

JULGAMENTO EM EXTINÇÃO? O ESTUDO “VANISHING TRIAL” DE MARC GALANTER E A TRANSFORMAÇÃO DA ATIVIDADE JURISDICIONAL NO BRASIL

Maria Cecília de Araujo Asperti*, Susana Henriques da Costa**

RECEBIDO EM:	8.4.2022
APROVADO EM:	CONVIDADO

ESTINZIONE DEL PROCEDIMENTO? LO STUDIO “VANISHING TRIAL” DI MARC GALANTER E LA TRASFORMAZIONE DELL’ATTIVITÀ GIUDIZIARIA IN BRASILE

- **ASTRATTO:** Nel 2004 Marc Galanter ha pubblicato lo studio “The Vanishing Trial: an Examination of Trials and Related Matters in Federal and State Courts”, che descrive una tendenza al declino, sia in termini percentuali che assoluti, dei processi che arrivano a conclusione nel periodo compreso fra gli anni '60 e l'inizio degli anni 2000. Questi dati indicherebbero ciò che l'autore chiama “estinzione del procedimento”, in cui sempre più cause legali non vengono giudicate dalle corti o vengono giudicate secondo il rito abbreviato, prescindendo dunque dalla copertura di tutte le fasi dell'iter processuale. Questo articolo si propone di verificare se anche in Brasile si stia verificando un'analogha tendenza all'“abbreviazione” dell'iter processuale e al reindirizzamento delle cause al di fuori del processo giudiziario. L'articolo cerca inoltre di trasporre le cause ipotizzate da Galanter per spiegare questa trasformazione dell'attività giurisdizionale, confrontando i discorsi relativi al contenzioso e all'accesso alla giustizia, le politiche di gestione processuale e i conseguenti cambiamenti nel ruolo del giudice, le politiche giudiziarie volte a promuovere la ricomposizione e la risoluzione consensuale delle controversie, nonché i progetti di “de-giudizializzazione”, lo spostamento delle controversie e l'imposizione di filtri all'accesso alla giustizia. L'articolo propone quindi una riflessione sui rischi delle scelte politiche che si stanno attualmente prefigurando, concludendo con la necessità di ulteriori misure volte a dare priorità al ruolo redistributivo dei tribunali e all'adeguata risoluzione dei conflitti sociali.
- **PAROLE CHIAVE:** Estinzione del procedimento; accesso alla giustizia; contenzioso di massa; procedura civile; tribunali brasiliani; gestione dei casi.

* Doutora e mestre em Processo Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Professora da Escola de Direito da Fundação Getulio Vargas (FGV-SP). Foi *visiting scholar* na Universidade de Yale pelo programa *Fox International Fellowships* (2011-2012). Pesquisadora do Centro de Estudos em Direitos Humanos e Empresas (CeDHE), da FGV-SP. Advogada orientadora do Departamento Jurídico XI de Agosto, dos alunos e alunas da USP, e do Centro de Assistência Jurídica Saracura (Caju), dos alunos e alunas da FGV-SP. *E-mail*: maria.asperti@fgv.br.

** Professora Doutora em Processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Doutora e Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo. Pesquisadora visitante no Global Legal Studies Center da University of Wisconsin - Madison Law School, com supervisão do professor Marc Galanter, e pesquisadora visitante na Università degli Studi di Firenze. Atualmente, é promotora de justiça e Chefe de Gabinete da Procuradoria-Geral de Justiça no Ministério Público do Estado de São Paulo. É membro do Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais, do Instituto Brasileiro de Direito Processual, da Rede de Pesquisa Justiça Civil e Processo Contemporâneo (PROCNET) e da Law and Society Association. *E-mail*: suscosta@usp.br.

• MARIA CECÍLIA DE ARAUJO ASPERTI
• SUSANA HENRIQUES DA COSTA

Sherlock Holmes e Dr. Watson vão acampar. Depois de armar sua barraca, eles acendem uma fogueira e desfrutam de um jantar agradável e se voltam para uma boa noite de sono antes dos esforços do dia seguinte. No meio da noite, Holmes sacode Watson e diz: “Watson, olhe para cima e me diga o que você deduziu!”

Sacudindo-se para acordar, Watson diz: “Vejo a obra das mãos de Deus! A lua, milhões de estrelas. Se apenas uma pequena fração deles tem planetas como a Terra, certamente deve haver vida lá fora. O que você acha que tudo isso significa, Holmes?”
“Watson, seu idiota! Isso significa que alguém roubou nossa barraca!”¹

- **RESUMO:** Em 2004, Marc Galanter publicou o estudo *The Vanishing Trial: an Examination of Trials and Related Matters in Federal and State Courts*, no qual trata de uma tendência de declínio tanto no percentual quanto no número absoluto de casos resolvidos por um completo julgamento com produção de provas (*trial*) desde os anos 1960 até o início dos anos 2000. Tais dados trariam, portanto, evidências daquilo que o estudioso chamaria de um “julgamento em extinção”, no qual cada vez mais processos estariam sendo deslocados da arena judicial ou, quando nela permanecem, estariam sendo resolvidos de forma “abreviada”, sem que todas as etapas do trâmite processual fossem percorridas. Assim, o presente artigo propõe-se a realizar uma aproximação dessas realidades para verificar se também há no Brasil um movimento de transformação na atividade jurisdicional, refletido em tendências similares de “encurtamento” do trâmite processual e de deslocamento de litígios para fora do processo judicial. Além disso, busca-se transpor as causas especuladas por Galanter para o cenário nacional, comparando os discursos relacionados à litigiosidade e acesso à justiça, as medidas de gerenciamento processual e consequentes mudanças no papel do juiz, as políticas de promoção do acordo e de meios consensuais pelo Judiciário, bem como projetos e políticas de desjudicialização, o deslocamento de disputas e a imposição de filtros ao acesso à justiça. Ao final, reflete-se sobre os riscos das escolhas de política judiciária que vêm sendo atualmente

1 Este trecho é a citação que encerra o estudo “Vanishing Trial”, de Marc Galanter. No original: “Sherlock Holmes and Dr. Watson go camping. After pitching their tent, they make a fire and enjoy a pleasant dinner and turn in for a good sleep before the next day’s exertions. In the middle of the night, Holmes shakes Watson awake and says: “Watson, look up and tell me what you deduce!” Shaking himself awake, Watson says, “I see God’s handiwork! The moon, millions of stars. If only a tiny fraction of them have planets like Earth, surely there must be life out there. What do you think it all means, Holmes?” “Watson, you fool! It means someone has stolen our tent!” (tradução livre).

priorizadas, concluindo pela necessidade de se conferir primazia ao papel redistributivo da atividade jurisdicional e ao adequado enfrentamento dos conflitos sociais.

- **PALAVRAS-CHAVE:** Julgamento em extinção; acesso à justiça; litigância de massa; processo civil; judiciário brasileiro; gerenciamento de processos.

VANISHING TRIAL? MARC GALANTER'S "VANISHING TRIAL" AND THE TRANSFORMATION OF ADJUDICATION IN BRAZIL

- **ABSTRACT:** In 2004, Marc Galanter published the study "The Vanishing Trial: an Examination of Trials and Related Matters in Federal and State Courts", which describes a declining trend, both in percentage and in the absolute number, of cases resolved by a complete *trial* with a production of evidence from the 60s until the beginning of the 2000s. Such data would indicate what he would call "vanishing trial", in which more and more lawsuits were being moved away from courts or would be judged in an "abbreviated" way, without all the stages of the procedural process being covered. This article proposes to bring these realities closer together in order to verify whether there is also a similar transformation trend in Brazil, with similar tendencies of "shortening" the procedural process and the redirection of claims outside of the judicial process. It also seeks to transpose the causes speculated by Galanter in order to explain this transformation in jurisdictional activity by comparing the discourses related to litigation and access to justice, the procedural management policies and consequent changes in the role of the judge, judicial policies to promote settlement and consensual dispute resolution, as well as "dejudicialization" projects, displacement of disputes and the imposition of filters on access to justice. The article thus proposes a reflection on the risks of the political choices that are currently being prioritized, concluding with the need for other measures aimed at prioritizing the redistributive role of courts and the adequate resolution of social conflicts.
- **KEYWORDS:** Vanishing trial; access to justice; mass litigation; civil procedure; brazilian courts; case management.

• MARIA CECÍLIA DE ARAUJO ASPERTI
• SUSANA HENRIQUES DA COSTA

1. “Vanishing Trial” e a análise de Marc Galanter sobre a transformação da atividade jurisdicional

No artigo de 2004 intitulado *The Vanishing Trial: an Examination of Trials and Related Matters in Federal and State Courts*, Marc Galanter compila e analisa séries históricas de dados da justiça federal e estadual estadunidense. O estudioso ainda aponta para uma tendência de declínio tanto no percentual quanto no número absoluto de casos resolvidos por um completo julgamento com produção de provas (*trial*) desde os anos 1960 até o início dos anos 2000.

O conceito de *trial* utilizado nessa análise é o de “um procedimento contestado no qual provas são produzidas”² (GALANTER, 2004, p. 461, tradução nossa). Isso incluiria, segundo ele, tanto julgamentos nos processos judiciais, nos quais há instrução probatória, como outros procedimentos decisórios, nos quais há apreciação de evidências para além dos argumentos iniciais – como em uma audiência para determinar a adequação de uma ordem de restrição temporária. Segundo o estudo, essa forma de adjudicação foi substituída ao longo dos anos por formas de adjudicação *pretrial*, ou seja, procedimentos “encurtados” ou abreviados, em que a decisão judicial é proferida apenas com base nas argumentações escritas, questões de direito e transações consensuais (*settlement*) – não com fulcro na investigação judicial dos fatos do caso no entanto. Em outras palavras, haveria uma queda no número de casos em que todas as fases processuais seriam percorridas em favor de um aumento do volume de processos nos quais a decisão é dada ainda nas primeiras etapas do trâmite processual.

O estudo descreve que o percentual de casos julgados de forma “completa” (*trial*) na justiça federal foi de 11,5% em 1962 para 1,8% em 2002 e, em termos de números absolutos, houve um declínio de 60% entre os anos 1980 e 2000. Nas cortes estaduais, com dados mais dispersos, entre 1976 e 2002, os *trials* diminuíram 33% em 22 estados (GALANTER, p. 522-523). Ainda que se verifique que o declínio foi mais acentuado na área de responsabilidade civil (*torts*) do que na de direitos civis (*civil rights*), os dados indicam um declínio em todas as categorias analisadas.

Com base nisso, Galanter (2004) indica que, a despeito de um crescimento em todas as esferas da produção jurídica – isto é, mais leis, regulações, precedentes, doutrina e

² *Atrial is defined as ‘a contested proceeding at which evidence is introduced’.*

teoria, advogados, gastos, representações populares -, o qual supera, inclusive, o crescimento econômico e social, os *trials* estariam de fato diminuindo nos EUA (2004, p. 522-523); passando, enfim, para uma análise das causas desse declínio e de suas consequências.

O autor traz, então, especulações sobre como esse cenário seria influenciado por discursos ideológicos sobre a justiça e sobre a litigância, pela atuação de grandes litigantes e, principalmente, de entes corporativos - ou, como ele chama, as pessoas artificiais (*artificial people*) ou AP's (GALANTER, 2006) -, bem como por medidas de gestão judiciária e gerenciamento de processos e o uso de meios alternativos de solução de conflitos e incentivo à conciliação.

Ainda nesse exercício especulativo, Galanter distingue aquilo que, a seu ver, pode ter influenciado um declínio histórico (ou de longo prazo), identificado desde antes dos dados coletados, que datam dos anos 1960, de um declínio mais agudo (ou de curto prazo), verificado no período entre os anos 1980 e 2000 (GALANTER, 2005, p. 1264-1265).

Com relação a esse declínio histórico, o estudioso interpreta que a redução de casos levados a *trial* pode refletir as limitações do judiciário para responder à crescente demanda por acesso, decorrente do crescimento econômico e da inserção de uma parcela cada vez maior de grupos, como mulheres, minorias raciais, prisioneiros e outras esferas marginalizadas da justiça estatal. Com mais casos e litigantes e sem um aumento correspondente na estrutura do judiciário, menos casos conseguiriam obter uma "adjudicação completa" (GALANTER, 2005, p. 1264), ou um processo judicial no qual todas as fases seriam percorridas até a decisão final. Nesse cenário, juizes e advogados estimulariam cada vez mais outras formas de solução de conflitos, inclusive mediante negociação e barganha, de modo a evitar a tramitação processual de todos os casos ajuizados. Assim, a famosa promessa estadunidense do "dia na corte" (*day in court*) teria sido, aos poucos, substituída por uma oportunidade de "barganhar à sombra da lei" (*bargaining in the shadow of the law*),³ de modo que a experiência com a justiça estaria sendo revisitada em decorrência dessas limitações estruturais e da incapacidade de responder à crescente demanda por justiça.

3 Nesse ponto, Galanter cita o famoso texto que consagra a expressão "barganhar à sombra da lei", no qual Robert H. Mnookin e Lewis Kornhauser argumentam que a legislação sobre divórcio tem por principal objetivo estabelecer as condições para tratativas fora da justiça estatal ("Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce", *Yale Law Journal*, v. 88, 950, 1979).

- MARIA CECÍLIA DE ARAUJO ASPERTI
- SUSANA HENRIQUES DA COSTA

Contudo, para Galanter (2005, p. 1264), esses fatores não explicariam a queda mais acentuada, verificada nos dados entre 1980 e 2002. Esse declínio, então considerado recente, seria decorrente de uma verdadeira “transformação no produto judicial” (GALANTER, 2005, p. 1265), com um aumento de atividades de gerenciamento e de “encurtamento” (ou sumarização) dos procedimentos e uma redução expressiva dos casos nos quais haveria uma efetiva aplicação do direito a partir da cognição dos fatos, além de um deslocamento de processos para outras vias de solução de conflitos ou para os meios alternativos (*alternative dispute resolution* ou ADR).

Segundo o estudioso, essa transformação acarretaria significativas consequências para o processo judicial, em especial uma redução na produção de precedentes embasados em fatos e na consolidação de entendimentos que servem de sinais ou marcadores para a facilitação de acordos. Ainda, haveria mudanças substanciais em experiência, autoimagem e imagem pública dos juízes e a redução do número de advogados efetivamente preparados para condução de *trials*, alterando-se a própria concepção do trabalho da advocacia contenciosa (GALANTER, 2005, p. 1273). O autor também argumenta pela produção de efeitos sociais mais amplos, como a responsabilização das instituições perante fóruns públicos; o acesso a direitos por diferentes litigantes; e a própria percepção de acesso à justiça, além de mudanças nas percepções do público e dos litigantes sobre a justiça, a autoridade das cortes e a aplicação da lei.

