ao Prof. Humberto Theodoro Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2008

TAPÍA FERNANDEZ em Comentarios a la Ley de Enjuiciamento Civil, T. II, dirigidos por LORCA NAVARRERE y coordenados por GUILARTE GUTIÉRREZ, Valladolid, 2000, Lex Nova 2ª edc.

TARUFFO, Michele. Abuso del Proceso. Revista de la Maestría en Derecho Procesal. V. 6, nº 2, p. 6-29, ago-dez. 2016.

THEODORO JÚNIOR, Coisa julgada limites objetivos e eficácia preclusiva. In: *O direito de estar em juízo e a coisa julgada.* Estudos em homenagem a Thereza Alvim. AURELLI, A.; SCHMITZ, L.; DEFINO, L.; RIBERITO, S.; FERREIRA, W. (coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Redimensionamento da coisa julgada. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil. Porto Alegre, n. 28, p. 5-23, jan./fev., 2009, p. 13

TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil.* São Paulo: revista dos Tribunais, 1993.