O estudo sobre o *Vanishing Trial* causou importante impacto na academia jurídica estadunidense.⁴ Sua apresentação ao público se deu inicialmente em dezembro de 2003, em um simpósio do *ABA Litigation Section*, seguida da sua publicação no notório *Journal of Empirical Legal Studies*. Na sequência, em um simpósio da *Stanford Law Review*, Galanter intensificou a sua análise, culminando em um artigo no qual aprofunda sua especulação sobre as causas desse declínio (GALANTER, 2005). O debate acadêmico sucedeu mais um simpósio na *Dispute Resolution Magazine*, em que diversos autores comentam as tendências no âmbito processual e no uso de ADR nos EUA, discutindo, ainda, o declínio dos *trials* sob variadas perspectivas (LANDE, 2006). Nos anos que se seguiram, o estudo continuou a inspirar reflexões – dentro e fora do contexto estadunidense – sobre a privatização da justiça, as mudanças procedimentais e a transformação da atividade jurisdicional.⁵

4 De acordo com o Google Acadêmico, são mais de 1200 citações do trabalho. Busca realizada em 3 mar. 2021 na plataforma <https://scholar.google.com.br/>.

5 Entre os autores que comentaram os dados de *Vanishing Trial*, Judith Resnik (2004, p. 787) trata, por exemplo, sobre a falta de informações sobre casos que são levados a outras esferas fora da justiça estatal, o que dificulta averiguar se

Embora os dados utilizados por Galanter já não sejam mais atuais, as preocupações levantadas nesse debate sobre o *Vanishing Trial* ainda são, como se verá, bastante pertinentes, inclusive para o contexto brasileiro. A hipótese que o presente artigo levanta é que, também no Brasil e ainda com mais veemência atualmente, é possível se verificar uma transformação na atividade jurisdicional a qual se reflete em tendências similares de “encurtamento” do trâmite processual e, ainda, de deslocamento de litígios para fora da arena judicial, tal como apontado por Galanter.

Quanto às ressalvas acerca dessa aproximação do estudo de Galanter com a realidade brasileira, uma primeira dificuldade é a comparação entre o procedimento civil estadunidense, no qual, resguardadas as particularidades das justiças estaduais, é reservado ao júri um papel importante nas causas cíveis, conforme previsto na Sétima Emenda da Constituição dos EUA - algo distante da realidade brasileira, uma vez que o julgamento pelo Tribunal do Júri aplica-se somente para os crimes dolosos contra a vida (Código de Processo Penal, artigo 74, §1º).

Nesse tocante, menos relevante do que um paralelo dogmático estrito - até porque seria inviável - é a aproximação de tendências acerca *da forma de julgar*, de modo a se investigar justamente a transformação da atividade jurisdicional apontada por Galanter (2005). No caso, alguns paralelos interessantes podem ser traçados, como a comparação entre o julgamento sem o *trial* e as formas de julgamento do regramento brasileiro, nas quais haja um “encurtamento” ou uma abreviação das fases processuais, seja em favor de uma decisão terminativa sem resolução de mérito, seja em casos de julgamento antecipado, em que a decisão é dada com base nas provas documentais já coletadas. Há, também, os casos de aplicação de teses jurídicas repetitivas, sem que haja, então, uma aplicação individualizada do direito ao caso concreto (conforme previsto nos artigos 985 e 1.040, do Código de Processo Civil de 2015 - CPC/2015) e os casos nos quais seja apenas homologada uma transação realizada entre as partes. Nessas situações, entende-se que, na linha do que é apontado pelo estudo *Vanishing Trial*, também não há um exame particularizado dos fatos, tampouco o enquadramento destes ao direito aplicável de modo individualizado.

É possível aproximar, ainda, as tendências apontadas por Galanter de estímulo à realização de acordos ou de deslocamento de processos para fora do Judiciário ou do

os *trials* estão, de fato, extinguindo-se ou talvez estivessem migrando e se modificando, em um processo de privatização da adjudicação, no qual os incentivos e atuação das profissões jurídicas seriam cruciais para se determinar o futuro da adjudicação estatal.

• MARIA CECÍLIA DE ARAUJO ASPERTI
• SUSANA HENRIQUES DA COSTA

processo judicial (2005), o que pode ser comparado com as medidas de estímulo ao uso da conciliação e de outros meios alternativos dentro e fora do Judiciário adotadas no Brasil, bem como medidas de filtros processuais e de promoção da desjudicialização, conforme se adentrará na terceira parte deste artigo.

Outra dificuldade comparativa diz respeito aos dados disponíveis, uma vez que, no Brasil, tem-se informações levantadas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em particular pelo Relatório “Justiça em Números”, que permitem analisar tendências de litigância e de gestão da justiça, porém não há registros sobre sentenças terminativas sem resolução de mérito, julgamento antecipado do mérito ou de aplicação de teses jurídicas, tão somente de sentenças homologatórias de acordo.

A esse respeito, a análise realizada neste trabalho também é, como feito por Galanter (2004), especulativa, partindo-se dos dados disponíveis sobre litigiosidade e sobre o exercício da atividade jurisdicional nos últimos anos, conforme séries históricas disponíveis nos dados do Judiciário brasileiro, para então se debruçar sobre recentes mudanças legislativas e institucionais, bem como discursos e medidas que com estas se relacionam, além de verificar se é possível afirmar que a atividade jurisdicional também se encontra em transformação. A partir desse conjunto de informações, objetiva-se, assim como feito em *Vanishing Trial*, mapear tendências e perspectivas, trazendo à tona algumas preocupações para debate e reflexão.

Enfim, é válido ressaltar que, embora Galanter trate de dados sobre a justiça criminal nos EUA, apontando uma queda acentuada dos *trials* e um importante debate sobre o uso de vias negociais no âmbito penal, o presente estudo não adentra essa seara, que certamente merece um tratamento detido e específico também no contexto brasileiro.

2. Pode-se falar em uma transformação da atividade jurisdicional no Brasil?

Como mencionado, o estudo conduzido por Marc Galanter em *Vanishing Trial* (2004) é essencialmente descritivo e consiste em uma compilação e análise de dados de séries históricas, tanto da justiça federal quanto estadual, acerca de processos judiciais que terminam ou não em *trial* nos EUA, no período entre 1962 e 2002. De modo especulativo, o autor levanta hipóteses que justificariam os números verificados: o que indicam em termos de tendências, causas ensejadoras e perspectivas futuras. No caso brasileiro, os dados disponíveis acerca do Judiciário, em particular aqueles compilados pela série

“Justiça em Números”, do Conselho Nacional de Justiça – embora não tragam as mesmas informações que as bases utilizadas em *Vanishing Trials* –, permitem algumas interessantes análises e paralelos que denotam possíveis tendências a serem discutidas em termos de transformações recentes na atividade jurisdicional.

Tratando, inicialmente, de dados sobre litigiosidade, Galanter explica que a tendência de redução nos *trials* não se confunde ou não pode ser explicada por uma redução no ajuizamento de casos novos, logo, no período analisado, há um efetivo aumento no ingresso de novos casos que seria cinco vezes maior do que o crescimento populacional (GALANTER, 2004, p. 485). Em verdade, o número de casos novos nesse período (*filings*) aumentou, a partir de 1962, de 260 por milhão de pessoas para quatro vezes esse volume; desde então, vem flutuando, porém de modo eminentemente crescente até 2002, chegando a 3000 casos novos a cada milhão de habitantes (2004, p. 491). Assim, fica claro que esse declínio não corresponde a uma redução de litigiosidade, mas a uma transformação na forma como os litígios são administrados pelas cortes estadunidenses.

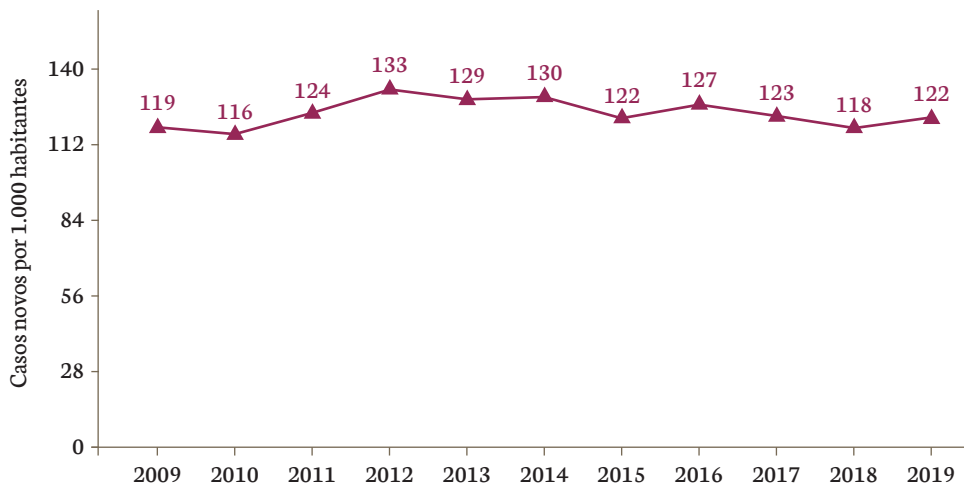
Em uma primeira análise, essa assertiva poderia ser aplicável ao contexto atual brasileiro, uma vez que os dados do CNJ também apontam que o número de casos ajuizados anualmente não fora reduzido. Consoante dados do Relatório “Justiça em Números”, de 2019 (CNJ, 2020), o número de casos novos passou de 28,3 milhões em 2018 para 30,2 milhões em 2019 (+6,7%). Destes, 68,4% ingressaram na Justiça Estadual, seguidos de 17,2% na Justiça Federal e 11,7% na Justiça do Trabalho, com percentuais menores ingressados nos Tribunais Superiores (2,4%), Justiça Eleitoral (0,3%), Justiça Militar Estadual e Auditoria Militar da União (menos de 1%). Há uma importante exceção nessa tendência de crescimento: na Justiça do Trabalho, a série histórica havia apresentado um aumento constante de 2009 a 2017 (2,4 a 4,3 milhões) e, a partir desse ano, com a promulgação e a entrada em vigor da Reforma Trabalhista (Lei nº 11.467/2017), o volume de casos novos apresenta um declínio, de 4,3 para 3,5 milhões.

A despeito das informações indicarem o aumento no número de ações judiciais ingressadas anualmente em quase todas as esferas da justiça, o dado sobre processos ajuizados por habitante parece desafiar o discurso vigente de crescente litigiosidade no Brasil (SILVA, 2018). Ainda, esse mesmo dado, similar ao colacionado por Galanter para o contexto estadunidense, busca eliminar a incidência do aumento populacional. Nesse sentido, a série histórica do CNJ demonstra que o volume de casos novos por mil

• MARIA CECÍLIA DE ARAUJO ASPERTI
• SUSANA HENRIQUES DA COSTA

habitantes mantêm-se estável na última década, oscilando entre 119 e 122 casos por milhão de habitantes:

FIGURA 1 • SÉRIE HISTÓRICA DOS CASOS NOVOS POR 1.000 HABITANTES SEGUNDO O RELATÓRIO “JUSTIÇA EM NÚMEROS 2019”



FONTE: CNJ, 2020, P. 99.

Outro discurso muitas vezes reproduzido é o de que a justiça cada vez menos dá conta do volume de processos, em uma situação de crescente congestionamento, morosidade e ineficiência, que embasaria a necessidade de medidas tais quais aquelas descritas na terceira parte deste trabalho.

Contudo, dados do CNJ sobre a relação entre casos novos e “processos baixados”⁶ mostram que esta tem se alterado de forma bastante significativa: enquanto entre 2009 e 2017 o volume de ambos se equivalia, há, desde então, uma inflexão, de modo que o volume destes ultrapassa o daqueles. Atenta-se também ao aumento expressivo de processos baixados de 2018 para 2019, passando de 31,7 milhões de casos ajuizados para 35,4 milhões (+12%).

⁶ Para o CNJ (2020), “um processo recebe baixa quando é enviado a um tribunal ou instância diferente, após transitar em julgado ou caso seja arquivado em definitivo” (CNJ, “Processos pendentes na Justiça apresentam queda inédita”).

FIGURA 2 • SÉRIE HISTÓRICA DOS CASOS NOVOS E PROCESSOS BAIXADOS SEGUNDO O RELATÓRIO “JUSTIÇA EM NÚMEROS 2019”



FONTE: CNJ, 2020, P. 94.

Uma observação importante: os dados do CNJ utilizam-se do conceito de “processo baixado”, que se dá quando o (i) processo é enviado a uma instância ou tribunal diferente; (ii) há o trânsito em julgado; ou (iii) há um arquivamento definitivo. Esses dados não refletem de forma alguma em que qualidade se deu essa “baixa”, isto é, se houve um julgamento de mérito, instrução probatória, se foi aplicada uma tese jurídica etc. Sabe-se, apenas, que aquele processo em especial não está mais tramitando naquele órgão. Assim, a forma de coleta de dados revela uma preocupação mais acentuada com a gestão quantitativa do que com a qualitativa, importando muito mais o quanto é julgado do que como se dá esse julgamento. Isso porque a transformação que ora se aponta é também eminentemente quantitativa, embora, como se verá a seguir, especula-se que esse aumento no volume de julgamentos também reflete uma mudança na sua natureza.

No que diz respeito ao acervo total de processos, verifica-se, também desde 2017, uma tendência de redução no volume de casos pendentes, possivelmente um efeito desse aumento de processos baixados acima identificado, em conjunto com a redução da entrada de casos novos na Justiça do Trabalho, como já apontado.

• MARIA CECÍLIA DE ARAUJO ASPERTI
• SUSANA HENRIQUES DA COSTA

FIGURA 3 • SÉRIE HISTÓRICA DE CASOS PENDENTES SEGUNDO O RELATÓRIO “JUSTIÇA EM NÚMEROS 2019”



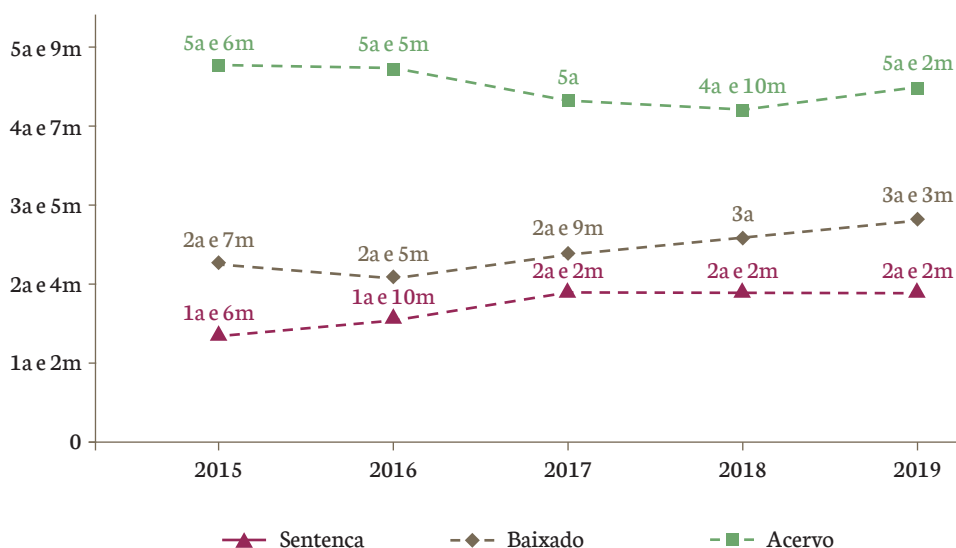
FONTE: CNJ, 2020, P. 95.

Os dados do CNJ (2020, p. 93) indicam um total de 77,1 milhões de processos pendentes. Da série histórica, extrai-se que desde 2009 o acervo do Judiciário brasileiro vinha crescendo, quando, em 2017, constatou-se um “freio” e, em 2018, uma redução no volume de casos pendentes de quase um milhão de processos judiciais. Em 2019, a redução foi mais expressiva, na ordem de menos 3%. Ainda segundo o CNJ (2020), esse resultado decorreria das políticas e ferramentas de gestão, de controle e de “incentivo ao aprimoramento da prestação jurisdicional”, que se refletiram no aumento do Índice de Atendimento à Demanda (IAD), um indicador que verifica a relação entre o volume de processos baixados e casos novos: caso esse indicador seja de 100%, significa que o número de processos julgados foi equivalente ao de casos ingressados. Em 2019, o IAD das justiças brasileiras foi de 117,1%, ou seja, foram julgados mais processos do que o volume de novos casos.

O relatório aponta que a redução de estoque se deu de forma mais significativa na Justiça Estadual e na Justiça do Trabalho, e correlaciona, com relação a esta última, a redução do estoque em um milhão de processos nos últimos dois anos à Reforma Trabalhista, conforme já mencionado. A Justiça Federal, diversamente, continua apresentando uma tendência de crescimento de casos pendentes.

Com relação ao tempo de duração dos processos, as séries históricas ainda são bastante limitadas, visto que são contabilizadas apenas desde 2015. Há dados sobre o tempo médio até a baixa (hoje avaliado em 3 anos e 3 meses) e até a sentença (2 anos e 2 meses). Considerando o acervo de modo geral, o que inclui as execuções, o índice é de 5 anos e 2 meses.

FIGURA 4 · SÉRIE HISTÓRICA DO TEMPO MÉDIO DE DURAÇÃO DOS PROCESSOS SEGUNDO O RELATÓRIO “JUSTIÇA EM NÚMEROS 2019”



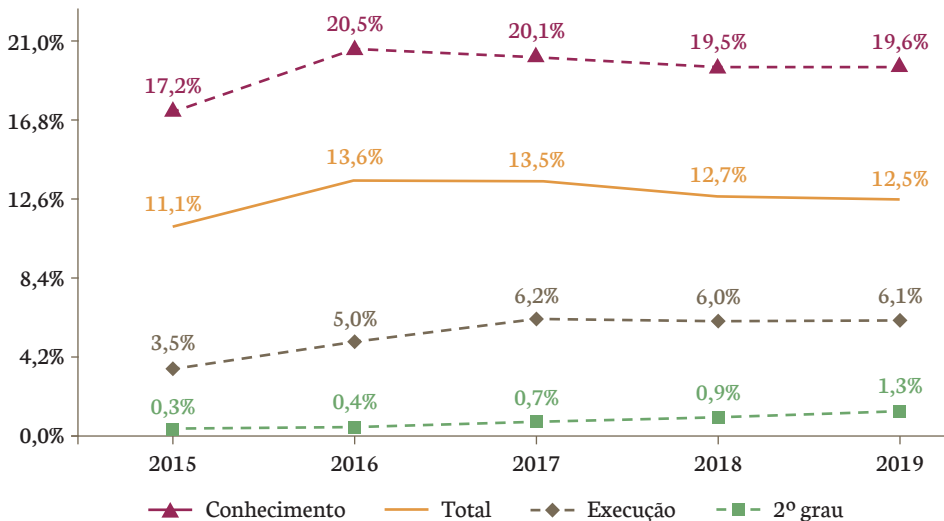
FONTE: CNJ, 2020, P. 181.

Um dado que chama bastante atenção e merece ser aprofundado: se o tempo médio do acervo do Poder Judiciário foi de 5 anos e 2 meses, ao serem desconsiderados os processos suspensos em razão do reconhecimento de repercussão geral (art. 1.035, CPC/2015) ou recursos repetitivos (art. 1.036, CPC/2015), “ou seja, computado o tempo médio entre a distribuição e a data do sobrestamento/suspensão dos autos, o tempo médio reduz para 4 anos” (CNJ, 2020, p. 187). A esse respeito, vale trazer também dados do CNJ (2018, p. 19) sobre o volume total de processos sobrestados em razão dessas técnicas e da instauração de incidentes de resolução de demandas repetitivas (“IRDR”, art. 976, CPC/2015) e de incidentes de assunção de competência (“IAC”, art. 947, CPC/2015), que, em 2017, remontavam 2.133.045 processos, equivalentes a mais de 2,5% do total dos processos então pendentes no Judiciário brasileiro.

• MARIA CECÍLIA DE ARAUJO ASPERTI
• SUSANA HENRIQUES DA COSTA

Ainda, é necessário também tratar dos dados sobre acordos homologados pela justiça. Em 2019 (CNJ, 2020, p. 172), 12,5% dos processos foram julgados por sentenças homologatórias de acordo. Verificou-se um aumento - desde a entrada em vigor do CPC/2015, em 2016 - de 5,6%, o que pode ser atribuído à previsão de audiência obrigatória de conciliação e mediação (artigo 334), embora o número em si não seja tão significativo se analisarmos o total de sentenças homologatórias nos últimos anos, o qual permaneceu em uma flutuação entre 11% e 12%.

FIGURA 5 • SÉRIE HISTÓRICA DE ÍNDICE DE CONCILIAÇÃO SEGUNDO O RELATÓRIO "JUSTIÇA EM NÚMEROS 2019"



FONTE: CNJ, 2020, P. 172.

Por fim, dados sobre as execuções fiscais também sugerem mudanças na atividade jurisdicional, conforme se verá a seguir. Sabe-se que as execuções fiscais são historicamente responsáveis por uma parcela considerável do acervo da justiça: em 2019, continuaram representando 39% dos casos pendentes, com uma taxa de congestionamento de 87%, isto é, apenas 13% dos casos pendentes são baixados de um ano para o outro (CNJ, 2020, p. 155-156). Entretanto, os dados demonstram uma redução nos últimos dois anos no acervo total de execuções fiscais (-3,3%) e de casos novos no último ano (-5,1%).

Verifica-se, então, que há indícios de uma transformação na atividade jurisdicional, ainda que os dados permitam apenas olhar para essa tendência de modo eminentemente quantitativo: a justiça brasileira está, na verdade, julgando mais processos

por ano. Esse aumento de produtividade reflete o incremento nas atividades de gestão, evidenciadas nos números acerca de processos baixados, das execuções em andamento e nos de conciliação e mediação judiciais, embora não indiquem uma tendência de crescimento acentuada. Esses dados, no entanto, não refletem – ao menos, por ora – uma redução expressiva no tempo de tramitação processual, despontando-se, ainda, efeitos do sobrestamento de processos em virtude da utilização de técnicas de julgamento como a repercussão geral e os recursos repetitivos, muito associadas à gestão processual, como também se verá na terceira parte.

Os dados também sugerem que pode haver um deslocamento de litígios para fora da arena judicial, em especial no âmbito da Justiça do Trabalho, a qual, segundo o próprio CNJ, seria um reflexo da Reforma Trabalhista em 2017 e das mudanças realizadas no âmbito procedimental, favorecendo a realização de acordos, mas também promovendo desincentivos à parte autora, tais como o endurecimento dos critérios de justiça gratuita e a possibilidade de condenação em honorários de sucumbência, mesmo para o beneficiário da gratuidade processual.

Para além desse cenário, uma informação de suma relevância para compreensão do cenário da litigância é o que trata não do quanto se litiga, mas, sim, de quem litiga na justiça brasileira. Os dados do Relatório dos “100 Maiores Litigantes” emitido em 2012 pelo CNJ – o qual deixou de ser levantado desde então – demonstra que 38,2% do total de ações ingressadas em 2011 envolviam, em um dos polos, um dos 100 maiores litigantes mapeados pelo estudo (CNJ, 2012). Desse total, 12,14% envolviam algum ente do setor público federal e 10,88% tinham como parte ativa ou passiva algum banco. Similarmente, o estudo da Associação de Magistrados Brasileira – focado nos estados da Bahia, Distrito Federal, Espírito Santo, Mato Grosso do Sul, Paraíba, Rio de Janeiro, Roraima, Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Sergipe e São Paulo – demonstrou que os 100 maiores litigantes estão envolvidos em 23,6% dos casos no polo ativo e 24,36% no polo passivo dos processos em primeiro grau (AMB, 2015).

Esses números demonstram uma forte concentração do uso da justiça no Brasil em favor de alguns poucos atores, o que pode ser caracterizado como um cenário de oligopolização da Justiça, em que poucos entes – aqueles descritos por Galanter (2006) como *artificial persons* (APs) – ocupam o sistema Judiciário com considerável frequência (na posição de autores e réus) do que a população de modo geral. Esse fator certamente é relevante para investigar se e como as causas apontadas por Galanter são aplicáveis ao cenário brasileiro.

• MARIA CECÍLIA DE ARAUJO ASPERTI
• SUSANA HENRIQUES DA COSTA

3. Discursos e medidas que influenciam uma transformação na atividade jurisdicional no contexto brasileiro

Como já dito acima, não se pretende, neste artigo, fazer uma comparação minuciosa de dados ou de institutos processuais entre Estados Unidos e Brasil, mas esboçar uma aproximação nas análises de tendências e de especulação de causas e consequências para verificar se, no Brasil, há também uma transformação na atividade jurisdicional, caracterizada pela diminuição do número de disputas resolvidas pelo Poder Judiciário por meio de julgamentos completos (*trials*), o que acarretaria, ao final, uma mudança sobre o modo de decidir e sobre o próprio papel desempenhado pelo Judiciário em nossa sociedade.

A análise dos dados descrita na parte anterior já desponta para uma transformação, ao menos quantitativa, na atividade jurisdicional, bem como para a contestação de discursos dominantes, em especial aqueles que traçam um quadro de crescente litigiosidade, morosidade e excesso de acesso à justiça. Os dados mostram que (i) os índices de litigiosidade não apresentam grande variação na última década; (ii) há um aumento no volume de casos baixados nos últimos anos; (iii) há uma redução de casos novos especificamente na Justiça do Trabalho; (iv) o tempo de duração do processo é muito impactado por medidas de sobrestamento de processos; e (v) há uma concentração do uso da justiça em casos envolvendo um número restrito de litigantes.

Traçado o cenário, algumas das causas apontadas por Galanter (2005) podem ser transpostas como modelos de análise para a realidade no Brasil e podem ajudar no entendimento sobre as escolhas políticas sobre justiça realizadas no Brasil nos últimos anos, bem como aquelas que vêm sendo propagadas como medidas a serem tomadas muito em breve.

3.1 Discursos, percepções e a ideologia sobre a explosão da litigiosidade e excesso de acesso à justiça

Dentre as causas para o declínio dos *trials* ou para a transformação da atividade jurisdicional nos EUA, Galanter chama atenção para as medidas e efeitos decorrentes daquilo que chama de *jaundiced view* (em tradução livre, “visão amarga”), isto é, percepções sobre o sistema legal baseadas na ideia de que o uso do Judiciário é feito de modo

indiscriminado e abusivo, ao veicular assuntos frívolos, e que o Judiciário é arbitrário, imprevisível e fora de controle, com prejuízo direto à economia e à sociedade como um todo (GALANTER, 1998, p. 717). Tal visão, segundo ele, teria sido encampada por grandes setores econômicos, que entoam o discurso da “explosão da litigiosidade” e de seus efeitos perniciosos ao tecido social estadunidense (GALANTER, 2006, p. 1266-1267). Resumidamente, as causas dessa explosão seriam o uso indiscriminado do direito de ação por litigantes oportunistas, estimulados por advogados gananciosos e por juízes ativistas e jurados tendenciosos, que assegurariam a esses litigantes o recebimento de indenizações volumosas às custas de empresas inocentes. A conclusão é de que a litigância estaria prejudicando a economia e que a solução seria a promoção de filtros, a desjudicialização e a desregulação (GALANTER, 2005, 1272).⁷

Nesse sentido, também é possível identificar no Brasil um discurso que associa problemas do Judiciário, como a litigiosidade, morosidade e o congestionamento, a um excesso de acesso à justiça,⁸ decorrente do abuso de políticas públicas de facilitação do ingresso de demandas no Judiciário a grupos entendidos como hipossuficientes ou vulneráveis (consumidores, pessoas de baixa renda, contribuintes, servidores públicos, titulares de benefícios sociais etc.), tais como a facilitação do acesso nos juizados especiais, a legitimação extraordinária para ajuizamento de ações coletivas e a suspensão da exigibilidade do adiantamento de custas e despesas processuais decorrentes da gratuidade de justiça (art. 98 e seguintes do CPC; art. 5º, LVXXIV, da Constituição Federal).

A esse respeito, é possível levantar alguns exemplos do discurso sobre uma “explosão de litigiosidade” em curso, que prejudica o país social e economicamente. Essa litigiosidade seria fruto da atuação abusiva e arbitrária das partes e de seus advogados, bem como do próprio funcionamento do Judiciário, que se mostra imprevisível

7 Em sentido similar, Deborah L. Rhode argumenta que a mobilização promovida por grandes litigantes parte de narrativas anedóticas de litígios retratados como frívolos, que acabariam recebendo desproporcional atenção dos operadores do direito e da mídia, fomentando a crença do norte-americano como um povo excessivamente litigioso (RHODE, 2004, p. 39-41).

8 É sintomático, nesse sentido, o texto da carta de apresentação do Anteprojeto do CPC/2015, de autoria do Ministro Luiz Fux, então presidente da comissão responsável: “Como vencer o volume de ações e recursos gerado por uma litigiosidade desenfreada, máxima num país cujo ideário da nação abre as portas do judiciário para a cidadania ao dispor-se a analisar toda lesão ou ameaça a direito? Como desincumbir-se da prestação da justiça em um prazo razoável diante de um processo prenhe de solenidades e recursos? Como prestar justiça célere numa parte desse mundo de Deus, onde de cada cinco habitantes um litiga judicialmente? (...) O Brasil clama por um processo mais ágil, capaz de dotar o país de um instrumento que possa enfrentar de forma célere, sensível e efetiva, as misérias e as aberrações que passam pela Ponte da Justiça” (BRASIL, 2010, p. 8-9). Para uma análise mais detida dos discursos sobre acesso à justiça e litigiosidade e as mudanças verificadas nas últimas décadas, especificamente desde a Constituição Federal de 1988 até o CPC/2015, cf. Asperti, Costa e Gabbay, 2019.

• MARIA CECÍLIA DE ARAUJO ASPERTI
• SUSANA HENRIQUES DA COSTA

e inconsequente. É um caso desses o texto da Nota Técnica nº 1/20 do Centro de Inteligência dos Juizados Especiais do Rio Grande do Norte, o qual não apresenta dados que comprovem o suposto uso predatório dos juizados por consumidores de forma sistemática e, ainda assim, conclui pela existência de litigância abusiva como uma das principais causas de ineficiência deste fórum:

(...) com o passar dos anos, o sucesso dos Juizados neste aspecto, levou a uma crescente demanda e acúmulo de processos, fato este decorrente da ampliação da sua competência, notadamente com o advento dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, bem como *em razão da proliferação de demandas agressoras e causas fabricadas. Esse tipo de litígio transforma os Juizados Especiais em um verdadeiro “cassino gratuito”, onde não se paga nada (dada a gratuidade do acesso ao sistema dos Juizados) e de onde pode se obter um ganho considerável, em razão do número elevado de pessoas que são recrutadas por meio de captadores locais de clientela para alimentar essa verdadeira indústria que abarrotta o Poder Judiciário e precisa ser combatida, sob pena de perda de credibilidade de todo o sistema* (CENTRO DE INTELIGÊNCIA DOS JUIZADOS ESPECIAIS DO RIO GRANDE DO NORTE, 2020, grifos nossos).

Da mesma forma, percebe-se a fala entoada pelas cortes superiores, como no caso do evento “Acesso à Justiça: o Custo do Litígio no Brasil e o Uso Predatório do Sistema Justiça”, patrocinado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) em 2018, no qual há críticas quanto aos “altos custos” que a concessão da justiça gratuita traz para o Estado (desprezando seu potencial redistributivo) e que enfatizam outros custos “escondidos” da Justiça brasileira, decorrentes do que chamam de “insegurança judiciária”. Conforme trecho de uma entrevista realizada nesta oportunidade, haveria uma dificuldade de quantificação do custo envolvido na deterioração da percepção da Justiça por investidores, em uma visão que em muito se assemelha aos fundamentos e discursos que embasaram a Reforma do Judiciário no início dos anos 2000 (ASPERTI; COSTA; GABBAY, 2019, p. 167-170).

Como parte substancial da Justiça privada (descontando, portanto, o uso predatório pelo poder público) é subsidiada porque composta por litigantes que fazem uso da assistência judiciária gratuita, o maior ônus é para o contribuinte, mas a Justiça acaba sofrendo com a perda de tempo dos juízes e igualmente uma consequente perda de qualidade nas decisões. Alguns dados sugerem que a Justiça brasileira chega a custar cerca de 1,2% do PIB. Também há alguns custos “escondidos” que

dizem respeito à insegurança judiciária, ao ambiente de negócios, que são difíceis de quantificar, mas que prejudicam a percepção do investidor nacional e estrangeiro (TIMM, 2018, grifos nossos).

A narrativa relatada acima construiu a percepção geral de que algumas partes (geralmente, litigantes eventuais ou legitimados ao processo coletivo) atuam de forma temerária e que a atividade jurisdicional é arriscada. Em reação a essa percepção – lembrando a assertiva de Galanter de que “litigantes respondem não àquilo que está acontecendo nas cortes, mas ao que eles acreditam que esteja acontecendo” (GALANTER, 2005, p. 517, tradução nossa)⁹ – é possível verificar um movimento, apoiado pelos grandes litigantes e pelo próprio Judiciário, em favor de inúmeras iniciativas normativas e/ou gerenciais voltadas a reduzir as oportunidades da utilização dita “abusiva” do Judiciário. Essas iniciativas incidem, especialmente, para restringir o alcance das medidas de ampliação de acesso ao Judiciário adotadas desde a década de 1980 no Brasil, tais como a justiça gratuita, a legitimação coletiva e os juizados especiais, como já mencionado.

Dentre tais projetos, vale pontuar a elaboração pelo CNJ de Projeto de Lei (PL n. 4778/20) para alterar a regulação da ação civil pública, que traz uma série de retrocessos no modelo de processo coletivo brasileiro – internacionalmente reconhecido como um modelo paradigmático, que inspirou países de *civil law* como Portugal e Japão –, no que diz respeito aos critérios de aferição da representatividade adequada, restringindo as possibilidades de atuação das associações civis (tanto em termos de critérios de representatividade adequada, quanto ao impor o pagamento de custas processuais); aos critérios de competência; ao acesso à justiça individual, com a restrição à concomitância de demandas individuais e coletivas; e ao risco de instituições de justiça terem de arcar com o custeio de perícias e das despesas processuais em geral, no caso de ajuizamento de ação civil pública “infundada”, assim reconhecida por decisão unânime, dentre outras mudanças (ASPERTI *et al.*, 2020a; 2020b).

O referido projeto de lei compartilha do discurso do excesso de acesso e do uso predatório do processo coletivo, que contraria os poucos dados existentes sobre o tema (PEDROZO, 2018). Nesse sentido, vale destacar o editorial de um dos maiores jornais do país, o que, assim como descreve Galanter (2004, p. 518), também salienta o papel da mídia em construir o discurso da “explosão de litigância”:

⁹ No original: *litigants respond not to what is happening in courts but to what they believe is happening*”.

• MARIA CECÍLIA DE ARAUJO ASPERTI
• SUSANA HENRIQUES DA COSTA

A pedido do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), um grupo de juristas acaba de concluir um projeto de lei que modifica as exigências para o ingresso de ações coletivas nos tribunais(...). O que levou o CNJ a tomar essa iniciativa é a tentativa de *reduzir o custo das litigâncias coletivas abusivas que penalizam as empresas e impedem a redução do chamado “custo país” (...)* surgiram associações sem representatividade, *criadas com o objetivo de converter as ações coletivas em forma de ganhar dinheiro, propiciando assim o surgimento de uma indústria da litigiosidade*. Além disso, muitos procuradores de Justiça passaram a propor ações polêmicas, para ganhar visibilidade na mídia e, desse modo, *abrir caminho para uma carreira política. Apesar de saírem derrotados inúmeras vezes, eles aparecem na mídia e não arcam com qualquer custo financeiro*.

O projeto enviado pelo CNJ à Câmara quer pôr fim a esses abusos. Tem crescido, nos últimos anos, o número de empresas que, mesmo obtendo sentenças favoráveis, são obrigadas a arcar com os custos judiciais, *pois as associações representativas de fachada que as processam não têm dinheiro para arcar com taxas e honorários de sucumbência*. Essas associações muitas vezes são criadas por pequenos escritórios de advocacia que ajuízam ações coletivas sobre um mesmo tema em várias regiões do País, obrigando as empresas a se defender em várias comarcas, a um alto custo (...). São medidas sensatas. Como afirma a exposição de motivos do projeto, “abusos precisam ser coibidos de lado a lado, para que as ações coletivas possam gerar os benefícios desejados para a sociedade. A proteção dos indivíduos não se pode dar em detrimento da prosperidade econômica da sociedade, pois desta prosperidade depende o bem-estar dos próprios indivíduos”. Pela prudência demonstrada neste caso, *com o objetivo de tornar o ambiente de negócios seguro e saudável*, a iniciativa do CNJ vem em boa hora (ESTADÃO, 2020, grifos nossos).

O mesmo CNJ é autor de outro Projeto de Lei¹⁰, voltado a dar regulamentação mais restritiva das custas judiciais no âmbito federal (grupo instituído pela Portaria CNJ nº 71/2019). Embora inicialmente o debate fosse voltado à uniformização de critérios de valores de custas, ao final, o texto apresentado também sugeriu mudanças que dificultam a concessão de justiça gratuita. Dentre outros, o projeto determina ao requerente de justiça gratuita a comprovação da impossibilidade de pagamento de custas processuais, a despeito da previsão legal que estabelece a presunção relativa em favor do requerente da gratuidade.

10 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Projeto de Lei Complementar de 2019. Brasília: 2019. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/10/Proposta-de-projeto-de-lei-complementar-1.pdf>, acesso em 19 abr. 2022.

Para justificar essa medida, o grupo de trabalho também lançou mão de um discurso sobre “uso abusivo” da justiça já descrito acima:

“O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) entregou ao presidente da Câmara dos Deputados, Rodrigo Maia, anteprojeto de lei complementar para disciplinar as custas judiciais na justiça brasileira. A necessidade de regulamentar a matéria se justifica pela disparidade dos valores cobrados para acessar a Justiça nas diferentes unidades da Federação, *pela falta de barreiras à litigância abusiva e pela sustentabilidade da prestação dos serviços judiciários*. (...) Com o projeto, tenta-se uniformizar os conceitos e criar balizas mínimas e máximas que permitam aos estados, no exercício de sua autonomia, fixar as custas judiciais de modo a que o *sistema de justiça não seja usado de maneira oportunista*, para fins privados, mas que seja usado para garantir o mais amplo acesso à Justiça”, afirmou o ministro Cueva, coordenador do grupo de trabalho que redigiu a proposta de regulamentação [...] (CNJ, 2020, grifos nossos).

Sobre o tema das custas, ainda, vale mencionar a reforma trabalhista de 2017 que, como visto acima, é uma das principais responsáveis pela redução de processos entrados na Justiça brasileira. Dentre outros, a reforma trabalhista previu o pagamento de honorários advocatícios, periciais e custas processuais sucumbenciais, com intuito de coibir a litigância abusiva. O Ministro Barroso - relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 5766, que questiona perante o Supremo Tribunal Federal a constitucionalidade da reforma - reconheceu a constitucionalidade do novo texto, argumentando que o “direito à gratuidade de Justiça pode ser regulado de forma a desincentivar a litigância abusiva, inclusive por meio da cobrança de custas e honorários a seus beneficiários”.¹¹ Embora o julgamento ainda esteja em curso, com voto divergente

11 A ementa do voto possui o seguinte teor: “DIREITO CONSTITUCIONAL E DO TRABALHO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ACESSO À JUSTIÇA. GRATUIDADE DE JUSTIÇA. MÍNIMO EXISTENCIAL. INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL. 1. A Reforma Trabalhista assegurou o direito à gratuidade de justiça aos trabalhadores hipossuficientes, mas determinou: (i) a cobrança de honorários de advogado e de honorários periciais, em caso de sucumbência (CLT, arts. 791-A e 790-B); (ii) a utilização de créditos havidos em outros processos para fazer face a tais honorários (CLT, art. 791-A, §4º); (iii) a cobrança de custas judiciais aos empregados que derem causa ao arquivamento de suas ações por não comparecimento injustificado à audiência (CLT, art. 844, §2º). 2. As normas processuais podem e devem criar uma estrutura de incentivos e desincentivos que seja compatível com os limites de litigiosidade que a sociedade comporta. O descasamento entre o custo individual de postular em juízo e o custo social da litigância faz com que o volume de ações siga uma lógica contrária ao interesse público. A sobreutilização do Judiciário congestiona o serviço, compromete a celeridade e a qualidade da prestação da tutela jurisdicional, incentiva demandas oportunistas e prejudica a efetividade e a credibilidade das instituições judiciais. Vale dizer: afeta, em última análise, o próprio direito constitucional de acesso à Justiça. 3. Dessa forma, é constitucional a cobrança de honorários sucumbenciais dos beneficiários da gratuidade de justiça, como mecanismo legítimo de desincentivo ao ajuizamento de demandas ou de pedidos aventureiros. A gratuidade continua a ser assegurada

• MARIA CECÍLIA DE ARAUJO ASPERTI
• SUSANA HENRIQUES DA COSTA

do Ministro Edson Fachin, vale ressaltar a premissa aceita no voto do relator da existência sistemática da litigância abusiva na Justiça do Trabalho, embora, novamente, não sejam veiculados dados e análises a respeito.

Os paralelos entre discursos e ideologias são, portanto, evidentes. No caso brasileiro, como visto, é possível identificar que essa visão negativa sobre o uso da justiça e o discurso acerca da suposta “explosão de litigiosidade” encontram eco na comunidade jurídica responsável por importantes projetos normativos em curso, pelos julgadores componentes das cortes superiores e da base do Judiciário, bem como pelos legisladores. Como resultado, há uma série de medidas propostas, principalmente no âmbito de gerenciamento e gestão processual, embasadas nessas justificativas, porém sem amparo em dados e pesquisas empíricas. Estes, por seu turno, não corroboram com o diagnóstico de “explosão de litigiosidade” e de excesso de acesso, tampouco de litigância abusiva por litigantes eventuais, conforme se constata na segunda parte desta comunicação.

3.2 Medidas de gerenciamento e gestão processual e seus efeitos

Como mencionado, uma das hipóteses mais enfatizadas por Galanter (2004) para explicar o declínio dos *trials* é o aumento do poder dos juízes na condução do processo, sendo esse um fator institucional de grande impacto no contexto estadunidense. O estudioso descreve que, desde a década de 1970, os juízes passaram a sofrer maiores pressões para

pela não cobrança antecipada de qualquer importância como condição para litigar. O pleito de parcelas indevidas ensejará, contudo, o custeio de honorários ao final, com utilização de créditos havidos no próprio feito ou em outros processos. Razoabilidade e proporcionalidade da exigência. 4. Todavia, em resguardo de valores alimentares e do mínimo existencial, a utilização de créditos havidos em outros processos observará os seguintes critérios: (i) não exceder a 30% do valor líquido recebido (por aplicação analógica das normas que dispõem sobre desconto em verbas alimentares: Lei 8.213/1991, art. 115, incs. II e VI; Decreto 3.048/1999, art. 154, § 3º; e Decreto 8.690/2016, art. 5º); e (ii) não incidir sobre valores inferiores ao teto do Regime Geral da Previdência Social (atualmente R\$ 5.645,80). 5. Também é constitucional a cobrança de custas judiciais dos beneficiários da justiça gratuita que derem ensejo ao arquivamento do feito, em razão do não comparecimento injustificado à audiência. Respeito e consideração à Justiça e à sociedade, que a subsidia. Ônus que pode ser evitado pela apresentação de justificativa para a ausência. 6. Por fim, é igualmente constitucional o condicionamento da propositura de nova ação ao pagamento das custas judiciais decorrentes do arquivamento. Medida adequada a promover o objetivo de acesso responsável à Justiça. 7. Interpretação conforme a Constituição dos dispositivos impugnados para assentar, como teses de julgamento: “1. O direito à gratuidade de justiça pode ser regulado de forma a desincentivar a litigância abusiva, inclusive por meio da cobrança de custas e de honorários a seus beneficiários. 2. A cobrança de honorários sucumbenciais poderá incidir: (i) sobre verbas não alimentares, a exemplo de indenizações por danos morais, em sua integralidade; (ii) sobre o percentual de até 30% do valor que exceder ao teto do Regime Geral de Previdência Social, quando pertinentes a verbas remuneratórias. 3. É legítima a cobrança de custas judiciais, em razão da ausência do reclamante à audiência, mediante sua prévia intimação pessoal para que tenha a oportunidade de justificar o não comparecimento”.

controle de seus acervos, de modo que, com o tempo, o seu principal papel deixa de ser o de aplicação de normas e passa a ser o de “resolvedores de problemas”, perspectiva essa endossada por administradores do judiciário federal e por proponentes dos meios alternativos (GALANTER, 2004, p. 520; 2005, p. 1255). Para exercer esse papel, esses agentes precisam adotar medidas de gestão para encurtamento do trâmite processual, incentivo a acordos e decisões extintivas ou antecipadas das fases processuais (GALANTER, 2004, p. 519-520).

No Brasil, a influência do *case management* estadunidense (ou gerenciamento de processos) se fez sentir na década de 2000 (WATANABE, 2005; GAJARDONI, 2003; SILVA, 2010), quando iniciativas institucionais passaram a incentivar a figura do “juiz gerente”, com papel ativo na condução do processo, citando a *Rule 16 (Federal Rules of Civil Procedure)* dos EUA.¹² O gerenciamento processual passou a ser propagado como forma de agilizar e efetivar o processo, bem como de incentivar a adoção de mecanismos consensuais de solução de conflitos. Watanabe, um dos primeiros a utilizar a terminologia *case management* no Brasil, já mencionava seu potencial de redução de acervo, citando o exemplo do Estado da Califórnia, onde, devido à postura gerencial dos magistrados, “menos de 5% dos casos ajuizados chegam ao final do julgamento” (WATANABE, 2005, p. 688).

É também na década de 2000, mais especificamente em 2004, que começam a ser publicados pelo CNJ os primeiros relatórios da série “Justiça em Números”, série com dados quantitativos sobre o Judiciário Brasileiro utilizados na análise realizada na segunda parte deste trabalho e que, desde 2009, embasaram a adoção das Metas Nacionais do Poder Judiciário. As referidas metas são anualmente eleitas e, na sua maioria, buscam o aumento da produtividade dos magistrados, celeridade processual e redução do acervo (CNJ, 2020). Elas incidem sobre todo o Judiciário e, eventualmente, sobre alguma Justiça específica, mas sempre com foco na perspectiva gerencial de redução de volume de processos.

O CNJ, ainda, de 2013 a 2018, editou o “Selo Justiça em Números”, substituído em 2019 pelo “Prêmio CNJ de Qualidade”, a que concorrem todos os tribunais brasileiros.

12 A Rule 16 trata de procedimentos de *pretrial*, ou seja, prévios ao julgamento via *trial*, com os propósitos de (1) acelerar o desfecho da ação; (2) estabelecer controle preliminar e contínuo do processo para que este não seja prolongado no tempo por falta de gestão; (3) desencorajar atividades desnecessárias no *pretrial*; (4) aprimorar a qualidade do *trial* por meio de maior preparação; e (5) encorajar acordos. No original: (a) *PURPOSES OF A PRETRIAL CONFERENCE. In any action, the court may order the attorneys and any unrepresented parties to appear for one or more pretrial conferences for such purposes as: (1) expediting disposition of the action; (2) establishing early and continuing control so that the case will not be protracted because of lack of management; (3) discouraging wasteful pretrial activities; (4) improving the quality of the trial through more thorough preparation; and (5) facilitating settlement.*

• MARIA CECÍLIA DE ARAUJO ASPERTI
• SUSANA HENRIQUES DA COSTA

Os critérios para seleção do vencedor levam em conta “produtividade e melhoria da qualidade de prestação jurisdicional”¹³.

Como se vê, as feições do gerenciamento processual no Brasil vêm ganhando contornos claros nas últimas duas décadas, com uma forte aposta no papel do órgão de controle e em critérios quantitativos e metas de produtividade e eficiência, que conformam uma ideia do que vem a ser uma boa gestão do acervo processual. Assim, o ideal do juiz “gestor” passa a ser não apenas uma tendência de prática jurisdicional, mas torna-se também o ideário da política judiciária nacional, configurando-se, efetivamente, como uma prática institucionalizada.

Não é de se estranhar, portanto, que o incentivo à gestão tenha encontrado guarida não só no CNJ como em projetos de lei sobre Judiciário e direito processual.

Nesse sentido, vale lembrar que são do mesmo período, no contexto da Reforma do Judiciário, as alterações deflagradas em 2006 (Lei nº 11.277/2006)¹⁴ e em 2008 (Lei nº 11.672/2008)¹⁵ voltadas ao estabelecimento de técnicas de julgamento de processos e recursos considerados repetitivos, tendência essa claramente reforçada pelo CPC/2015, que estabeleceu um verdadeiro “microsistema” processual voltado ao julgamento de casos repetitivos (art. 928), composto pelos recursos especial e extraordinário repetitivos (art. 1.036) e pelo Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) (art. 976, CPC).

Tanto no contexto da Reforma do Judiciário, quanto, posteriormente, na promulgação do CPC/2015, verifica-se que essas técnicas foram introduzidas e desenvolvidas no direito processual brasileiro com base em um discurso em prol tanto da eficiência quanto da segurança jurídica, previsibilidade e isonomia. Porém, o que as diversas pesquisas empíricas realizadas sobre essas técnicas têm mostrado (GUIMARÃES, 2017; ASPERTI, 2018; EBERHARDT, 2018; FDRP/USP, 2019; COSTA e MIRANDA, 2018

13 “CNJ anuncia vencedores do prêmio Qualidade 2020”. Migalhas. 28 nov. 2020. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/quentes/337058/cnj-anuncia-vencedores-do-premio-qualidade-2020><https://www.migalhas.com.br/quentes/337058/cnj-anuncia-vencedores-do-premio-qualidade-2020>. Acesso em 19 abr. 2022.

14 Inseriu o art. 285-A no CPC/1973, prevendo a possibilidade de improcedência liminar de mérito com base em sentença anterior prolatada pelo juízo: “Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

§ 1º Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação.

§ 2º Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso”.

15 Inseriu o art. 543-C no CPC/1973, instituindo o julgamento de recursos especiais repetitivos no âmbito do STJ: “Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo”.

e NORONHA, 2020) é o seu potencial de gestão de demandas padronizadas pelo próprio Judiciário, que escolhe a partir das suas necessidades quando e quais controvérsias jurídicas merecem ser definidas por meio da promulgação de tese vinculante local ou nacionalmente. Quanto a isso, vale mencionar que, embora as pessoas físicas sejam as que mais requerem a instauração de IRDR, os incidentes mais admitidos são os instaurados de ofício ou por solicitação judicial (FDRP/USP, 2019). No mesmo sentido, há justificativa de instauração de IRDR em casos praticamente pacificados, seja para “enquadrar” determinado órgão fracionário do tribunal que decida de forma diferente (FRANCISCO, 2018), seja para neutralizar ou mesmo reformar decisão em processo coletivo prolatada contra a tese consolidada (NORONHA, 2020).

Em suma, a técnica de julgamento de casos repetitivos avança na consolidação no direito brasileiro da figura não só do “juiz gestor”, pela adoção de técnicas de *case management*, mas do “Judiciário gestor”. Este, interessado na redução de seu próprio acervo, oscila entre o papel de instituição voltada a garantir e implementar direitos e o papel de ator (*player*) interessado, que aposta em um mecanismo hierarquizado de suspensão de demandas individuais e produção de enunciados sumulares sobre teses jurídicas, como instrumento de gestão que aniquile divergências e permita julgamentos em cascata de processos considerados repetitivos.

A gestão, nesse caso, reduz participação e contraditório, favorece desigualdades e “encurta” o julgamento das causas, à semelhança da tendência descrita por Galanter (2004). Segundo o autor, o movimento do *Vanishing Trials* estadunidense passa tanto pelo “encurtamento” dos julgamentos como pela transformação da atividade judicial, que se desenvolve menos como uma “fábrica de exemplos” de fatos controvertidos e mais como uma mistura de exegese doutrinária (*contests of interpretation replace contests of proof*), regras judiciais discricionárias e cálculos estratégicos das partes (GALANTER, 2004). Sobre esse último aspecto, deve-se considerar, ainda, que no Brasil pesquisas apontam déficit de participação na produção das teses repetitivas (COSTA; MIRANDA, 2018; SHECAIRA, 2019), especialmente pela sub-representação do interesse de litigantes eventuais, o que culmina com um sistema que privilegia as vantagens dos litigantes repetitivos (ASPERTI, 2018), em detrimento de coletividades vulneráveis (DELCHIARO, 2020). Por essa técnica, “os que têm” saem ainda mais na frente.

Ainda, não há evidências claras sobre os efeitos dessas políticas de gestão no sentido de promover uma redução no tempo do processo e nos seus custos para a justiça e

• MARIA CECÍLIA DE ARAUJO ASPERTI
• SUSANA HENRIQUES DA COSTA

para as partes.¹⁶ No contexto nacional, tem-se uma evidência preocupante: o aumento significativo no tempo de tramitação médio dos processos (em aproximadamente 25%) em razão dos sobrestamentos decorrentes de procedimentos de Repercussão Geral e de julgamento de Recursos Repetitivos, como visto acima. Há, de fato, um maior volume de processos baixados por ano, mas nenhuma redução expressiva no tempo médio de tramitação, tampouco qualquer indicador acerca da natureza das decisões prolatadas. O “encurtamento” dos julgamentos nos casos repetitivos, portanto, dá-se especialmente pela redução das possibilidades de participação individual na definição da tese jurídica e não necessariamente pela redução do tempo de duração do processo que, como visto, pode aumentar em virtude do sobrestamento. É técnica de gestão que prioriza a redução da atividade jurisdicional (menos trabalho, mais casos resolvidos) e muito pouco se preocupa com seus efeitos em relação ao acesso à justiça da parte (menos participação e mais tempo de duração do processo).

Em suma, tanto no contexto estadunidense noticiado por Galanter (2004) quanto no Brasil percebe-se que a transformação na atividade jurisdicional faz com que metas quantitativas passem a ser valorizadas muito mais do que a qualidade das decisões, transformando substancialmente as prioridades e o papel da atuação jurisdicional (RESNIK, 1982, p. 380).

3.3 Mecanismos alternativos de solução de disputas, filtros processuais e a privatização da justiça

Como visto, a pauta de gerenciamento processual está intimamente ligada com o incentivo à adoção de mecanismos alternativos de solução de conflitos, em especial de práticas ligadas aos meios consensuais, como a conciliação e a mediação.

Segundo GALANTER (2004, p. 515-517), uma parcela do movimento do *Vanishing Trial* se explica pela realocação da solução de conflitos para outras arenas que não os Tribunais, embora essa explicação não seja suficiente para dar conta de compreender, integralmente, a tendência diagnosticada. Ainda, para o autor, os consideráveis índices de casos que acabam em acordos (*settlements*) na justiça estadunidense,

16 *In the rush to conquer the mountain of work, no one - neither judges, court administrators, nor legal commentators - has assessed whether relying on trial judges for informal dispute resolution and for case management, either before or after trial, is good, bad, or neutral. Little empirical evidence supports the claim that judicial management “works” either to settle cases or to provide cheaper, quicker, or fairer dispositions* (RESNIK, 1982, p. 380).

mais do refletirem práticas de gestão voltadas à melhor solução do conflito, traduzem, em verdade, a incapacidade do sistema jurídico de dar conta de todas as demandas ajuizadas, bem como as barreiras associadas aos custos e aos riscos do processo judicial que induzem as partes a negociar acordos, com base nos “sinais” gerados pelas cortes (na dinâmica já mencionada de se “barganhar à sombra da lei”). A seu ver, portanto, a promoção de foros alternativos ou do consenso pelo Judiciário não seriam fruto de uma política de tratamento adequado de disputas, mas, sim, de um Judiciário que não tem a capacidade de responder satisfatoriamente a todas as demandas sociais da população (GALANTER, 2004; 2010).

Ao analisar os dados e especulações de Galanter (2004), Judith Resnik (2004, p. 787) acrescenta que esse deslocamento de casos para arenas extrajudiciais (nos quais não se há dados públicos a respeito, tampouco publicidade das decisões) e as mudanças no papel do juiz que enfatizam o seu papel de gestão (muito mais ligado a práticas informais e por vezes realizadas fora dos autos e do escrutínio público) denotam um movimento de privatização da justiça, que coloca em xeque a própria dimensão pública das cortes, em um processo de transformação da atividade jurisdicional ainda a ser melhor compreendido no que diz respeito aos seus efeitos em termos de participação pública e alocação de recursos públicos.

No Brasil, o movimento de incentivo aos *alternative dispute resolution* (ADRs) ou aos mecanismos alternativos de solução de conflitos (MASCs) também ganhou força na década de 2000, muito impulsionado pela criação do CNJ, pela produção de dados sobre volume na Justiça brasileira e pela institucionalização de práticas de gerenciamento processual. Data de 2003, por exemplo, a criação do “Plano Piloto de Conciliação em Segundo Grau de Jurisdição” e do “Setor Experimental de Conciliação no Fórum João Mendes Jr.”, pelo Tribunal de Justiça de São Paulo. Em seguida, o Provimento nº 893/2004, no ano seguinte substituído pelo Provimento nº 953/2005, autorizou a criação e instalação de setores de conciliação ou de mediação nas comarcas e foros do Estado de São Paulo. Em 2006, é instituído o Movimento pela Conciliação, uma articulação encabeçada pelo CNJ com o objetivo de promover soluções consensuais por meio de iniciativas de maior institucionalização da conciliação e da mediação, campanhas, mutirões e outros eventos para propagação de uma cultura entendida como mais consensual (ASPERTI; SOUZA, 2018, p. 30-31). Esse incentivo à promoção da conciliação e da mediação ganha contornos mais sólidos em 2010, com a edição da Resolução nº 125/2010, pelo CNJ, que cria a “Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses”.

• MARIA CECÍLIA DE ARAUJO ASPERTI
• SUSANA HENRIQUES DA COSTA

Desde o início, as justificativas por detrás do movimento de expansão dos meios alternativos no Brasil, especialmente a focada na adoção de mecanismos consensuais, têm por fundamento um discurso ambíguo que, ao mesmo tempo em que salienta a incapacidade de o processo adjudicatório dar solução adequada a todas as espécies de conflitos, enfatiza também a utilização dos acordos como forma de contenção da chamada “explosão de litigiosidade”¹⁷ (OSTIA, 2018; ASPERTI, 2020; SOUZA, 2018). Trata-se, portanto, de uma política judiciária com dois objetivos diversos, nem sempre conciliáveis, na medida em que a adoção generalizada de mecanismos consensuais, como mecanismo de filtragem de excessos de demandas, muitas vezes acaba ignorando a avaliação sobre adequação do método à espécie de conflito e configura efetivo obstáculo de acesso à justiça (COSTA; EBERHARDT, 2020).

A adoção dos meios alternativos como mecanismo de filtragem ou de “encurtamento” do processamento de demandas aparece como objetivo prevalente no CPC/2015, que, no seu art. 334, torna obrigatória a tentativa de mediação e conciliação nos processos judiciais civis no Brasil, desde que possível autocomposição. Essa escolha legislativa coaduna-se com o movimento de contenção de processos e seu intuito gerencial, ao passo que privilegia a promoção do consenso em um estágio preliminar do processo judicial, com objetivo muito mais de “encurtar” o trâmite, em vez de promover uma adequação entre técnica e conflito.

Contudo, assim como apontado no tocante às técnicas de gestão de casos repetitivos, essa técnica gerencial voltada à promoção do consenso também não tem demonstrado resultados quantitativos contundentes. Como visto no item anterior, os dados do CNJ demonstram índices praticamente estáveis de acordos homologados nos últimos anos, com uma alta de 5,6% nos primeiros anos da série histórica, sendo que esse mesmo número pode refletir, na verdade, o já noticiado aumento no número absoluto

17 Nesse sentido, o discurso da Ministra Ellen Gracie, então Presidenta do STF, em 2007, claramente associa a busca por soluções consensuais com o diagnóstico de litigiosidade repetitiva, o que resulta em iniciativas focadas em metas quantitativas, como se extrai dessa fala: “Conciliar é legal. E é, também, necessário. Ao implantar o Movimento pela Conciliação em agosto de 2006, o Conselho Nacional de Justiça teve por objetivo alterar a cultura da litigiosidade e promover a busca de soluções para os conflitos mediante a construção de acordos. Hoje, já decorrido um ano, mais do que comemorar uma data-marco, podemos demonstrar a consolidação do movimento como projeto permanente que conta com a participação de todos os tribunais do país. Entre a data de hoje e o próximo sábado, os tribunais estaduais, federais e do Trabalho realizarão 221.286 audiências de conciliação, nas quais serão solucionadas definitivamente demandas que hoje congestionam o sistema e representam frustração de expectativas para as partes envolvidas nos litígios. A implementação da Conciliação como prática permanente é simples. Não demanda grandes gastos nem providências complicadas. Prescinde da construção de prédios e da contratação de pessoal. Não depende da edição de leis e não exclui a garantia constitucional de acesso à Justiça” (2007, p. 1).

de sentenças prolatadas anualmente. A timidez com a qual a conciliação e a mediação vêm sendo de fato incorporadas na prática jurídica demonstram que as políticas descritas não foram capazes de promover uma efetiva mudança na chamada “cultura da sentença” (WATANABE, 2005), além de que as estruturas judiciárias não têm sido efetivamente capazes de absorver todo o volume de audiências que seria necessário para a efetivação da previsão legal do art. 334 do CPC/2015, dentre outros variados fatores a serem melhor mapeados empiricamente.

Diante da insuficiência da conciliação e mediação judiciais como forma de redução de acervo, o que se verifica nos últimos anos são iniciativas voltadas a privilegiar o acordo à margem do Judiciário, seja com o fortalecimento do acordo extrajudicial, seja com a criação de filtros obrigatórios de acesso ao Judiciário.

No primeiro caso, temos mais uma vez a Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017), que inseriu os arts. 855-B, 855-C, 855-D e 855-E na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), os quais, por sua vez, permitiram que acordos extrajudiciais realizados entre empregado e empregador, ambos representados, pudessem prever a quitação de débitos trabalhistas, desde que homologados judicialmente. A despeito do pouco tempo de vigência da alteração legislativa, há notícia de decisões de 2ª instância validando a quitação geral acordada - a exemplo da decisão do Tribunal Regional do Trabalho (TRT) da 2ª Região, a qual validou quitação geral de acordo extrajudicial -, reformando decisão homologatória de primeiro grau que restringia a quitação às verbas previstas pelo acordo.¹⁸

Em termos de volume de acordos trabalhistas extrajudiciais, dados da Corregedoria da Justiça do Trabalho apontam para um significativo aumento no volume de pedidos de homologação de acordos extrajudiciais: de 2.356 nos 12 meses anteriores à Reforma Trabalhista para 87.529 nos últimos 12 meses (contados de abril/2021), um aumento de 3.615%.¹⁹

Como visto na segunda seção deste texto, a Justiça Trabalhista foi a esfera da justiça que apresentou uma redução mais significativa de casos novos ajuizados nos últimos anos, especificamente após 2017. Dessa forma, parece claro que a Reforma Trabalhista, embasada no discurso de “litigância abusiva” e com previsão de custas e honorários

18 Processo 1000016-55.2018.5.02.0088, 9ª Turma, Origem: 88ª Vara do Trabalho de São Paulo, 20.02.2019.

19 Consulta das estatísticas da Justiça do Trabalho realizada em 10 abr. 2021 no site da Corregedoria da Justiça do Trabalho. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/web/corregedoria/estatisticas-da-justica-do-trabalho>. Acesso em: 11 abr. 2022.

• MARIA CECÍLIA DE ARAUJO ASPERTI
• SUSANA HENRIQUES DA COSTA

sucumbenciais, além do fortalecimento do acordo extrajudicial, redesenhou os cálculos de custos e os riscos da Justiça do Trabalho, concretizando um ideal de deslocamento de litígios, imposição de filtros e “encurtamento” do trâmite processual, com o crescimento vertiginoso de processos que se prestam meramente à homologação de acordos extrajudiciais.

Seguindo na linha das medidas que ganham contornos de filtros de litigiosidade, recentes entendimentos vêm ratificando uma tendência de reinterpretação do requisito processual do interesse de agir, intentando “encurtar” e extinguir processos que sejam considerados exemplos de um indevido ou abusivo uso da justiça.

Um marco nesse movimento é o posicionamento adotado pelo STF quando do julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 631.240, que alterou jurisprudência então consolidada e passou a exigir que, para o ajuizamento de demandas contra o Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS) para a implementação de benefícios previdenciários, fosse comprovada a negativa administrativa.²⁰ Referido julgamento reconheceu que, sem a comprovada negativa administrativa (ou silêncio do INSS por 90 dias), não haveria interesse de agir para a propositura da demanda por falta de resistência da parte contrária ao requerimento do autor.

Esse precedente serviu de base para que, especialmente em matéria de consumidor, alguns juízes e Tribunais passassem a exigir a comprovação de tentativa extrajudicial de acordo, especialmente em plataformas virtuais, como o www.consumidor.gov.br.²¹ De forma mais institucionalizada, o Tribunal de Justiça do Maranhão editou a Resolução nº 43/2017, que autoriza os magistrados a suspenderem demandas individuais ajuizadas e a imporem aos autores a necessidade de submissão a plataformas públicas digitais de conciliação para a continuidade do processo. A referida resolução foi impugnada perante o Conselho Nacional de Justiça, que, por seu turno, não reconheceu impropriedade ou recusa de acesso à justiça na normativa.²²

Em 2019, foi apresentado Projeto de Lei amplamente noticiado que visa, justamente, a implementação efetiva de filtros administrativos de acesso ao Judiciário a

20 Foi então firmada a tese de que “[a] concessão de benefícios previdenciários depende de requerimento do interessado, não se caracterizando ameaça ou lesão a direito antes de sua apreciação e indeferimento pelo INSS, ou se excedido o prazo legal para sua análise” (STJ, Recurso extraordinário nº 631.240/MG, Relator Ministro Luís Roberto Barroso, j. 03.09.2014).

21 Um exemplo foi noticiado processo julgado pela 1ª Vara de Araquari, no Estado de Santa Catarina, no autora teve sua demanda extinta por não ter comprovado a tentativa de solução do conflito com a Telefônica pela plataforma (processo nº 0301352-63.2017.8.24.0103).

22 Procedimento de Controle Administrativo n. 0007010-27.2020.2.00.0000.

toda Justiça brasileira. Trata-se do Projeto nº 533/2019, que “Acrescenta o parágrafo único ao artigo 17 e §3º ao artigo 491, ambos do Código de Processo Civil”, nos seguintes termos:²³

Parágrafo único: Em caso de direitos patrimoniais disponíveis, para haver interesse processual é necessário ficar evidenciada a resistência do réu em satisfazer a pretensão do autor.” (...)

Art. 491 (...) § 3º Na definição da extensão da obrigação, o juiz levará em consideração a efetiva resistência do réu em satisfazer a pretensão do autor, inclusive, no caso de direitos patrimoniais disponíveis, se o autor, por qualquer meio, buscou a conciliação antes de iniciar o processo judicial. (NR)

É nítido que projetos como esse vêm ganhando força também mais recentemente, no contexto da pandemia da COVID-19, como o caso da proposta de Medida Provisória nº 1.040/2021, que traz iniciativa semelhante de alteração do art. 17, do CPC/2015, porém que estabelece expressamente como requisito para configuração do interesse de agir o envio de notificação pelo requerente ou a utilização, por parte deste, de “plataforma de autocomposição credenciada ao Sistema Nacional de Direito do Consumidor”.²⁴ A proposta inova ao estabelecer que a parte que recusar proposta de acordo e, posteriormente, obtiver em juízo valor de condenação inferior, será condenada ao “ônus

23 O inteiro teor e a tramitação do projeto estão disponíveis em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2191394>. Acesso em 10 abr. 2021.

24 Art. 17-A. Quando os litígios versarem sobre direitos patrimoniais disponíveis, o interesse processual somente estará presente com a prévia constituição de controvérsia jurídica entre as partes.

§ 1º Considera-se constituída a controvérsia jurídica entre as partes com a notificação do requerido pelo requerente, previamente ao ajuizamento da ação.

§ 2º A notificação extrajudicial, a que se refere o § 1º, deverá:

I - estabelecer a mora jurídica que fundamente o interesse jurídico da ação; e

II - oferecer prazo para autocomposição ou acordo extrajudicial entre as partes.

§ 3º A notificação deverá ser encaminhada, pelo advogado ou defensor público constituído pelo autor, ao endereço eletrônico da parte ré que tenha sido:

I - cadastrado no sistema a que se refere o art. 246, quando a parte ré for pessoa jurídica; ou

II - estabelecido como meio de comunicação entre as partes, quando a parte ré for pessoa natural.

§ 4º O interesse processual constituído é válido somente:

I - após o prazo estabelecido na forma do inciso II do § 2º; e

II - trinta dias após o último ato decorrente da notificação entre as partes.

§ 5º Quando, em razão das circunstâncias de fato e de direito, for imprescindível a antecipação de tutela do pleito do autor, a notificação extrajudicial será enviada concomitantemente ao ajuizamento do pedido de antecipação de tutela, ficando o prosseguimento da ação condicionado ao cumprimento do disposto nos §§ 1º e 2º.

§ 6º Fica dispensada a necessidade de constituir controvérsia jurídica na ausência de disponibilidade de endereço eletrônico na forma do § 3º.”

• MARIA CECÍLIA DE ARAUJO ASPERTI
• SUSANA HENRIQUES DA COSTA

sucumbencial pelo uso desnecessário do sistema público de solução de controvérsias”²⁵. A justificativa da medida provisória em questão traz um discurso bastante problemático, alinhado com aqueles já tratados no item 3.1., novamente adotando como premissas sem qualquer embasamento a litigância abusiva, aqui comparada a uma epidemia, de forma bastante infeliz, se considerarmos o contexto da pandemia da COVID-19 e seu rastro de mortes, empobrecimento e crise econômica e social:

A judicialização no Brasil é uma epidemia, e muito poderia ser evitada caso as partes fossem estimuladas a uma tentativa de autocomposição forçada, antes do ajuizamento de uma ação, para tratar sobre a situação jurídica e factual envolvida.

A presente emenda traz justamente essa proposta, sem afastar o amplo acesso à justiça, e é inspirada nas melhores práticas mundiais que visam trazer coesão social e racionalização do papel do judiciário.

A posituação dessa prática ajudaria a desafogar o judiciário cível, e então melhorar a pontuação do Brasil no eixo Execução de Contratos do índice Doing Business (SENADO FEDERAL, 2021, p. 3-4).

Tanto no caso dos acordos extrajudiciais, como nas plataformas, as medidas tomadas são justificadas e valorizadas especialmente pela sua capacidade de redução de acervo pelo consenso, mais uma vez com base em metas tão somente quantitativas. Aliás, nessa última proposta, fala-se até em “autocomposição forçada”, o que afronta em diversos níveis a compreensão ética em torno das práticas consensuais. Em contrapartida, não há dados oficiais qualitativos sobre a satisfação das partes, tampouco sobre os índices de cumprimento desses acordos. A meta é apenas baixar processos e dificultar o ingresso de novas demandas.

Há, ainda, outras iniciativas oficiais que denotam a crescente importância do uso dos MASCs como filtros de acesso ao Judiciário no Brasil, tais como a edição do programa “Resolve”,²⁶ também do CNJ, que consiste em uma das principais propostas de inovação na gestão de acervo de processos. O programa tem por objetivo fomentar a

²⁵ “Art. 85, § 13-A. A parte que negar uma oferta formal de acordo, em uma disputa de direito patrimonial disponível, e posteriormente obtiver em juízo um valor de condenação inferior à proposta anteriormente formalizada pela parte contrária, será condenada ao ônus sucumbencial pelo uso desnecessário do sistema público de solução de controvérsias”.

²⁶ Cf. <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/programa-resolve/>.

política judiciária estabelecida pela Resolução nº 125/2010 e se estrutura em quatro eixos. O primeiro, denominado “Resolve Poupança – planos econômicos”, é voltado a fomentar a adesão ao acordo coletivo homologado pelo Supremo Tribunal Federal sobre os expurgos inflacionários. Já o “Resolve – métodos consensuais eletrônicos”, busca o desenvolvimento de solução de Tecnologia da Informação (TI) que viabilize os métodos consensuais em versão eletrônica. Ambos os eixos apostam em mecanismos consensuais como forma de resolução rápida de conflitos considerados de massa, encurtando, assim, o julgamento completo.

Em uma linha um pouco diversa, o “Resolve Previdenciário” não traz medidas específicas de deslocamento de demandas ou de gerenciamento automatizado, mas são focadas no aperfeiçoamento da instrução probatória em causas previdenciárias, mediante (i) capacitação de peritos; (ii) laudos médicos periciais eletrônicos; (iii) iniciativas de permuta interinstitucional de dados entre o INSS e o Ministério da Economia e; (iv) a integração do PJe com os sistemas do INSS. Voltam-se, portanto, ao melhor processamento de causas envolvendo o INSS, considerando, no último levantamento do CNJ, o maior litigante da justiça brasileira (CNJ, 2012).

O programa ainda possui um eixo que se relaciona com a mais recente tendência de adoção de MASCs no Brasil: o processo de execução. A linha “Resolve – execução fiscal” é destinada a lidar com o problema gerencial da execução que, como visto na segunda parte, ainda é o principal gargalo do Judiciário brasileiro, em especial a execução fiscal, com o maior acervo e a maior taxa de congestionamento. Ao contrário dos processos de conhecimento, que tiveram queda de acervo nos últimos anos, a tendência dos processos de execução é de alta, com mais processos entrados que baixados. As soluções pensadas para essa linha atuam em duas frentes: (i) automação, pelo desenvolvimento de um fluxo para customização no Processo Judicial Eletrônico (PJe), contando com operações automatizadas para minimizar a necessidade de atuação humana em tarefas repetitivas do fluxo do processo de execução; e (ii) no desenvolvimento de integrações com os principais sistemas utilizados no âmbito dos processos de execução fiscal e dos sistemas das Fazendas Públicas. Trata-se de soluções amparadas na tecnologia que reduzem o trabalho humano, portanto, judicial, despendido no andamento do processo de execução.

Com algumas exceções, é possível verificar que, para além das soluções tecnológicas, as iniciativas legislativas para a gestão dos processos de execução tendem à desjudicialização. Há em curso projetos de lei que, inspirados em experiências europeias,

• MARIA CECÍLIA DE ARAUJO ASPERTI
• SUSANA HENRIQUES DA COSTA

apostam no deslocamento do andamento das execuções para a arena delegatária de serviço público (Projeto de Lei nº 6.204/2019 – execução extrajudicial por tabelionatos de protesto); para a arena administrativa (Projeto de Lei nº 4.257/2019 – execução fiscal administrativa); ou para a arena privada (Projeto de Lei nº 4441/2020 – execução sentença coletiva), como solução para o descongestionamento do Judiciário pelos processos de execução.

Vale destacar o risco envolvido no deslocamento das execuções fiscais para a arena administrativa, ou seja, para o ambiente controlado pelo próprio credor, um dos grandes litigantes da Justiça brasileira, que, além de outras, detém a prerrogativa de emissão unilateral do título executivo extrajudicial.

Diante desse cenário, Franco e Retes (2021) apontam para uma tendência, seja por políticas judiciárias ou projetos legislativos, de criação de um “sistema multiportas” para a execução no Brasil, por meio do qual a execução poderia ser direcionada para solução em foros privados ou públicos, a depender da sua natureza, e, até mesmo, resolvida pela autotutela.

Embora seja difícil trazer o conceito de *trial* desenvolvido por Galanter para o âmbito da execução, na medida em que há pouco espaço para o exercício de atividade jurisdicional cognitiva típica, o fato é que é possível identificar também, nesses processos, iniciativas de gestão voltadas tanto ao encurtamento de atividade humana/judicial, amparada na utilização de ferramentas tecnológicas, quanto ao deslocamento de arena, pela desjudicialização.

De toda sorte, tem-se que a adoção de MASCs e a dejudicialização são tendências, seja para as demandas de conhecimento, seja para as demandas de execução. Elas são estrutura fundante do projeto de gerenciamento de processos pelo Judiciário que, da mesma forma em que ocorre na realidade estadunidense descrita por Galanter, tem transformado a natureza da atividade jurisdicional (2005). A pauta gerencial judiciária, ainda, muitas vezes alinhada à dos grandes litigantes, têm lhes gerado vantagens adicionais que, como já descrito por pesquisas empíricas, têm mais condições de atuar estrategicamente, direcionando demandas para foros mais convenientes em termos de custos e probabilidade de êxitos, bem como estruturando políticas de acordos que facilitam a seleção de casos paradigmas a eles favoráveis para a criação de precedentes (GALANTER, 1974; ASPERTI, 2020).

4. Qual o futuro da litigância e do acesso à justiça no Brasil?

Antes de realizar qualquer análise mais conclusiva sobre a linha de raciocínio até aqui desenvolvida, é necessário, mais uma vez, ressaltar as limitações à transposição da análise da realidade estadunidense descrita por Galanter para a realidade brasileira. São sistemas jurídicos distintos (*common law* e *civil law*), com diferentes desenhos institucionais, procedimentos judiciais e práticas judiciárias. São diferentes, ainda, os dados disponíveis para uma análise mais geral, como a que este artigo se propôs a realizar.

De qualquer forma, a despeito das diferenças, a partir de um diagnóstico pautados na análise dos dados quantitativos produzidos pelo Conselho Nacional de Justiça, é possível identificar no Brasil algumas das tendências descritas por Galanter (2004) e aproveitar uma parcela de suas reflexões sobre as mudanças que a atividade jurisdiccional vem sofrendo, bem como suas consequências jurídicas, sociais e políticas.

Como visto acima, assim como descrito por Galanter nos EUA, há no Brasil uma ideologia que defende a existência de um cenário de “explosão de litigiosidade”, que seria derivada do uso abusivo e predatório do Judiciário, especialmente por litigantes eventuais e/ou pelos litigantes legitimados à propositura de demandas coletivas. O Judiciário, por essa ideologia, seria um ambiente descontrolado, inseguro e imprevisível, o que prejudicaria a confiança dos atores internos e internacionais na Justiça.

Essa narrativa, reproduzida pelo próprio Judiciário, por parcela da mídia e pelos grandes litigantes, é contrariada pelos dados quantitativos existentes (SILVA, 2018). Lembrando a afirmativa de que “litigantes respondem não àquilo que está acontecendo nas cortes, mas ao que eles acreditam que esteja acontecendo” (GALANTER, 2005, p. 517), essa narrativa, contudo, provoca reações que moldam os comportamentos dos atores do sistema de justiça, bem como as iniciativas institucionais do próprio Judiciário (promovidas especialmente pelas Cortes Superiores e pelo CNJ) e legislativas voltadas a instaurar um ambiente jurisdiccional, em tese, mais seguro, previsível e confiável.

Ainda nesse exercício de aproximação, foi possível verificar no Brasil uma tendência semelhante à do *Vanishing Trial* estadunidense de adoção de inúmeras iniciativas gerenciais, acima descritas, que levam ao “encurtamento” do trâmite procedimental ou ao deslocamento de demandas para arenas fora da judicial, com o objetivo de, supostamente, promover um uso mais “responsável” do acesso à justiça e uma maior racionalidade no exercício da atividade jurisdiccional, voltada para aquilo que realmente importa.

- MARIA CECÍLIA DE ARAUJO ASPERTI
- SUSANA HENRIQUES DA COSTA

É necessário aqui apontar algumas particularidades da realidade institucional brasileira que foram identificadas. A primeira é a existência e o papel desenvolvido pelo CNJ, que, além de responsável pela produção da maior parte dos dados quantitativos existentes sobre a justiça brasileira, assume o papel de promover as principais políticas judiciárias nacionais, hierarquizadas e, eminentemente, calcadas em metas de produtividade e eficiência. Essa atuação faz com que o CNJ seja um dos principais responsáveis pela alteração da natureza da atividade jurisdicional, cada vez mais caracterizada pela natureza gerencial. É, ainda, um exemplo do fenômeno nacional em que órgãos de cúpula do Judiciário se aproximam dos grandes litigantes em função da já relatada oligopolização do Judiciário, como também apontado por Galanter (1974). Como visto, não são raros os casos de alinhamento de pautas entre órgãos Judiciário e estes litigantes, unidos pela ideologia da “explosão de litigância” e voltadas à adoção de mecanismos de gestão de acervo.

Além disso, vale ressaltar que a realidade brasileira se distancia da estadunidense no sentido de que o Judiciário brasileiro não tem se furtado a resolver questões de relevo e impacto públicos, ao contrário da tendência de maior contenção verificada naquele contexto. Usando-se de técnicas processuais de julgamento de casos repetitivos ou de repercussão geral, as cortes conseguem permanecer no centro do debate político, decidindo em abstrato sobre centenas de milhares de processos, sem necessidade de se debruçar sobre cada caso concreto. Ao fazê-lo, resguardam seu poder político e o ativismo judicial, mas prescindem da análise pormenorizada da situação de cada jurisdicionado e do substrato fático subjacente às questões de alta complexidade socioeconômica e política trazidas a julgamento nestas sedes. Fortalecem, com isso, um espaço de atuação privilegiada para grandes litigantes, que oligopolizam o sistema de justiça brasileiro e têm condições de desenvolver estratégias muito mais bem sucedidas de formação de precedentes favoráveis.

Em outra frente de comparação, foram analisadas iniciativas relacionadas ao uso de MASCs e de filtros de acesso à justiça, pelo que se constatou a tendência de delegação da solução de conflitos sobre direitos individuais para outras arenas, reduzindo o espaço de responsabilização pública por grandes litigantes públicos e privados, que também ampliam sua vantagem pela solução de conflitos, não raro em seus próprios ambientes ou em ambientes por eles patrocinados, como em mutirões e semanas de conciliação, conforme descrito por Asperti (2020). De toda sorte, essas soluções alinham o interesse institucional de um “Judiciário gestor” aos interesses desse oligopólio de litigantes

que, em função da presença em escala em processos, têm condições de planejar uma eficiente política de atuação que os auxilie na construção da litigância estratégica acima descrita de geração de precedentes favoráveis.

O aumento dos requisitos para a concessão de justiça gratuita e a ressignificação do instituto processual do interesse de agir também trazem importantes ameaças ao acesso à justiça, impondo obstáculos justamente àqueles para quem a via judicial se coloca como importante espaço de reivindicação de direitos e equalização de conflitos sociais, como consumidores e postulantes a benefícios previdenciários, grupos reconhecidamente hipossuficientes e vulneráveis e que acabam tendo de recorrer ao Judiciário justamente em razão de violações sistemáticas e de vias administrativas ineficientes. São, ainda, casos sintomáticos da influência dos grandes litigantes na formação de precedentes (como no caso do entendimento firmado sobre a necessidade de requerimento prévio nas ações previdenciárias) e na propositura de mudanças legislativas (como os projetos de lei que alteram o texto legal do art. 17 do CPC/2015), sempre embasados nos discursos sobre o excesso de acesso e de litigância abusiva.

Por fim, foram descritas medidas voltadas à desjudicialização que, embora não possam ser efetivamente entendidas como uma redução da atividade jurisdicional típica (*Vanishing Trial*), lançam mão da mesma estratégia de deslocamento de arena. Ainda que não tenha sido implementada (há só projetos de lei em curso), é válido mencionar o risco envolvido na proposta legislativa que prevê a transferência do maior problema de congestionamento do Judiciário brasileiro, as execuções fiscais, para as mãos do próprio credor, o Poder Público, o grande litigante melhor posicionado do sistema de justiça brasileiro e que detém a prerrogativa de produção unilateral do título executivo. Novamente se vê um claro alinhamento entre o Judiciário e as grandes litigantes, em uma pauta de mútuo interesse.

É possível concluir, diante do cenário posto, que a atividade jurisdicional no Brasil também vem sofrendo um processo de transformação. Como ocorre nos EUA, essa mudança vai na direção de uma redução da atividade jurisdicional típica, de conhecimento aprofundado dos fatos para a aplicação do direito, para uma atividade mais focada na exegese jurídica. Há mais direito controvertido que fatos (e provas) controvertidos. Nesse percurso, ganha ênfase a atividade gestora não somente dos juízes individualmente, mas do próprio Judiciário, como instituição focada na redução de acervo e aumento de produtividade. Assim, existe mais discricionariedade procedimental nas mãos das Cortes e maior espaço para atuação planejada dos litigantes, especialmente

• MARIA CECÍLIA DE ARAUJO ASPERTI
• SUSANA HENRIQUES DA COSTA

aqueles que por suas características têm condições de jogar estrategicamente (*repeat players*) (GALANTER, 2004, p. 530).

Ao contrário do que possa parecer, não se nega a necessidade da adoção de mecanismos de gestão para a realidade do Judiciário brasileiro. O que se busca refletir neste artigo são os riscos envolvidos nas escolhas de política judiciária que têm sido realizadas com base em uma ideologia que parte de um diagnóstico sobre os problemas da Justiça brasileira não amparado em dados empíricos.

Em primeiro lugar, há o risco de se concluir que a existência de quase 78 milhões de processos no Judiciário brasileiro é algo necessariamente ruim. Se é fato que muitos processos geram desafios de gestão, eles podem significar não uma sociedade altamente litigiosa, mas, sim, uma sociedade de massa em que a violação de direitos é sistemática e reiterada. Como ensina Galanter, o ajuizamento de demandas é a ligação mais direta entre as Cortes e sociedade e é o lugar de onde se pode observar mudanças nessa relação (GALANTER, 2004, p. 485). Numa sociedade em que há violação sistemática de direitos, um Judiciário abarrotado não significa excesso de acesso à justiça, mas indica a existência de uma Instituição que desempenha adequadamente seu papel de canal de encaminhamento e pacificação de conflitos sociais.

Nesse caso, faz mais sentido pensar em alternativas de gestão para além daquelas aqui apontadas (que se aproximam das descritas em *Vanishing Trial*), pois a tendência vigente pode, na verdade, fortalecer posturas sistemáticas violadoras de direitos, seja pela maior dificuldade de acesso à arena judicial (técnicas de deslocamento), seja pela transformação da arena judicial em um espaço que favorece o grande litigante (técnicas de “encurtamento”). Faria muito mais sentido, nesse contexto, pensar em efetivas melhorias no desenho institucional do Judiciário, para capacitá-lo para a resolução de conflitos estruturais, com o objetivo de aprimorar a atuação da justiça no sentido de resolver os conflitos sociais que são causa dos milhões de demandas ajuizadas anualmente no Brasil, com, por exemplo, o aprimoramento e fortalecimento do processo coletivo, o uso de tecnologias para facilitação do acesso, gestão de informações e implementação de melhorias no trâmite processual, o levantamento de dados qualitativos sobre a prestação jurisdicional e as práticas consensuais, dentre outros.

Em segundo lugar, há o risco da redução da qualidade da prestação jurisdicional que, pressionada por metas de gestão e produtividade, torna-se cada vez mais repetitiva, padronizada e pouco permeável ao efetivo diálogo com as partes. Nesse ponto, também salienta-se o risco de perda de qualidade que a adoção da inteligência artificial

como mecanismo de gestão de demandas e preparação de decisões padronizadas pode trazer. A tecnologia é um instrumento poderoso e, se utilizada a partir de um diagnóstico correto sobre os problemas da justiça brasileira, pode significar importante avanço em prol do acesso à justiça (SANDEFUR, 2019). Se utilizado somente com propósitos gerenciais de redução de trabalho, pode levar à desumanização da atividade jurisdicional, com perda significativa de legitimidade do Poder Judiciário como canal de veiculação de demandas sociais.

Em terceiro lugar e talvez mais relevante, há o risco de aniquilação do potencial redistributivo do Judiciário, que é um tema que sempre rondou as pesquisas de Galanter, desde a publicação de seu mais difundido estudo sobre "Por que quem tem sai na frente" (GALANTER, 1974). Nele, Galanter construiu a conhecida tipologia dos litigantes (jogadores habituais e participantes eventuais ou *repeat players* e *one shooters*), enfatizando aqueles que acessam as Cortes com maior recorrência, o que lhes confere vantagens em detrimento dos demais, em uma dinâmica capaz de reduzir o potencial de transformação social da atividade jurisdicional.

Nesse sentido, é possível reconhecer que as tendências descritas atuam no sentido de "empurrar" os litigantes ocasionais ou participantes eventuais (contribuintes, consumidores, titulares de benefícios sociais) para fora do Judiciário (MASCs e filtros) ou reduzir suas oportunidades de participação no processo ("encurtamento" processual via técnicas de julgamento de casos repetitivos). Também deslocam a solução de alguns conflitos para arena interna dos grandes litigantes (projeto de dejudicialização de execuções fiscais) ou para foros por ele patrocinados (mutirões e semanas de conciliação). Ao mesmo tempo, aumentam as suas potencialidades de litigância estratégica para a geração de precedentes vinculantes.

Se é verdade que a justiça é uma linha móvel em um mundo com capacidade social em expansão (GALANTER, 2010) e que, portanto, o acesso à Justiça é um bem escasso (ASPERTI; COSTA; GABBAY, 2019), é preciso refletir se as escolhas políticas que vêm sendo realizadas pela Justiça brasileira caminham no sentido de reduzir ou ampliar a imensa desigualdade social que existe na nossa sociedade. Se é necessário que, em função da escassez dos serviços judiciários e da impossibilidade de resolução aprofundada de todos os conflitos, algumas demandas saiam da arena jurisdicional ou sejam decididas com menor dispêndio de recursos judiciais (GALANTER, 2005, p. 1263), é também imprescindível pensar em critérios de escolha conscientes sobre quem sai e quem fica, sobre quem tem direito a que tipo de atividade jurisdicional. Essa escolha deve levar em

• MARIA CECÍLIA DE ARAUJO ASPERTI
• SUSANA HENRIQUES DA COSTA

conta as vantagens e desvantagens dos litigantes brasileiros, bem como as dificuldades de acesso à justiça que ainda excluem uma parcela significativa da população dos canais oficiais de solução de conflitos. E, em última análise, essa escolha deve se perguntar sobre qual produto da atividade judicial queremos.

Somente a partir de diagnósticos sérios sobre os desafios de acesso à justiça que enfrentamos é que poderemos pensar em escolhas institucionais e mecanismos de gestão que priorizem o potencial redistributivo do Judiciário brasileiro. Caso contrário, corremos o risco de, como Watson, acordar no meio da noite com a barraca roubada.

REFERÊNCIAS

- ASPERTI, M. C. de A. *A Mediação e a Conciliação de Demandas Repetitivas*. São Paulo: Fórum, 2020.
- ASPERTI, M. C. de A. *Recursos repetitivos e Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: uma análise da perspectiva do acesso à justiça e da participação do processo*. São Paulo: Lumen Juris, 2018.
- ASPERTI, M. C. de A.; COSTA, S. H. da; GABBAY, D. M. Acesso à Justiça no Brasil: reflexões sobre escolhas políticas e a necessidade de construção de uma nova agenda de pesquisa. *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*, Recife, v. 6, n. 3, p. 152-181, set./dez. 2019.
- ASPERTI, M. C. de A.; OSNA, G.; FRANCISCO, J. E.; AZEVEDO, J. C. de; CINTRA, L. C. B.; SOUZA, M. R. O. de. Primeiras impressões dos recentes projetos de ação coletiva: parte 1. *Jota*. Edição de 9 nov. 2020a. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/acao-coletiva-primeiras-impresoes-dos-recentes-projetos-09112020>. Acesso em: 11 abr. 2021.
- ASPERTI, M. C. de A.; OSNA, G.; FRANCISCO, J. E.; AZEVEDO, J. C. de; CINTRA, L. C. B.; SOUZA, M. R. O. de. Primeiras impressões dos recentes projetos de ação coletiva: parte 2. *Jota*. Edição de 19 nov. 2020b. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/primeiras-impresoes-dos-recentes-projetos-de-acao-coletiva-parte-ii-19112020>. Acesso em: 11 abr. 2021.
- ASPERTI, M. C. de A.; SILVA, P. E. A. da.; GABBAY, D. M.; COSTA, S. H. da. Why the “Haves” Come Out Ahead in Brazil? Revisiting Speculations Concerning Repeat Players and One-Shooters in the Brazilian Litigation Setting. *Revista de Direito Público*, Porto Alegre, v. 16, n. 88, 2019.
- ASPERTI, M. C. de A.; SOUZA, M. R. O. Desmistificando a “cultura do acordo”: os discursos de acesso à justiça e eficiência no atual cenário da mediação e da conciliação judiciais no Brasil. In: FREITAS JR., A. R.; ALMEIDA, G. A. *Mediação, CPC/2015 e Direitos Humanos: uma nova perspectiva?* São Paulo: Juruá, 2017. p. 6-40.
- ASSOCIAÇÃO DE MAGISTRADOS BRASILEIROS. *O uso da Justiça e o litígio no Brasil*. Brasília, DF, 2015.
- BRASIL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5677, de 25 de agosto de 2017*. DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO || Controle de Constitucionalidade || Inconstitucionalidade Material. Brasília, DF, 25 ago. 2017.

BRASIL. *Lei nº 11277, de 7 de fevereiro de 2006*. Acresce o art. 285-A à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF, 7 fev. 2006.

BRASIL. *Lei nº 11672, de 8 de maio de 2008*. Acresce o art. 543-C à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, estabelecendo o procedimento para o julgamento de recursos repetitivos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Brasília, DF, 8 maio 2008.

BRASIL. *Lei nº 13105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF, 16 mar. 2015.

BRASIL. *Lei nº 13467, de 13 de julho de 2017*. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Brasília, DF, 13 jul. 2017.

CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1988.

CNJ entrega ao Congresso proposta de lei para disciplinar custas judiciais. *Conselho Nacional de Justiça*, Brasília, DF, 14 out. 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cnj-entrega-ao-congresso-proposta-de-lei-para-disciplinar-custas-judiciais/>. Acesso em: 10 abr. 2021.

CNJ anuncia vencedores do prêmio Qualidade 2020. *Migalhas*. 28 nov. 2020. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/quentes/337058/cnj-anuncia-vencedores-do-premio-qualidade-2020https://www.migalhas.com.br/quentes/337058/cnj-anuncia-vencedores-do-premio-qualidade-2020>. Acesso em 19 abr. 2022.

CENTRO DE INTELIGÊNCIA dos Juizados Especiais do Rio Grande do Norte. Nota técnica n. 1/2020. Apresenta causas repetitivas de litigância agressora e demandas fabricadas. Natal, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/justica-rn-advogados-usam-acoef.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números 2020* (ano base 2019). Relatório Analítico. 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmoros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Projeto de Lei Complementar de 2019. Brasília: 2019. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/10/Proposta-de-projeto-de-lei-complementar-1.pdf>, acesso em 19 abr. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório Causas Recorrentes que incham e atrasam a justiça*. 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/03a6c043d7b9946768a-c79a7a94309af.pdf>. Acesso em 11 abr. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *100 Maiores Litigantes*. Brasília: Departamento de Pesquisas Judiciárias, 2012.

COSTA, S. H. da. Acesso à Justiça: Promessa ou Realidade? Uma análise do litígio sobre creche e pré-escola no município de São Paulo. In: FEBBRAJO, A.; LIMA, F. R. de S.; PUGLIESI, M. (org.). *Sociologia do Direito: teoria e práxis*. 2. ed. Curitiba: Juruá, p. 147-172, 2015.

COSTA, S. H. da. STF e os filtros ao acesso à Justiça: gestão processual ou vantagem ao grande litigante? Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/supremo-em-pauta/stf-e-os-filtros-ao-acesso-a-justica-gestao-processual-ou-vantagem-ao-grande-litigante/>. Acesso em: 30 jul. 2019.

• MARIA CECÍLIA DE ARAUJO ASPERTI
• SUSANA HENRIQUES DA COSTA

COSTA, S. H. da.; FRANCISCO, J. E. Acesso à Justiça e a obrigatoriedade da utilização dos mecanismos de online dispute resolution: um estudo da plataforma consumidor.gov.br. In: LUCON, P.; NAVARRO, E.; MESQUITA, F. de.; SANTOS, G. dos S. (org.). *Direito, Processo e Tecnologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, p. 665-685, 2020.

COSTA, S. H. da.; MIRANDA, A. P. La participación de terceros en el juicio de incidente de Resolución de Demandas Repetitivas: un análisis del Tribunal de Justicia de São Paulo. In: CEJA. (org.). *La gestión judicial de los Nuevos Tribunales Civiles*. 1. ed. Chile: CEJA, 2018, v. 1, p. 283-314.

DELCHIARO, M. T. C. *O litigante ocasional hipossuficiente e os casos repetitivos*. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2020.

FRANCISCO, J. E. *Filtros ao acesso à justiça: estudo sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas*. 2018. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2018.

FRANCO, M. V.; RETES, T. A. L. Sistema multiportas de execução. *Jota*. Edição de 30 mar. 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/sistema-multiportas-execucao-justica-processos-30032021>. Acesso em 11 abr. 2021.

GAJARDONI, F. da F. *Técnicas de Aceleração do Processo*. Franca: Lemos e Cruz, 2003.

GALANTER, M. Acesso à justiça em um mundo de capacidade social em expansão. *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*, Porto Alegre, ABraSD, v. 2, n. 1, p. 37-49, jan./jun., 2015.

GALANTER, M. An Oil Strike in Hell: contemporary legends about the Civil Justice System. *Arizona Law Review*. Arizona, v. 40, p. 717-752, 1998.

GALANTER, M. Planet of the Aps: reflections on the scale of law and its users. *Buffalo Law Review*, Nova Iorque, v. 53, n. 5, p. 1369-1417, 2006.

GALANTER, M. The hundred-year decline of trials and the thirty-year war. *Stanford Law Review*, Stanford, CA, v. 57, n. 5 p. 1255-1274, abr., 2005.

GALANTER, M. The Vanishing Trial: an examination of trials and related matters in Federal and State Courts. *Journal of Empirical Legal Studies*, Nova Iorque, v. 1, n. 3, p. 459-570, nov., 2004.

GALANTER, M. Why the haves come out ahead? Speculations on the limits of legal change. *Law and Society Review*, Massachusetts, v. 9, n. 1, 1974. Republicação (com correções). In *Law and Society*. Dartmouth, Aldershot: Cotterrell, 1994.

GRACIE, E. Conversar faz a diferença. *Correio Braziliense*. Brasília, 03 de dezembro de 2007, Opinião. Disponível em https://www.tjap.jus.br/portal/images/stories/CURSO_MEDIACAO/Texto_-_Conversar_faz_diferenca_-_Ministra_Ellen_Gracie.pdf. Acesso em 19 abr. 2022.

GUIMARÃES, A. de A. *Incidente de resolução de demandas repetitivas: soluções e limites*. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2017.

LANDE, J. Introduction to Vanishing Trial Symposium. *J. Disp. Resol.*, Columbia, p. 1, 2006.

MIRANDA, A. P. *Quem tem medo do processo coletivo? As disputas e escolhas políticas no CPC/2015 para o tratamento da litigiosidade repetitiva no Brasil*. São Paulo: Almedina, 2020.

MNOOKIN, R. H.; KORNHAUSER, L. Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce, *Yale Law Journal*, New Haven, v. 88, p. 950, 1979.

NORONHA, L. L. *O impacto do julgamento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no Tribunal de Justiça de São Paulo: um estudo de caso do Tema n. 05. 2020*. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2020.

NOVAS regras para as ações coletivas: Objetivo é acabar com indústria da litigiosidade e aumentar a segurança jurídica das empresas. *Estadão*, São Paulo, 2 out. 2020. Notas & Informações, O Estado de S.Paulo. Disponível em: <https://opinio.estadao.com.br/noticias/notas-e-informacoes,novas-regras-para-as-acoes-coletivas,70003460132>. Acesso em: 10 abr. 2021.

OSTIA, P. H. R. *Conciliação e acesso à justiça: um estudo qualitativo dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania*. 2018. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2018.

PEDROZO, G. P. *O controle da representatividade adequada das associações civis em processos coletivos: uma análise das tendências adotadas pelos magistrados quanto ao controle ope judicis da representatividade adequada dos entes associativos na tutela de interesses transindividuais*. 2019. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2019.

RESNIK, J. Migrating, Morphing, and Vanishing: The Empirical and Normative Puzzles of Declining Trial Rates. *Journal of Empirical Legal Studies*, Nova Iorque, v. 1, n. 3, p. 783-841, nov., 2004.

RESNIK, J. Managerial Judges. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 96, n. 376, p. 374-448, 1982.

RHODE, D. L. *Access to justice*. New York: Oxford University Press, 2004.

SANDEFUR, R. L. Access to Civil Justice and Race, Class, and Gender Inequality. *Annual Review of Sociology*, Vol. 34:339-358, ago., 2008. (Volume publication date August 2008) First published online as a Review in Advance on April 14, 2008.

SANDEFUR, R. L. Legal tech for non-lawyers: report of the survey of US legal technologies, *American Bar Foundation*, 2019. Disponível em: http://www.americanbarfoundation.org/uploads/cms/documents/report_us_digital_legal_tech_for_nonlawyers.pdf. Acesso em: 11 abr. 2021.

SANTOS, B. de S. *Para uma revolução democrática da justiça*. Coimbra: Almedina, 2015.

SEMINÁRIO Acesso à Justiça: o Custo do Litígio no Brasil e o Uso Predatório do Sistema Justiça. *Anais [...]*. Brasília, DF: Fundação Getúlio Vargas e Supremo Tribunal Federal, 2018.

SENADO FEDERAL. Justificativa da Medida Provisória nº 1.040, DE 2021. Gabinete da Senadora Soraya Thronicke. Brasília: 2021, p. 3-4. Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoes-Web/prop_mostrarintegra?codteor=1985933&filename=EMC+160/2021+MPV104021+%3D%3E+MPV+1040/2021#:-:text=A%20judicializa%C3%A7%C3%A3o%20no%20Brasil%20%C3%A9,situa%C3%A7%C3%A3o%20jur%C3%ADdica%20e%20factual%20envolvida, acesso em 19 abr. 2022.

SHECAIRA, F. M. *Participação no Julgamento de Casos Repetitivos*. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2019.

- MARIA CECÍLIA DE ARAUJO ASPERTI
- SUSANA HENRIQUES DA COSTA

SILVA, P. E. A. da. *Acesso à Justiça, litigiosidade e o modelo processual civil brasileiro*. 2018. Tese (Livre docência em Direito Privado e Processo Civil) - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, 2018.

SILVA, P. E. A. da. *Gerenciamento de processos judiciais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

WATANABE, K. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*, São Paulo: DPJ Ed., 2005.